



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

El coste económico de la extinción del contrato de trabajo

Autor:

Pablo Gimeno Díaz de Aauri

Director:

Jesús R. Mercader Uguina

DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL E INTERNACIONAL PRIVADO

Getafe, 27 de enero de 2014



a entregar en la Oficina de Posgrado, una vez nombrado el Tribunal evaluador, para preparar el documento para la defensa de la tesis

TESIS DOCTORAL

El coste económico de la extinción del contrato de trabajo

Autor: *Pablo Gimeno Díaz de Atauri*

Director/es: *Jesús R. Mercader Uguina*

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

SUMARIO

ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I.- LA ECONOMÍA DEL DESPIDO	21
1.- La decisión económica de extinguir el contrato de trabajo	21
2.- Los efectos agregados de la regulación del despido sobre el mercado de trabajo.....	56
3.- Elementos jurídicos y elementos económicos necesarios para una concepción integral del despido.....	75
CAPÍTULO II.- LÓGICA EVOLUTIVA DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	85
1.- De la concepción jurídica a la económica: ochenta años de evolución de la regulación de la extinción del contrato de trabajo	85
2.- La transición a la democracia y la Constitución Española de 1978.....	91
3.- El derecho del despido del comienzo del periodo constitucional	111
4.- Los costes del despido en la lucha contra la dualidad del mercado de trabajo.....	132
CAPÍTULO III.-EL MARCO NO DISPONIBLE AL LEGISLADOR ESPAÑOL: LÍMITES A LA REGULACIÓN	199
1.- Planteamiento	199
2.- Límites constitucionales.....	201
3.- Límites de Derecho Comunitario.....	227
4.- Límites de Derecho Internacional	236
CAPÍTULO IV.-EL MODELO ACTUAL DE COSTES DE EXTINCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	249
1.- Las consecuencias económicas de la terminación del contrato de trabajo	249
2.- El coste no factorial del despido	272
3.- Los factores comunes: Salario y Tiempo de servicio.....	305
4.- El factor y tope indemnizatorios	314
CAPÍTULO V.- MODELOS ALTERNATIVOS Y SU IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA	369
1.- La necesidad de proponer alternativas	369
2.- El fondo de capitalización o modelo austriaco	373
3.- El “contrato único” o “para la igualdad de oportunidades”	386
4.- Un nuevo modelo de despido	396
CONCLUSIONES	427
BIBLIOGRAFÍA CITADA	441
ÍNDICES DE CONTENIDOS E ILUSTRACIONES	481
1.- Índice detallado	481
2.- Índice de gráficos.....	485
3.- Índice de figuras	486
4.- Índice de fórmulas	487

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AIEE	Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo, firmado el 7 de abril de 1997
art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
BERCP	Boletín Estadístico del Registro Central de Personal
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en la Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889
CCom	Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, publicado en la Gaceta de Madrid de 16 de octubre de 1885
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE de 29 de diciembre de 1978)
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CFCI	Contrato de Fomento de la Contratación Indefinida
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DS	Diario de Sesiones
EPA	Encuesta de Población Activa, elaborada por el INE
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, publicado en el BOE de 29/03/1995
ET80	Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo de 1980)
ETT(s)	Empresa(s) de trabajo temporal
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
INE	Instituto Nacional de Estadística
L	Ley
LConc.	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 10 de julio de 2003)
LCT31	Ley relativa al Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931, publicada en la Gaceta de Madrid el 22 de noviembre de 1931
LCT44	Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo, aprobado por Decretos de 26 de enero (Libro I, BOE de 24 de febrero de 1944) y 1 de marzo de 1944 (Libro II, BOE de 11 de abril de 1944).

LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000)
LETT	Ley 14/1994, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 2 de junio de 1994)
LGSS	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio de 1994)
LISOS	Ley de infracciones y Sanciones en el Orden Social, cuyo texto refundido fue aprobado por el RD-Leg 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto de 2000)
LO	Ley Orgánica
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 8 de agosto de 1985)
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 5 de octubre de 1979)
LPL58	Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba su texto refundido y el Procedimiento especial para los Seguros sociales y el Mutualismo laboral (BOE de 7 de agosto de 1958)
LPL66	Decreto 909/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado segundo de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, por el que se da nueva redacción al vigente texto refundido de Procedimiento Laboral (BOE de 23 de abril de 1966).
LPL73	Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 4 de octubre de 1973).
LPL80	Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 30 de julio de 1980)
LPL90	Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 2 de mayo de 1990)
LPL95	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 11 de abril de 1995)
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011)
LRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE de 21 de abril de 1976)
MEYSS	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo

OM	Orden Ministerial
PGE	Presupuestos Generales del Estado
Pº	Número de Procedimiento
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto-Ley
RD-Leg	Real Decreto Legislativo
RD-LRT	Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (BOE de 9 de marzo de 1977)
RJ Az.	Identificador del Repertorio Jurídico de Aranzadi-Westlaw
Rº	Número de Recurso
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
SJdS	Sentencia del Juzgado de lo Social
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
STCT	Sentencia del Tribunal Central del Trabajo
STS	Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
STS (1ª)	Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
STS (3ª)	Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de justicia
TFUE	Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE de 26 de octubre de 2012, C326)
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea (DOUE de 26 de octubre de 2012, C326)

INTRODUCCIÓN

La figura jurídica del despido, ya sea en su integridad o desde el análisis de facetas concretas de esta institución, ha atraído el interés de la práctica totalidad de los grandes iuslaboralistas españoles. Desde el clásico estudio de ALONSO OLEA¹, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario ha sido analizada con profundidad por la doctrina. Al mismo tiempo, el legislador se ha mostrado particularmente activo en la modificación de su régimen jurídico, alimentando a su vez la necesidad de profundizar en la investigación por la literatura especializada con ocasión de cada una de las múltiples reformas.

Más allá de concepciones extremas del acto del despido como una manifestación violenta del empresario en el marco de una relación de dominación², es innegable que la extinción del contrato de trabajo, realizada o provocada por el empresario, supone no sólo la privación de los medios de renta de una persona, sino también un perjuicio a su vida y participación en la sociedad³. Si desde una perspectiva económica puede afirmarse que el Derecho determina un conjunto de facultades para la terminación de la relación laboral y las distribuye de una determinada manera entre empresario y

¹ ALONSO OLEA, M., *El Despido: un estudio de la Extinción del Contrato de Trabajo por voluntad del Empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957. Existen, no obstante, trabajos anteriores relativos al despido, pero responden a lógicas distintas. Particularmente, puede señalarse la obra en articulación más próxima al derecho civil HOSTENCH, F., *El Derecho del despido en el contrato de trabajo*, Librería Bosch, Barcelona, 1929. Con una concepción diferente, pero sin alcanzar aún la autonomía conceptual de la institución en la obra de ALONSO OLEA, puede hacerse referencia a BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación contractual)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945. En concepción más próxima a los cánones actuales, pero sin la vocación de generalidad del señalado autor, es interesante la lectura que se hace en MARAVALL CASESNOVES, H., “El despido por Crisis en el derecho español”, *Revista de estudios políticos. Suplemento de Política Social*, vol. 2, 1945; y del mismo autor “El predominio de lo discrecional en la fijación de la indemnización por despido en el derecho español”, *Revista de Trabajo*, vol. 9, 1946.

² BAYLOS GRAU, A. Y PÉREZ REY, J., *El Despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 45.

³ *Ibid.*

trabajador⁴, en una visión jurídica no faltan las concepciones del empleo como propiedad de este último⁵; al margen de su carácter posiblemente excesivo, por cuanto que ignora las facultades que el derecho atribuye al empresario sobre el puesto de trabajo, ponen de manifiesto el valor de un bien jurídico –el empleo– cuya privación debe responder a una razón legítima; incluso en ciertos casos en los que la decisión empresarial de prescindir del trabajador es conforme a derecho debe resarcir a este por su pérdida.

El despido se conceptualiza desde la perspectiva del iuslaboralismo como una institución central sobre la que reposa una buena parte de las garantías laborales⁶, un elemento básico del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre trabajadores y empresario, por cuanto que supone la barrera última de defensa de los primeros: sin una regulación que limite la capacidad patronal para terminar con el contrato, el contenido de éste queda totalmente a merced de quien gestiona la explotación, pues no cabrá oposición real a la voluntad novatoria que pueda imponer al empleado. Incluso una actitud beligerante en defensa de derechos legales podría ser causa de despido sin regulación que proteja la pervivencia del vínculo, por lo que puede decirse que un despido causal –ya se definan afirmativa o negativamente las causas, como posibilidades o como límites– es la base de todo el derecho del trabajo: el régimen jurídico de esta institución determina en gran medida la posición de mayor o menor poder en toda la vida del contrato⁷.

Por otra parte, tampoco puede ignorarse el hecho de que el trabajo, además de instrumento para la realización personal y subsistencia de la persona, es un factor de producción, por lo que su regulación puede tener efectos –tanto distorsionadores como correctores de fallos existentes– en el mercado de trabajo. La economía laboral, en este sentido, también ha prestado notable atención a la regulación del despido.

Debe aclararse en este punto que la introducción de variables económicas en la regulación del despido no implica necesariamente una opción por la desregulación o la reducción de costes; no faltan entre los economistas trabajos que destaquen que, frente a los efectos potencialmente nocivos de las limitaciones a la facultad

⁴ HARRISON, J. L., “The New Terminable-at-Will Employment Contract: An Interest and Cost Incidence Analysis”, *Iowa L. Rev.*, vol. 69, 1983, pág. 331.

⁵ Desde una lógica propia de la concepción falangista del trabajo se afirmó, por ejemplo, que “un cargo fijo e inamovible es claro que constituye una forma de propiedad, en cuanto que es una fuente de riqueza y renta”(MARTÍN ARTAJO, A., “Nuevo sentido de la Justicia social”, *Revista de Estudios Políticos*, 19-20, 1945, pág. 27). Pocos años después, en el mismo sentido, se sostuvo que “la única propiedad que efectivamente pueden poseer los trabajadores es su puesto de trabajo” (NÚÑEZ SAMPER, A., “De la libertad de despido a la propiedad del empleo”, *Revista de Política Social*, 16, 1952, pág. 2). Más modernamente se pueden encontrar referencias a la prohibición del despido como la protección frente a la “expropiación” del derecho a trabajar en ROMAGNOLI, U., “Del derecho «del» trabajo al derecho «para» el trabajo”, *Revista de derecho social*, 2, 1998, pág. 14.

⁶ PÉREZ REY, J., “Derecho y Mercado de Trabajo: Evolución y contextualización en el escenario económico actual”, en Luis Enrique Ramírez (dir.), *El derecho laboral en la crisis global*, B de F, Montevideo, Uruguay, 2009, pág. 14.

⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “La regulación del despido: funciones y articulación jurídica”, *Circunstancia*, vol. 20, 2009.

empresarial de terminar con el vínculo laboral, existen efectos beneficiosos relacionados con las externalidades y fallos de mercado, o con criterios de “buena conducta” en las relaciones industriales⁸ que no pueden ni deben ignorarse.

Esta doble perspectiva, jurídica y económica, se manifiesta en una contraposición de intereses en juego: la estabilidad en el empleo frente a la libertad de gestión de la mano de obra⁹. Como consecuencia de ellos, la institución del despido se encuentra en una tensión permanente acerca de su regulación óptima, pues el resultado ideal será fruto del peso que se dé a uno u otro principio. En todo caso, sólo mediante la utilización simultánea de las herramientas que ofrecen la ciencia jurídica y la económica es posible diseñar un marco normativo que satisfaga los objetivos que se persigan.

Desde el punto de vista del derecho, puede afirmarse que la extinción del contrato de trabajo tiene una configuración atípica. Producto de la naturaleza tuitiva del derecho laboral, se establece –al menos formalmente– un desequilibrio normativo en lo referente a las posibilidades de ruptura del contrato: mientras que trabajador puede hacerlo (con respeto al preaviso que exija el pacto o costumbre) en cualquier momento y sin alegar motivo alguno –lo que encuentra su fundamento en la libertad personal, o desde la perspectiva opuesta, en la interdicción de la esclavitud– la decisión empresarial debe responder a alguno de los motivos previstos por la ley. En la práctica, sin embargo, cualquiera de las partes puede poner fin al contrato en cualquier momento de su desarrollo, si bien con consecuencias diferentes, lo que ha llevado a afirmar que lo que se somete a formas y causas legales, más que el hecho del despido, es la indemnización que la contraparte tiene derecho a percibir¹⁰. Al fin y al cabo, la relación laboral no deja de ser un contrato que tiene por finalidad la obtención de recíprocas ganancias patrimoniales, de tal modo que el empresario obtiene los frutos del trabajo –como paso intermedio de la obtención de beneficios, que es su objetivo último– y el trabajador su salario: cuando por cualquier razón una u otra contraprestación no pueden satisfacerse, el contrato deja de cumplir su función¹¹.

La aparente excepcionalidad de este “despido libre pagado”¹² en el derecho del trabajo, sin embargo no es tal: la práctica totalidad de las relaciones contractuales

⁸ DOLADO, J. J. Y JIMENO, J. F., “Contratación temporal y costes de despido en España: Lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado”, *Documentos de Trabajo de la Fundación Alternativas*, 48, 2004, págs. 11-12.

⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “La regulación del despido: funciones y articulación jurídica”, cit., pág. 1.

¹⁰ GARCÍA LOPEZ, R., “Consideraciones en torno a la figura del despido”, *Revista de Política Social*, 143, 1984, pág. 66.

¹¹ DESDENTADO BONETE, A., “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 46.

¹² Usando la expresión de LAHERA FORTEZA, J., “El despido libre pagado con cheque al trabajador (Comentario a la STS 4ª de 6 de marzo de 2008)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2008; y también en

pueden romperse “libremente” por una de las partes, sin perjuicio de las consecuencias que para este hecho establezca el ordenamiento. En general, la extinción de cualquier vínculo jurídico podrá tener lugar bien por darse una causa objetiva que así lo habilite, bien ante el incumplimiento de la contraparte: el art. 1124 CC establece con carácter general que “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”. La peculiaridad del Derecho de Trabajo reside en el hecho de que se permite no sólo instar la resolución, sino que la decisión del empresario es por sí misma constitutiva, sin necesidad alguna de intervención de tercero. Incluso en el caso de que no concurra la causa legal, el despido –que podría caracterizarse como un incumplimiento de obligaciones contractuales asumidas por el empleador– no genera en la parte agraviada –el trabajador– una acción alternativa (como hace el citado precepto del CC) para exigir “el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”, sino que la opción la tiene el mismo sujeto que ha dado por terminado el vínculo sin que respetar los preceptos legales, y además en caso de optar por la indemnización, está se encuentra fijada de manera tasada por el legislador.

La justificación de este poder extraordinariamente amplio del empresario sobre la continuidad de la relación laboral puede buscarse en motivos históricos –la concepción de éste como propietario de su empresa le otorga capacidad ilimitada de disposición sobre los medios de producción– o más razonablemente en la actualidad, desde una perspectiva económica, como un mecanismo de ajuste y flexibilidad de la empresa ante los cambios constantes en la realidad económica y el mercado.

Al margen de consideraciones de índole política o social sobre qué interés debe primar –si el del empresario a la libre gestión o el del trabajador al mantenimiento de su ocupación–, en cierto modo puede concebirse el problema como una atribución de derechos de “propiedad”, siendo el objeto de la misma la disponibilidad sobre la relación de trabajo. Cualquiera que sea la atribución inicial de derechos, dado que la dimisión no está en discusión, la decisión que presenta mayor interés es la empresarial, pues es la que se encuentra limitada u orientada por el marco jurídico.

En esta lógica, resulta imprescindible analizar la institución del despido, en su más amplia concepción, desde la perspectiva de decisión del empresario –y por tanto atendiendo a la relación de costes y beneficios–, sin que ello predetermine en ningún caso una opción ideológica acerca de la referida titularidad del derecho a acabar con la relación de trabajo. Cualquiera que sea la regulación que se establezca, debe hacerse sabiendo que es al empresario a quien se dirige, y por tanto este será el que responda

“Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, recurso 1689/2007)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2009.

a los incentivos y trabas que le ofrezca el ordenamiento jurídico¹³. Así, por más que pudiera legítimamente defenderse que el despido no debe regularse con lógica monetaria, pues tiene un valor social inmaterial que como otros inherentes a la dignidad de la persona, es ajeno al tráfico del mercado, dicha concepción da la espalda a la realidad al negar que se trata de una decisión estrictamente económica¹⁴: incluso en un hipotético mundo de prohibición total y absoluta del despido, siempre será posible el acuerdo (incluso de forma no públicamente declarada) por el que el empresario y el trabajador pacten una dimisión a cambio de una compensación monetaria: el precio pagado más los gastos en que incurra para la negociación constituirían el coste del despido. En el sistema jurídico español se establecen diversos grados de protección al empleo, según las circunstancias concurrentes, configurando una situación intermedia, en la que ni el despido es plenamente libre –entendiendo por tal un derecho incondicionado del empresario–, ni resulta necesaria la aquiescencia del trabajador.

Es éste precisamente el objeto de estudio de la investigación. La centralidad de la figura del despido en la relación laboral hace que –al margen de las innumerables modificaciones del régimen legal que hacen de su análisis doctrinal una materia en la que siempre resulta precisa su revisión– los aspectos técnico jurídicos hayan sido objeto de abundantes y brillantes trabajos, tanto de visión general como sobre aspectos concretos de la institución. Igualmente, en la literatura económica pueden encontrarse análisis de gran calidad, tanto sobre los efectos de la regulación como desde la perspectiva de la teoría de contratos. Sin embargo, aunque cada vez es más frecuente en la mejor doctrina iuslaboralista atender a las consecuencias económicas de la regulación –en gran medida porque el legislador formula las reformas legales tratando de dar respuesta a objetivos de política económica–, se hace necesario llevar a cabo una investigación que, siendo eminentemente jurídica y dirigida principalmente a juristas, introduzca como parámetro de análisis los efectos económicos de la misma.

La necesidad de satisfacer este objetivo determina simultáneamente el ámbito de la investigación y la metodología que va a seguirse, lo que aparece íntimamente ligado a la estructura de la investigación. Como acertadamente se ha dicho “ni el derecho puede prescindir de la economía, ni esta puede dar cuenta de las regulaciones legales

¹³ Esta aplicación del teorema de COASE, expuesta en su día por LAZEAR, se analiza con cierto grado de detalle más adelante, en el Capítulo I.

¹⁴ Como se ha señalado con carácter más general en relación al Derecho del trabajo (no sólo a la regulación del despido) la identificación de los objetivos de aquel con la rentabilidad empresarial es una simplificación que desconoce las causas que hicieron surgir el Derecho del Trabajo y sus logros, pero rechazar los argumentos que introducen la lógica económica es también un error RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Ley de Relaciones Laborales, diez años después”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1986, pág. 31.

sin tomar en consideración los valores que esas regulaciones tratan de imponer en el marco de las relaciones de trabajo”¹⁵.

Comenzando por los aspectos metodológicos, puede señalarse que la perspectiva de los juristas frente al derecho del trabajo, al menos en lo que se refiere al despido, suele centrarse en el análisis de la protección de los intereses de la relación ya establecida: la tutela del trabajador y el alcance del poder de dirección del empresario en el marco de su libertad de empresa. Los economistas, por el contrario, suelen atender a los efectos agregados de la legislación de protección del empleo—expresión ampliamente extendida—, y cuando atienden a la relación individual de trabajo se centran en los incentivos del marco jurídico, sin prestar, con carácter general, particular atención a la regulación y su aplicación efectiva por los tribunales¹⁶.

Resulta claro, sin embargo, que ni la doctrina jurídica ignora las consecuencias económicas de la regulación, ni la literatura económica desconoce la importancia de la regulación de derechos y obligaciones. El amplio debate acerca de la flexiseguridad pone de manifiesto el reconocimiento mutuo de dicha relevancia en la regulación de las relaciones laborales.

A pesar de lo anterior, —con las dificultades que siempre plantea generalizar— la tendencia que se observa en el análisis de las posiciones doctrinales es la existencia de un cierto recelo: es común que en el ámbito del iuslaboralismo —especialmente en autores con concepciones más fuertes de la necesidad de protección del trabajador frente al empresario— se perciba la visión económica (a menudo con el empleo del término “economicista”, usado despectivamente¹⁷) como una amenaza para el derecho del trabajo, al tiempo que en la literatura económica las reflexiones iuslaboralistas se entienden como un conjunto de restricciones apriorísticas que reducen la eficiencia del mercado desde argumentaciones axiomáticas.

Así, se ha afirmado que la concepción del Derecho del Trabajo como una mera herramienta al servicio de los cambios en la estructura social y productiva supone ignorar que aquel es un conjunto de valores y que pretende condicionar esa misma realidad social e incluso que ha surgido precisamente para contrarrestar esas

¹⁵ DESDENTADO BONETE, A. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Presentación”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 7.

¹⁶ EGER, T., “Opportunistic termination of employment contracts and legal protection against dismissal in Germany and the USA”, *International Review of Law and Economics*, vol. 23, 4, 2003, págs. 381-382.

¹⁷ Ejemplo de ello puede encontrarse en BAYLOS GRAU, A., “Por una (re) politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, 12, 2000, pág. 24; con menor insistencia, también en CASAS BAAMONDE, M. E.; BAYLOS GRAU, A. P. Y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. II, 1987, pág. 316.

exigencias de matriz puramente económica¹⁸. En el mismo sentido, con referencia a las sucesivas reformas laborales, se afirmó que estas constituían “una muestra más de la crisis del Derecho del Trabajo desde que este se ha sometido a las exigencias del empleo, desde que se ha convertido en una simple variable de política empresarial¹⁹”.

En los análisis económicos de la situación del mercado de trabajo español se ha puesto con frecuencia el acento en la regulación laboral: no sólo en la relativa al despido sino también en aspectos como la falta de flexibilidad interna deficiencias de la negociación colectiva, que operan junto a otras variables, como los desajustes cualitativos entre oferta y demanda o la existencia de un elevado número de parados de larga duración²⁰.

Esta confrontación se ve agravada por la percepción generalizada de que, en los últimos tiempos, es la lógica del mercado de trabajo la imperante en la regulación del despido, lo que se pone de manifiesto en las propias exposiciones de motivos de las sucesivas reformas que se han llevado a cabo, que aluden con frecuencia a la situación de la economía y a objetivos de política económica.

La perspectiva de la decisión extintiva del empresario como una realidad económica, en la que valora los costes y beneficios que le supondrá prescindir del trabajador por unas u otras vías –lo que se planteará racionalmente en el momento mismo de su contratación– es imprescindible para lograr el efectivo cumplimiento de las normas. Se ha dicho con acierto que la historia del Derecho del Trabajo es la historia de la creación de unos instrumentos coactivos que logren evitar e impedir los incumplimientos de sus normas²¹. Por ello, en esta investigación se parte de la base de que el empresario actúa con el interés de optimizar sus resultados, y sólo cumplirá la ley cuando las consecuencias esperadas que se deriven de su infracción sean lo suficientemente gravosas como para compensar los beneficios obtenidos por ignorarla.

El análisis que aquí se propone, por tanto, toma como punto de partida la consideración de que, siendo imprescindible para el jurista el análisis técnico y relacional de la norma para la interpretación correcta de la misma a la luz de otros

¹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Cuestiones actuales (y no tanto) del derecho del trabajo”, *Temas laborales*, 64, 2002, pág. 12.

¹⁹ LÓPEZ GANDÍA, J., “La reforma laboral de 2010 y la evolución del derecho del trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de derecho social*, 51, 2010, pág. 243. En este trabajo el recelo a que hacíamos referencia es particularmente evidente, aunque enfocado hacia ciertos economistas en concreto: los autores de la Propuesta para la reactivación de la economía española (el llamado manifiesto de los 100), que en materia de despido propusieron el llamado contrato único.

²⁰ En este sentido PÉREZ INFANTE, J. I., “Las reformas laborales recientes: objetivos, contenidos y efectos”, *Cuadernos de Información económica*, 150, 1999, págs. 5-6. Este autor añade también la rigidez salarial en PÉREZ INFANTE, J. I., “Objetivos y contenidos de las reformas laborales en España y propuestas de futuro”, *Circunstancia*, vol. 20, 2009.

²¹ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1992, pág. 85.

análisis doctrinales y jurisprudenciales, es necesario también valorar sus verdadero efectos: es preciso determinar cuando la norma no se cumple, y cuando, cumpliéndose, produce efectos distintos al buscado²².

Desde una perspectiva metodológica, este estudio es el resultado de una investigación esencialmente jurídica, si bien para ello se toma como punto de partida el análisis económico desde una doble lógica. Por una parte, en una posición próxima – aunque no exactamente idéntica– al análisis económico del derecho, se busca introducir en la discusión jurídica un aspecto puramente práctico, como es la reacción posible del empresario ante los incentivos que da la ley, en el sentido que se pretende señalar; en cierta medida, es una perspectiva de eficacia de la regulación que afecta al despido. Por otra, se incorpora también una visión de efectos generales de los costes de extintivos, de modo que se aportan argumentos valorar la eficacia no ya de la ley sino del legislador: la revisión de la amplia literatura económica permite determinar qué elementos de la regulación permiten satisfacer mejor los objetivos que se plantean con la reformas laborales (aumento del empleo, estabilidad en el puesto, reducción de la dualidad).

La visión económica, por tanto, sin ser esta una investigación de esa naturaleza, está presente en mayor o menor medida a lo largo de todo el estudio. El análisis de la regulación positiva se realiza desde la doble perspectiva del legislador –en qué medida la norma analizada cumple con lo que se pretende– y del empresario –cómo reaccionará ante determinadas situaciones, en qué medida puede alterar su conducta en sentidos no buscados por la norma.

No se trata, por tanto, de un estudio sobre el despido o sobre la extinción del contrato de trabajo, sino sobre el coste que determina la decisión empresarial que determina la terminación del vínculo laboral. Se analizan por ello, además de las que ALONSO OLEA incluyera en la definición de despido, aquellas situaciones en las que es el trabajador quien toma la iniciativa para acabar con la vida del contrato, pero las razones legales que le amparan derivan de una actuación –lícita o contraria a derecho– de su empleador.

En sentido opuesto, tres son las exclusiones del contenido de este estudio que pueden mencionarse ahora. Las dos primeras –las especialidades regulatorias del despido cuando quien lo efectúa es una administración pública o se realizan en el seno de un proceso concursal– responden a la particular posición en que se encuentra el empleador; la tercera –la relativa a las relaciones laborales especiales– a la vocación de generalidad y de análisis de sistema de la investigación.

²² Es lo que puede calificarse como la eficacia de la norma laboral. En este sentido, ver CRUZ VILLALÓN, J., *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 12.

La primera de las exclusiones mencionadas es posiblemente la que más claramente se aleja de la lógica de esta investigación. Aunque la regulación introducida en las últimas reformas puede acercar las técnicas de gestión de los recursos humanos a una lógica privada²³, el administrador del sector público no opera en un mercado al uso. Así, su tamaño, sus recursos y sus objetivos, no vendrán determinados por una voluntad maximizadora de beneficios económicos, sino por el cumplimiento de la ley y el derecho, que a su vez responde a la conjunción de acciones del legislador y el ejecutivo: la administración como empleadora no desnaturaliza su papel, sino que sigue estando obligada a servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación²⁴; como señaló el Tribunal Constitucional, “la pertenencia al sector público, aun bajo la fórmula del contrato de trabajo, garantiza a los trabajadores una situación jurídica laboral en orden a la estabilidad y seguridad que no es coincidente necesariamente con la existente en el sector privado”²⁵. Al margen de que las indemnizaciones que se abonan, cuando procede, por la extinción del contrato se calculan conforme a las mismas reglas que las de la empresa privada –y por tanto no requieren especial atención en este trabajo–, existe una lógica propia en la causalidad de la extinción²⁶.

La actuación del empresario en el marco de un concurso no responde tampoco a la lógica normal del desarrollo de la relación de trabajo. El interés privado de maximización de beneficios se ve relegado por el de satisfacción de las deudas y, en su caso, de supervivencia de la empresa. La propia LConc. establece su propio régimen jurídico para los procedimientos extintivos, si bien operan sobre las normas comunes; de hecho, en cierta medida, la supresión de la referencia al concurso (antes quiebra) en el art. 51.10 ET pone de manifiesto esta especialidad²⁷.

En tercer lugar, respecto de las relaciones laborales especiales, no se ha considerado necesaria su inclusión en la investigación precisamente por su naturaleza no común. En las normas reguladoras de cada una de ellas, generalmente de carácter reglamentario, se establecen especialidades en cuanto a la extinción que responden a

²³ TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas”, *Revista de derecho social*, 57, 2012, pág. 165 y ss.

²⁴ BODAS MARTÍN, R. B., “Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas”, en Gonzalo Moliner Tamborero (dir.), *La administración pública como empresario: aspectos laborales y sindicales: convenio único para el personal laboral de las administraciones públicas*, 2000 (Cuadernos de Derecho Judicial), pág. 243.

²⁵ ATC 858/1985, de 4 de diciembre.

²⁶ En este sentido, vid. SALA FRANCO, T. Y ALTÉS TÁRREGA, J. A., “El despido de personal laboral en la Administración Local”, *Revista de estudios locales. Cunal*, 112, 2008, págs. 384-385.

²⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, 1A. ED, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 250-251.

una lógica particular²⁸. En algunos casos afectan a la causalidad de la misma, de forma que existen circunstancias específicas, relacionadas con la lógica del vínculo, que determinan por sí mismas la extinción de la relación como puede ser la excarcelación del penado o la no superación de la evaluación correspondiente en el caso del residente en formación en ciencias de la salud. En otros, como la especial importancia de la confianza entre trabajador y empresario, se permite que la pérdida de la misma sea causa válida de despido, con una indemnización computada conforme a la fórmula general, si bien con un factor indemnizatorio reducido: es el caso de la relación especial de alta dirección o la de los empleados al servicio del hogar familiar. Sin que sea preciso mencionar aquí la particularidades que afectan a cada una de ellas, es claro que con carácter general, o bien no se integran en una estructura productiva ordinaria, en la que los elementos económicos sean determinantes, o bien se dan circunstancias singulares que configuran motivos extintivos propios.

El resultado de la metodología descrita al objeto de esta investigación determina la estructura de este estudio. El Capítulo I, contiene una amplia visión de conjunto de los efectos del despido desde una perspectiva económica, dirigida a contextualizar la investigación jurídica, y sin profundizar por ello en los aspectos técnicamente más complejos que serían imprescindibles en un estudio estrictamente económico. El punto de partida se encuentra en la propia necesidad de establecer condicionantes económicos a la regulación jurídica del despido. Si todos los mercados funcionan correctamente (no hay costes de transacción, y todos los agentes disponen de información completa), la asignación inicial de estos derechos de propiedad (sobre cada una de las facultades) es irrelevante en términos de eficiencia, por lo que la atribución de las mismas a trabajador o empresario será una decisión estrictamente política de distribución de rentas. Si por el contrario existen fallos en los mercados que impiden este resultado óptimo, el derecho debe introducir las reglas que eliminen o por lo menos reduzcan las ineficiencias, cuando esto sea posible, o al menos no añadir obstáculos que no sirvan a alguna finalidad oportunamente justificada.

Así, al margen de realizarse una descripción del estado del conocimiento sobre la materia –con sus limitaciones en cuanto a algunos aspectos básicos y que en el debate público parecen ignorarse, tales como el discutido efecto sobre los niveles de empleo y desempleo que tiene la protección frente al despido– se plantea un análisis teórico,

²⁸ Así, los criterios unificadores que ha buscado la doctrina son ciertamente artificiales, tales como la inadecuación o insuficiencia de la regulación –lo que es una justificación casi tautológica: la especialidad se justifica por la especialidad– o por su objeto –que en realidad es el criterio de distinción, más que la motivación–; una revisión de estas explicaciones puede encontrarse en MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *Extinción de las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 15-20; esta obra realiza un análisis monográfico sobre la extinción de dichas relaciones especiales. En el mismo sentido, y más reciente, puede consultarse también ROQUETA BUJ, R., “La extinción de las relaciones laborales especiales”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

aunque con abundantes referencias a trabajos empíricos de diversas variables que introduce la regulación de la decisión empresarial de acabar con el contrato de trabajo.

En esa sección inicial se pone también de manifiesto el carácter poliédrico de la institución que se analiza, pues las limitaciones a la gestión empresarial tienen efectos no sólo sobre la tasa de paro o los beneficios empresariales, sino también sobre la productividad, el esfuerzo en formación de empresas y trabajadores, etc. El objetivo del mismo es el de establecer las herramientas teóricas adecuadas para llevar a cabo el análisis de la regulación positiva española. Por ello, además de la exposición de los efectos más o menos generales de las leyes de protección del empleo, se presta particular atención a elementos que están presentes en nuestro sistema legal, tales como los costes de negociación o los efectos de diferentes regímenes de despido entre los que puede optar el legislador.

Los siguientes capítulos tienen por objeto materias más habituales en una investigación jurídica. El segundo analiza la forma en que se ha llegado hasta el punto actual, pues otorga interesantes lecciones, tanto a la hora de interpretar el derecho actual como para evaluar y analizar alternativas. La sistemática que se sigue responde precisamente a esa finalidad, pues no es un mero recorrido histórico, sino que atiende a la forma en que a partir de los años setenta del siglo XX el régimen jurídico del despido se ha configurado progresivamente como un instrumento de política económica. Así, se evalúa cómo la respuesta del legislador a la decisión extintiva, que desde la Segunda República y durante el Franquismo adquiere una lógica que claramente rompe con la concepción civilista y puramente liberal, centrándose en la estabilidad en el empleo, pasa a tener otros rasgos a partir de la transición política a la Democracia: el propio concepto de flexibilidad externa, hoy ampliamente utilizado, denota que junto a la defensa del trabajador aparece –cobrando cada vez mayor importancia– el interés contrapuesto del empresario en gestionar su empresa, incluyendo el tamaño de la plantilla como estime conveniente. Esta línea flexibilizadora, que parte de la presunción de que los costes indemnizatorios suponen una traba al empleo –afirmación no pacífica en la literatura económica, como se ha visto– justifica la potenciación de la contratación temporal a inicios de la década de 1980, con costes de terminación del contrato (que técnicamente no constituyen un despido) inferiores a los de la contratación indefinida. El desaforado crecimiento de la contratación temporal da lugar a la segunda de las líneas que sigue el legislador en la reforma regulatoria del despido: la dualidad del mercado de trabajo.

Una vez conocido el camino recorrido, se ha considerado necesario establecer el marco en el que la legislación nacional se desarrolla: la existencia de límites de derecho internacional, de derecho comunitario (tanto originario como derivado) y de la propia Constitución actúa como guía interpretativa del régimen vigente, y en cierta

medida ayuda a comprender los motivos de su contenido. Al mismo tiempo, desde una perspectiva propositiva, sirve al fin buscado de establecer los límites en los que las alternativas al régimen jurídico vigente pueden plantearse: aunque es cierto que no constituyen leyes físicas inmutables a las que el hombre deba resignarse, sino creaciones humanas que pueden alterarse, la complejidad de su modificación justifican su tratamiento diferenciado.

El tercer capítulo presenta así el alcance que tienen las diferentes disposiciones mencionadas, así como los elementos prácticos a los que afecta: no sólo la causalidad del despido y el grado de exigencia que se impone en las diferentes fuentes o la hipotética necesidad de indemnización, sino también los problemas que pueden plantearse en relación al régimen transitorio en caso de modificación legal o desde la perspectiva de la igualdad en la ley, cuando se establecen diversos regímenes para diferentes trabajadores (tanto en las causas legales de extinción como en las consecuencias de la misma).

A continuación, la cuarta de las secciones que integran esta investigación analiza con cierto grado de detalle el régimen jurídico vigente en relación a la extinción del contrato de trabajo por decisión empresarial, en el sentido antes indicado. Es esta una cuestión ampliamente estudiada en la doctrina y tratada por la jurisprudencia, lo que justifica que no se haya perseguido la exhaustividad en cada uno de los puntos que se analizan –existen excelentes obras monográficas y colectivas enfocadas en estos aspectos concretos– sino la obtención de una visión general, resaltando los puntos que mayores distorsiones pueden introducir, conforme a la literatura económica antes analizada, en el mercado de trabajo o en la adopción de la decisión empresarial.

Al tratarse de un estudio de conjunto, se ha optado por una sistematización atípica en la doctrina: para dotar de una visión unitaria a la evaluación de los costes de despido se ha procedido a una formulación común, derivada del uso reiterado por el legislador de la misma expresión (tantos días de salario por año de servicio). El capítulo se desarrolla precisamente, a partir de esa fórmula, expresada matemáticamente como la suma de un elemento variable y del producto de los factores que el legislador toma en consideración para el cálculo de las indemnizaciones (antigüedad, salario, y el elemento de graduación que en esta investigación se denomina “factor indemnizatorio”). Cualquier decisión del empresario que determine la extinción del contrato de trabajo puede reconducirse a esta fórmula, en la que se incluyen ciertos costes procedimentales –diferentes para cada clase de terminación del vínculo– o impuestos por la ley, y una indemnización, que se modula por el factor indemnizatorio y dos circunstancias personales que sirven para individualizar la situación particular de cada trabajador. De esta forma, el análisis de la normativa que afecta hoy a la decisión

empresarial de dar fin a una relación laboral se lleva a cabo a través de los diferentes elementos que la componen.

En el curso del estudio se han detectado diferentes disfunciones, que por otro lado ya han sido puestas de manifiesto en su mayor parte por la doctrina tanto jurídica como económica. Al mismo tiempo, en los últimos años han surgido diferentes propuestas de reforma integral del sistema de extinción del contrato de trabajo. Al margen de las que simplemente proponen la reducción del factor indemnizatorio para despidos improcedentes y objetivos o la reducción de la diferencia entre establecido para contratos temporales e indefinidos y de las que únicamente apuntan caminos que podrían seguirse pero sin llegar a concretar un modelo, dos son las que resultan de mayor interés, al menos a los efectos de esta investigación: la primera de ellas, por su propia mención por el legislador, es la puesta en marcha de un fondo de capitalización de la indemnización por despido, a imitación del austriaco. La segunda, propuesta por un grupo de reconocidos economistas (el llamado contrato único con indemnizaciones crecientes), ha tenido una importante repercusión, tanto en el debate interno como en el internacional, y trata de dar respuesta a algunos de los principales problemas.

Su estudio pone de manifiesto que ambos presentan interesantes ventajas y diversos inconvenientes. En consecuencia, se ha entendido necesario cerrar esta investigación con una propuesta alternativa que trata de integrar los elementos que se han considerado de mayor interés de los modelos analizados, sin romper totalmente con el sistema actual. No pretende ser la respuesta definitiva al debate siempre abierto de la regulación del despido –de hecho se centra en el concreto aspecto del cálculo de las indemnizaciones, señalando líneas de actuación en otros ámbitos como la causalidad o el procedimiento– sino una aportación más al debate, basada en el estudio del sistema actual de costes extintivos y de sus problemas prácticos.

Capítulo I.- LA ECONOMÍA DEL DESPIDO

1.- LA DECISIÓN ECONÓMICA DE EXTINGUIR EL CONTRATO DE TRABAJO

1.1.- El carácter eminentemente económico del acto jurídico del despido

La capacidad de despedir, la rescindibilidad del contrato de trabajo, se ha entendido como un indicador del estado de salud de la libertad de mercado o como un criterio para evaluar el carácter progresivo del derecho de trabajo, según la perspectiva desde la que se aborde el derecho laboral¹. Desde una u otra lógica, que llevan consigo importantes cargas políticas en las que no pretende entrar esta investigación, resulta claro que el despido es una institución que, como expusiera ALONSO OLEA en lo que se ha constituido ya como una definición clásica, conlleva “la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario”².

Al margen de consideraciones ideológicas, resulta claro que el empleador actuará, con carácter general, con el fin de obtener lo que a su juicio constituya el mejor resultado posible: siempre que estime que es más conveniente para el interés de la empresa prescindir de un trabajador (ya se trate de uno o varios sujetos determinado, de la amortización de puestos de trabajo, o simplemente de reducir plantilla), valorará la forma de hacerlo conforme a las opciones reales que le brinde el ordenamiento jurídico en ese momento concreto.

Partiendo de este punto de vista, el Derecho no se sitúa como elemento central de la decisión, sino que es un factor más que tendrá en cuenta para valorar la relación coste-beneficio de su extinción. Sólo en el supuesto de que el derecho establezca una prohibición absoluta de despedir, si no concurre una de las causas legalmente

¹ ROMAGNOLI, U., “Prólogo”, en *El Despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 13.

² ALONSO OLEA, M., *El Despido*, cit., pág. 9.

previstas, lo jurídico pasará a un primer plano, y aun así, siempre cabrá la negociación de un precio con el trabajador para pactar una extinción de mutuo acuerdo.

No pretende con ello indicarse que la legislación sobre la extinción del contrato sea irrelevante: los individuos no son neutrales frente a la ley, sino que tratan de adaptar su conducta a la misma para obtener los mejores resultados³. La normativa que indique en qué casos y con qué consecuencias puede despedirse conforme a derecho –procedentemente en la terminología española– y en cuáles la decisión empresarial se calificará como ilegal, injusta o improcedente (o incluso nulo) será la que configure uno de los elementos que el empresario tomará en consideración. Incluso la legislación procesal tendrá un importante efecto a la hora de determinar el coste que potencialmente tiene tomar la decisión de despedir.

En cualquier relación contractual, el diseño óptimo de las cláusulas que la regirán exige que las partes puedan conocer los rendimientos esperados de la prestación que obtendrán. En el caso que aquí se analiza, uno de los problemas a los que se enfrenta el empresario a la hora de adoptar sus decisiones es el hecho de que, al tratarse la relación laboral de un vínculo (jurídico, económico, social) que desenvuelve sus efectos a lo largo del tiempo, se generan múltiples ámbitos de incertidumbre que introducen un importante grado de complejidad. Así, algunos de estos riesgos dependen de actitudes de la contraparte (el esfuerzo del trabajador, su capacidad de adaptarse a nuevos cambios), mientras que otros son totalmente ajenos al mismo (el curso futuro de la demanda de los bienes o servicios que comercialice la empresa, el éxito o fracaso de las estrategias empresariales). Junto a estas circunstancias, que desdibujan el valor “actualizado” del trabajador para la empresa, se encuentran las que afectan a la decisión de despedir, pues tampoco aquí –con carácter general– serán ciertos todos los costes. Aun en caso de que las indemnizaciones –como en el caso español– estén legalmente tasadas, existen aspectos vinculados a las relaciones laborales (que pueden conectarse con el “clima social” que pueda generar un determinado despido o conjunto de ellos), y en función de la concreta regulación sustantiva y procesal que sea de afectación podrá existir, asimismo, un determinado grado de inseguridad jurídica.

Tomando en consideración todos los factores que influyen –enunciados ahora con carácter meramente ejemplificativo–, el punto de partida de esta investigación es que el empresario tomará la decisión de despedir siempre que sus resultados esperados sin el trabajador sean mejores que con él. Para ello –idealmente– realizará un cálculo de todos los beneficios que le reportará la presencia futura del trabajador en su empresa (en el más amplio de los sentidos) y deducirá todas las pérdidas que genere su permanencia (los costes laborales en sentido estricto, pero también los usos

³ GABUTHY, Y. Y LAMBERT, E.-A., “Incitations et licenciement individuel”, *Revue Française d’Economie*, vol. 23, 1, 2008, pág. 4.

alternativos que pueda dar a estos). En ausencia de costes de despido de ningún tipo, es decir, si la extinción del contrato se produjera por la mera declaración de voluntad del empresario sin requisitos sustantivos ni formales de ninguna clase, el empresario adoptará esta decisión en cualquier momento en que el resultado de la operación señalada sea negativo⁴.

Este planteamiento, que no reviste especial dificultad, se complica al introducir el factor temporal. Es posible que el resultado global de la operación señalada sea negativo, pero que si se limita en el tiempo el análisis la relación siga aportando valor al empresario. Es decir, un trabajador puede ser todavía rentable, pero el empresario saber ya que en el futuro dejará de serlo. Así ocurrirá en el caso de trabajadores que pierden capacidades con el tiempo, ya sea en términos absolutos –deterioro de sus capacidades para el trabajo– o en términos relativos al comparar su rendimiento con el de otros factores de producción: otros trabajadores mejor cualificados, tecnología que puede sustituirlos, etc. En dichas circunstancias, la estrategia idónea del empresario será mantener al trabajador mientras instantáneamente le aporte beneficios, teniendo en cuenta que el coste del despido puede crecer con la antigüedad.

Un segundo aspecto que restringe la validez del modelo propuesto es la variabilidad del valor de un trabajador. Es posible que un determinado empleado en un momento dado suponga para la empresa un coste mayor que el beneficio que genera, pero que en el futuro se espere que vaya a ser rentable. Conforme al modelo básico expuesto, el empresario compararía las pérdidas con las ganancias, tomando la decisión correspondiente. Sin embargo, tendría también otra alternativa: despedir hoy y contratar en el futuro, lo que sería una estrategia empresarial óptima siempre que el trabajador fuera fácilmente reemplazable o bien si careciera de alternativas reales de empleo y hubiera garantías de su disponibilidad.

La introducción por el derecho de trámites formales, indemnizaciones, costes de procedimiento, sanciones, o cualquier otra clase de restricción alterará el momento en el que el empresario decidirá extinguir el contrato, siempre que no pueda neutralizar su efecto. La pregunta acerca de la naturaleza eficiente o ineficiente de estos costes de despido no tiene una respuesta automática, pues la evaluación debe partir necesariamente de la consideración que tenga la pérdida del empleo, del mismo modo que otras disciplinas de derecho (típicamente encuadradas en el marco del derecho administrativo o en último término en el penal) limitan la libertad empresarial en protección de un bien que se estima socialmente superior. Junto a estas razones, que podemos denominar de justicia redistributiva, pueden aparecer también razones de

⁴ FREYENS, B. Y OSLINGTON, P., “Dismissal Costs and Their Impact on Employment: Evidence from Australian Small and Medium Enterprises”, *Economic Record*, vol. 83, 260, 2007, pág. 2.

naturaleza estrictamente económica: la existencia de externalidades o ineficiencias en la propia decisión empresarial⁵.

En todo caso, con independencia de la concepción del valor del trabajo (o más precisamente del puesto de trabajo) y la atribución de derechos de propiedad sobre el mismo –pues al fin y al cabo en eso consiste la legislación del despido–, para un análisis útil de cualquier modelo de despido y sus efectos –ya sea el vigente en cada momento (Capítulos II, III y IV) o los alternativos (Capítulo V)–, resulta imprescindible partir del hecho de que se trata de una decisión empresarial, en la que el derecho opera como un elemento más, y que por tanto una legislación que no tenga en cuenta los incentivos que genera puede resultar contraproducente para sus propios fines.

1.2.- Modelizaciones para evaluar la legislación sobre el despido

1.2.1.- Esquemas básicos desde la perspectiva económica

La modelización económica siempre conlleva una simplificación, pero a cambio ofrece la posibilidad de evaluar los efectos de los cambios normativos de un modo comprensible: la toma en consideración de todos los elementos que concurren en la realidad nos llevaría, como en “El rigor de la ciencia” de BORGES, a un mapa del tamaño de lo cartografiado, que sería tan absolutamente fiel a la realidad como inútil⁶. Se trata, por tanto, de conocer las limitaciones del modelo, para determinar así el alcance de las conclusiones a las que se llegue.

El punto de partida para el análisis será un sencillo equilibrio⁷: en un mundo sin regulación del mercado laboral el empresario habrá contratado trabajadores siempre que los costes laborales sean inferiores o iguales a la productividad del trabajo. En ausencia de cambios en la productividad del trabajador, el empleador no tendrá incentivos para despedirlo; si el rendimiento del trabajador se mantuviera constante y no se alterara ningún otro elemento de la relación laboral, el empresario obtendría beneficios indefinidamente. Solo en una economía cambiante el empresario, que ha contratado porque así espera obtener beneficios, tendrá motivos para despedir.

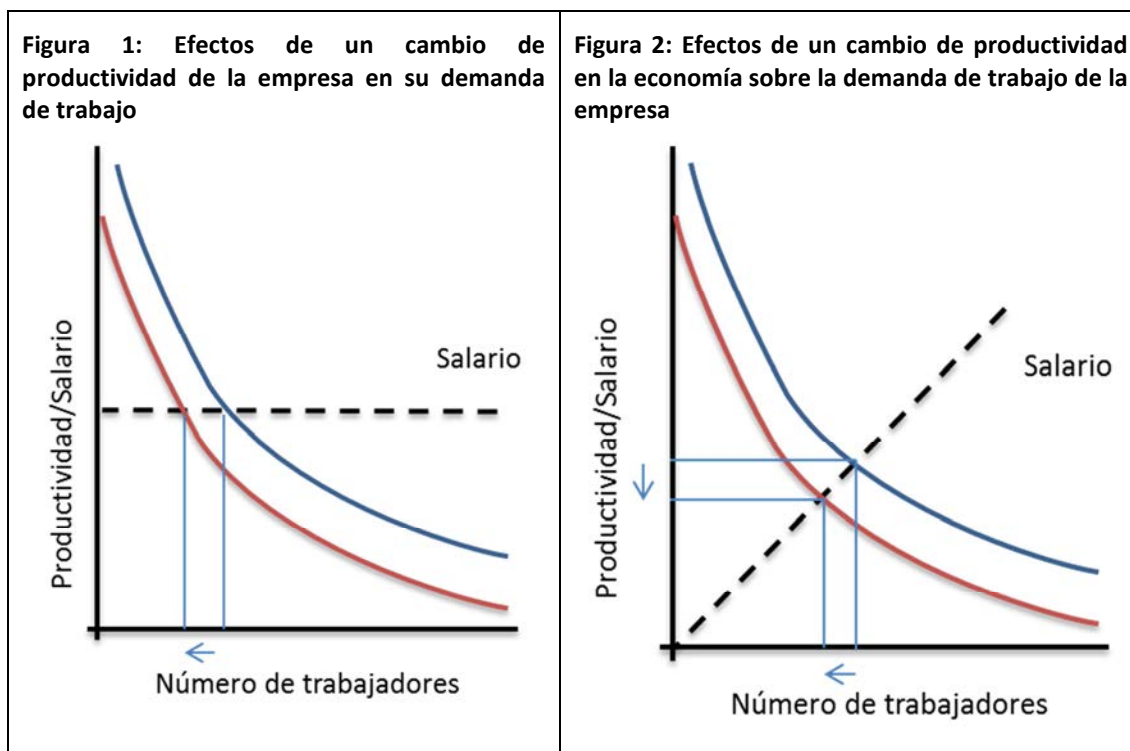
Para comprender la política de contratación, es preciso tener en cuenta los llamados rendimientos marginales decrecientes: para una determinada inversión en capital, cada trabajador adicional producirá un aumento de la producción menor que

⁵ MALO OCAÑA, M. Á., *Las indemnizaciones por despido: un problema de negociación*, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales (ACARL), Madrid, 1998, pág. 22.

⁶ FERNÁNDEZ VILLAVERDE, J., “Borges, Mapas y Economía”, *Nada es Gratis*, 2011, accedido en <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=12434>.

⁷ Un análisis con cierta similitud al que aquí se plantea puede encontrarse en BENTOLILA, S., “Los despidos económicos en España tras la reforma de 2010: una perspectiva económica”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 60-63.

el anterior⁸. Si no ocurriera esto, el empresario o bien no contrataría (en caso de que el trabajador no aporte lo suficiente) o bien contrataría infinitos trabajadores (pues cada trabajador adicional le aportaría un incremento de beneficios). De este modo, el tamaño de la plantilla, en un mercado ideal en el que no hubiera costes de selección de personal y el empresario dispusiera de acceso inmediato a los trabajadores que requiriera, se fijaría de tal modo que el incremento de producción que genere el último trabajador contratado fuera igual a su salario.



Ante una reducción de la productividad, la empresa necesitará ajustar el tamaño de su plantilla a la oferta. La Figura 1 evalúa el efecto de una reducción de la productividad por un evento que perjudique exclusivamente a la empresa; como el resto de las empresas seguirán ofreciendo el mismo salario de equilibrio –suponemos aquí que la empresa no es tan grande como para afectar a los salarios de mercado– el ajuste se producirá únicamente en la cantidad de trabajo contratada; por el contrario, si el “shock” afecta al conjunto de la economía (en realidad al conjunto de empresas que pueden demandar a los mismos trabajadores, por ejemplo, a un sector completo) al reducirse la demanda de trabajo la oferta se ajustará, y los trabajadores se verán obligados a aceptar salarios más bajos⁹.

⁸ No sólo aplica al trabajo; también ocurre con el capital, pues para un mismo número de trabajadores cada incremento de aquel le permitirá mejorar su productividad algo menos que el anterior.

⁹ En términos agregados, resulta razonable considerar que a mayores salarios la oferta de trabajadores será mayor. Esto puede justificarse de diversas formas: si nos referimos a un sector, los mayores salarios atraerán a trabajadores de otros (y los ahuyentarán si disminuyen); incluso referido al conjunto de la economía, esto ocurrirá por los trasvases desde la población inactiva (a determinadas personas empezará a merecerles la pena buscar un trabajo a partir de

De esta forma, el efecto sobre la cantidad de empleo será menor, pues parte del impacto negativo será absorbido por la renta de los trabajadores. Tanto en uno como en otro caso, se aprecia que una disminución de la productividad altera el tamaño óptimo de la plantilla, con lo que el empresario tendrá incentivos a despedir a tantos trabajadores como se requieran para volver al equilibrio.

Tomando este artificial y extremadamente simplificado esquema como punto de partida, pueden introducirse los costes de despido para analizar el efecto que tendrán sobre la decisión empresarial. En principio, si se trata de un cambio permanente, no afectarán a la decisión más que marginalmente, pues el empresario racional simplemente descontará todas las pérdidas futuras de productividad (es decir, calculará el valor presente de todas las diferencias entre el salario que deberá pagar y la productividad del trabajador) y siempre que supere el coste del despido lo llevará a cabo; si por el contrario la perturbación tiene un carácter meramente coyuntural y se prevé que la curva de productividad vuelva en el futuro a su posición inicial, las posibilidades de que el coste del despido desincentive las extinciones por decisión del empresario aumentan. De esta manera, en este modelo básico, se aprecia una función clara de los costes de despido: producen un efecto estabilizador de la demanda de trabajo en caso de fluctuaciones cíclicas.

1.2.2.- El efecto de los costes de despido sobre la decisión empresarial

A.- Planteamiento general

La realidad económica resulta, sin embargo, más compleja que lo descrito anteriormente. El empresario racional toma sus decisiones atendiendo al resultado agregado de las mismas. De esta forma, aunque el coste de despido sea conocido con certeza, no se producirá en todos los casos, sino tan sólo en caso de que el trabajador no decida por sí mismo dejar la empresa¹⁰. Si las indemnizaciones a las que debe hacer frente difieren según la causa del despido (disciplinaria o económica), se introducen más escenarios posibles. De esta forma, a la hora de decidir contratar a un trabajador se tomará en consideración no sólo el coste salarial (y eventualmente los no salariales abonados con carácter cierto, como pueden ser las cotizaciones de Seguridad Social), sino también el coste de despido, ponderado por la probabilidad de que se produzca. De esta manera, la indemnización por terminación del contrato se incorpora como un coste más que el empresario tiene en cuenta para todos los trabajadores; como con la

cierto salario) y por incrementos de la cantidad de trabajo ofrecida por cada trabajador (si se remunera mejor, un trabajador estará dispuesto a trabajar más horas, aunque este resultado no es lineal, pues a partir de ciertos límites puede preferir trabajar menos tiempo al disponer de más recursos para disfrutar de su ocio). En general, sobre estas cuestiones y los modelos de determinación de la oferta de trabajo de un individuo, *vid.* MCCONNELL, C. R.; BRUE, S. L. Y MACPHERSON, D. A., *Economía laboral*, 2007, cap. 2.

¹⁰ Las razones pueden ser diversas: cambio de empleo, cambio de residencia, jubilación, fallecimiento...

mayoría de bienes y servicios, al aumentar el precio del trabajo se reducirá su demanda, es decir, se contratará a menos trabajadores.

Frente a esta consideración del trabajo como un mercado más, la teoría económica ha introducido algunos matices que resultan de interés. Hace más de medio siglo ya se afirmó que la demanda de trabajo es la de un bien “cuasi-fijo”¹¹, esto es, que no se ajusta plenamente al ciclo, sino que mantiene una cierta inercia, pues desprenderse de los trabajadores puede ser costoso, incluso en ausencia de indemnizaciones por despido. Ello se justifica por la existencia de costes de contratación, dentro de los que se puede distinguir los relacionados con la selección de personal (que no afectan a la futura productividad del trabajador) y los de formación o adaptación de su capital humano a la empresa (que en realidad pueden considerarse más como una inversión que como un gasto)¹²; si no existe certeza de la posibilidad de recontractación, estos gastos formativos operarán por sí mismos como un coste de despido.

A partir de estos costes de contratación, puede introducirse entre el conjunto de factores que toma en consideración el empresario la incertidumbre que supone el tener que pagar costes de despido. En este contexto, la empresa contratará un trabajador adicional siempre que los ingresos que se espera que genere antes de que abandone la empresa (por la razón que sea) alcance el valor actual de los salarios que devengará más la suma del coste de contratación y el valor esperado de los costes de despido¹³. Es importante tener en cuenta que los costes futuros no cuantifican por su valor nominal, sino por el descontado: no supondrá lo mismo tener que afrontar una cantidad hoy que la misma cantidad en un futuro. De esta forma, cuanto más lejano sea el momento en que se realice el despido (si llega a realizarse), menor impacto tendrá en la decisión actual del empresario de contratar o no a un nuevo trabajador.

Al margen del impacto global de los costes despidos sobre el empleo –sobre el que los economistas no alcanzan un consenso– resulta claro que la existencia de aquellos tiene importancia tanto en el inicio como en el fin de la relación laboral. Así, cuando la necesidad de trabajo aumente, el empresario tendrá una mayor resistencia a contratar, pues los costes laborales serán mayores, pero cuando el ciclo económico sea adverso, también limitará los despidos, pues la reducción de costes tiene que compensar la indemnización (y en su caso restantes “penalizaciones”) implícitas o explícitas que deba soportar.

¹¹ Oi, W. Y., “Labor as a quasi-fixed factor”, *The Journal of Political Economy*, 1962.

¹² En el modelo de Oi se contempla la posibilidad de formación general y específica; en caso de formación general, el trabajador podrá usar el incremento de capital humano en otra empresa, por lo que podrá obtener un mayor salario, bien cambiando de empleo, bien presionando a su empresario. Por ello, al empresario le interesará impartir una formación específica, para poder obtener todo el rendimiento de su inversión en formación.

¹³ BENTOLILA, S. Y BERTOLA, G., “Firing costs and labour demand: how bad is euroclerosis?”, *The Review of Economic Studies*, 1990, pág. 391.

B.- Presupuestos para el impacto de los costes de despido

En las páginas anteriores se ha descrito el impacto potencial de los costes de despido sobre la decisión empresarial de aumentar o disminuir su plantilla. No obstante, desde una perspectiva estrictamente económica, con carácter general la fijación de un precio (indemnización) por la terminación del trabajo puede entenderse como una asignación del derecho a acabar con la relación de trabajo. Desde este punto de vista, si el empresario puede, a su libre voluntad (sistema *at will*) prescindir de cualquier trabajador, será él quien tenga asignado el derecho; si por el contrario la relación laboral sólo puede terminar por voluntad del trabajador (exigiendo al empresario la compensación que estime conveniente), sería al contrario: correspondería al empleado el derecho. Cualquier otra solución –como las que en la práctica existen en casi cualquier ordenamiento– distribuye los derechos entre uno y otro.

Siguiendo el teorema de Coase¹⁴, en ausencia de costes de transacción, si los derechos de propiedad están bien definidos y son negociables, el resultado final no se verá alterado por la titularidad inicial de aquellos. Sin entrar en mayores detalles, la idea que sustenta este teorema es relativamente intuitiva: la parte que más valore el derecho en cuestión lo disfrutará, bien por tenerlo asignado, bien por estar dispuesto a pagar a la otra parte una cantidad superior a aquella en la que ésta lo valora.

Aplicado el teorema al ámbito del despido, si el beneficio que obtiene el empresario al prescindir del trabajador es mayor que el daño que se le causa a éste por la pérdida de su empleo, independientemente de quien tenga reconocida la capacidad para acabar con la relación, el despido se llevará a cabo. Correlativamente, si el daño es mayor que el beneficio, no se producirá la extinción, con independencia de a quién atribuya la ley la decisión.

La aplicación de esta lógica al ámbito de las indemnizaciones extintivas en el mercado de trabajo ha sido expresamente considerada desde hace más de dos décadas. LAZEAR¹⁵ planteó para ello un sencillo modelo con dos periodos: en el primero se firma el contrato, y en el segundo se continúa prestando el trabajo; si no fuera así, el empresario tiene que indemnizar al trabajador en este segundo periodo.

Los trabajadores están dispuestos a trabajar por un determinado salario de reserva, por debajo del cual prefieren disfrutar de su ocio. Al introducir una

¹⁴ Planteado inicialmente en COASE, R. H., “The federal communications commission”, *Journal of Law and Economics*, vol. 2, 1959. Un desarrollo más completo se encuentra en “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960. La primera versión traducida al español puede leerse en “El problema del coste social”, *Hacienda Pública Española*, nº 68, 1981. Ambos fueron publicados en castellano en el libro COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, 1994.

¹⁵ LAZEAR, E. P., “Job security provisions and employment”, *The Quarterly Journal of Economics*, 1990. Una mención expresa al teorema de COASE y los costes de despido puede encontrarse en TOHARIA CORTÉS, L. Y MALO OCAÑA, M. Á., “Los costes del despido en España”, *Economía y sociología del trabajo*, 25, 1994, pág. 182.

indemnización por despido, el trabajador recibirá una cantidad por el tiempo trabajado y con determinada probabilidad (la de que le despidan en el segundo periodo) una cantidad adicional: la indemnización.

En un mercado perfecto –que difícilmente se da en la realidad¹⁶–, en el que no existan distorsiones ni externalidades de ningún tipo, el equilibrio óptimo que maximiza el bienestar social, será el que se alcance sin limitaciones de ningún tipo. La introducción de las indemnizaciones por despido no tiene por qué generar distorsión alguna: si es una situación óptima, los trabajadores estarán dispuestos a percibir un salario inferior en el primer periodo, que se compensará con un mayor salario esperado en el segundo. Si se elimina la restricción temporal de dos periodos, el resultado no cambia, simplemente la operación matemática es más compleja, pues incorpora la suma de valores esperados de indemnización, con las correspondientes tasas de descuento.

Este modelo de economía perfecta requiere asumir una serie de presupuestos que se alejan de la experiencia. Sin embargo sirve para analizar cuál es el origen de las distorsiones que se producen en el mercado de trabajo en relación con las indemnizaciones de despido, de modo que sea posible analizar tanto los problemas que pueden generar los modelos legislativos existentes (Capítulos II, III y IV de esta investigación) como diseñar alternativas (Capítulo V).

Un primer problema puede encontrarse en la propia asunción de que el modelo, en ausencia de intervención pública, funciona como una economía perfecta, en la que el precio (el salario) ofrece toda la información. En la práctica este presupuesto es difícilmente asumible: resulta claro que los agentes disponen de información asimétrica¹⁷ que pueden ocultar y emplear estratégicamente: los trabajadores conocen mejor que el empresario sus propias capacidades y pueden modular su esfuerzo, y los empresarios disponen de mayor información acerca de la productividad que puede alcanzarse en su empresa, así como acerca de la previsible evolución futura de la misma, lo que afectará a las probabilidades de que el despido pueda tener lugar. Por otra parte, la existencia el propio valor del trabajo para la sociedad¹⁸ hace que su pérdida pueda generar externalidades, esto es, efectos colectivos (en este caso negativos) que el empresario no toma en cuenta para adoptar la decisión. Todo ello hace que existan diversos modelos que consideran que el valor óptimo de la

¹⁶ BOERI, T. Y OURS, J. C. VAN, *The economics of imperfect labor markets*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pág. 205 y ss; EGER, T., “19th Annual conference of the European Association of Law and Economics, Athens, Greece, September 2002.”, cit., págs. 385-386.

¹⁷ Se entiende que existe información asimétrica cuando una de las partes tiene conocimiento de elementos que la contraparte no puede conocer (al menos sin incurrir en un coste), de tal modo que no es suficiente con observar el precio de mercado para conocer toda la información relevante; en un mercado perfecto, el precio recoge toda la información.

¹⁸ Tanto directamete monetario (como pueden ser las prestaciones por desempleo) como el relacionado con la realización personal de los ciudadanos.

indemnización por despido es mayor que cero: los principales son desarrollados en el epígrafe 1.2.3.-, que sigue a éste.

En segundo lugar, aunque no se plantee explícitamente, en el análisis de LAZEAR se parte de la asunción implícita de que los agentes son neutrales al riesgo, es decir, que únicamente atienden al valor esperado del contrato, sin importarles su variabilidad¹⁹. De otro modo, dada la imposibilidad de que empresario y trabajador conozcan con certeza no sólo cuando se abonarán las indemnizaciones por despido, sino incluso si estas finalmente se pagarán, el propio coste de la incertidumbre puede impedir el acuerdo. En general, siempre que haya diferencias entre el valor que tenga para el trabajador y para el empresario el conjunto de sumas que abone este último, no podrá alcanzarse el pacto que neutralice el efecto de la regulación.

Por ello, se hace preciso analizar los efectos que tienen en particular los costes de despido que no constituyen una transferencia de renta al trabajador sino que se destinan a terceros ajenos a la relación laboral (epígrafe 1.2.4), y particularmente cuando la intervención de otros sujetos altera el importe de los pagos que pueden producirse, introduciendo incertidumbre (epígrafe 1.2.5).

En otro orden de cosas, la legislación sobre despido puede tener distintos efectos en función de circunstancias concretas; la distinción entre despidos con y sin culpa del trabajador –los primeros sin indemnización– puede operar como incentivo al correcto rendimiento, cuestión esta analizada en el epígrafe 1.2.6; el carácter creciente de las indemnizaciones en relación con la antigüedad del trabajador presenta diversas aristas que resultan de interés: al tiempo que puede ser cierto que el perjuicio para el trabajador (e incluso para la sociedad) está relacionado con la experiencia adquirida en esa empresa (y que no pueda usar en otras), pueden generarse diferenciaciones de costes de despido frente a quienes llevan menos tiempo empleados, que de este modo perderán su empleo aunque no sean menos productivos: es el objeto de estudio del epígrafe 1.2.7.

Junto a esta clase de análisis, que atienden al comportamiento individual de empresarios y trabajadores, existen diversas investigaciones que evalúan el impacto global de las regulaciones de la extinción del contrato de trabajo, y con particular interés para el caso Español, las consecuencias de la existencia de una diversidad de regímenes extintivos. En caso de que exista una diferenciación entre los costes de extinguir las relaciones de trabajo en las que se ha fijado una duración determinada y las indefinidas, el empresario tenderá a escoger, si la legislación se lo permite (en la práctica, no en un plano teórico), las formas contractuales más baratas, lo que puede

¹⁹ El individuo neutral al riesgo es indiferente entre un pago cierto de N (p.ej, 100 euros) y otro que en promedio le aportará N, pero puede aportarle más o menos, conforme a determinada función de probabilidad (p.ej. la mitad de las ocasiones no le da nada y la otra mitad le da 200 euros)

generar, a su vez, otras distorsiones. Todo ello se trata en el segundo de los apartados de este capítulo.

1.2.3.- Modelos que justifican la necesidad de introducir costes de despido

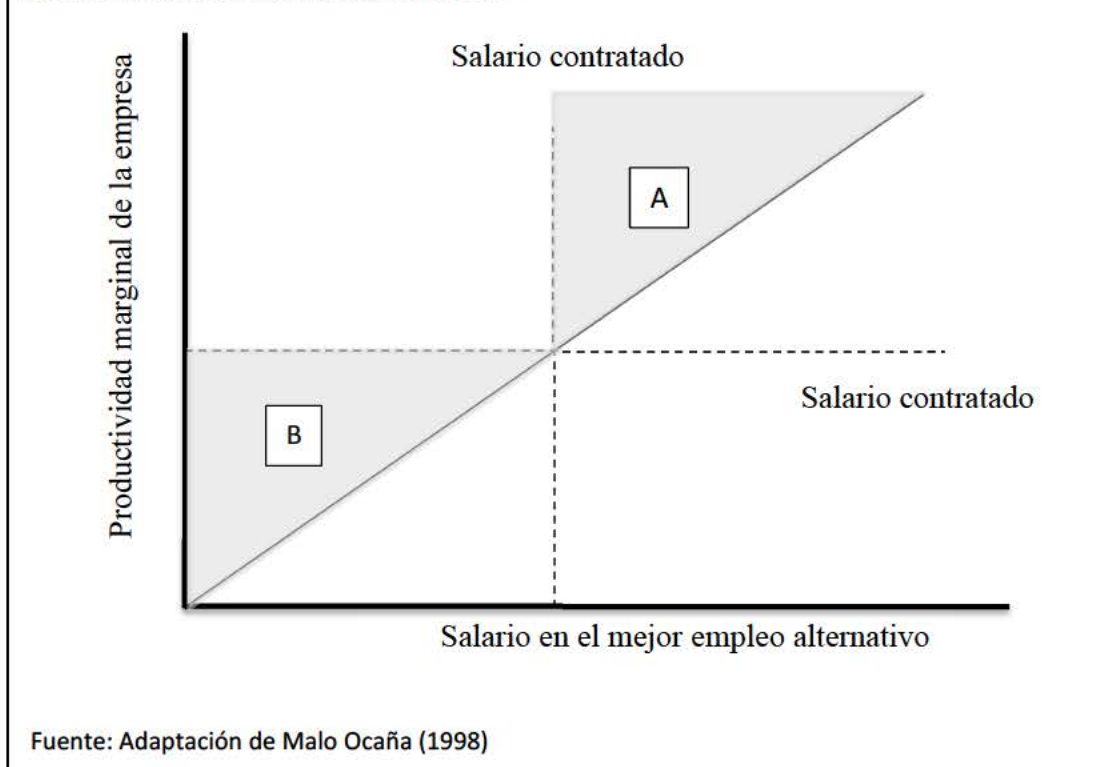
A.- Los despidos intrínsecamente ineficientes

Como punto de partida, resulta de interés, en todo caso, analizar si en los casos en que la empresa decide despedir el resultado es óptimo. Para ello es útil el modelo propuesto por MALO OCAÑA²⁰ en el que se parte una situación en la que los salarios son fijos –lo que ocurrirá cuando estén en el salario mínimo profesional (esto es, el definido por el convenio colectivo, sin perjuicio de las posibilidades de descuelgue, en su caso) o interprofesional, o cuando existan otros obstáculos a la negociación. Considera este autor tanto la posibilidad de que el trabajador abandone la empresa por encontrar otro empleo con un mejor salario, como la del despido cuando la productividad se reduzca por debajo de aquel. En este contexto, resulta claro que será ineficiente cualquier separación (por dimisión o despido) en que la productividad del trabajador en la empresa sea mayor que el salario alternativo que pueda obtener.

En la Figura 3 se presenta en el eje vertical la productividad del trabajador en la empresa, y en el horizontal el mejor salario que podría obtener en el mercado si abandonara su actual empleo. Con líneas punteadas, en ambos ejes, se recoge el salario por el que está contratado, formando en su intersección y el origen de los ejes una recta que separa las zonas en las que el mantenimiento del contrato es eficiente (encima, a la izquierda) y aquellas en las que no (abajo, derecha). La rigidez en los salarios –que puede entenderse simplemente como una dificultad de negociar por las asimetrías en la información de la que dispone cada parte– hace que en los dos triángulos coloreados se puedan producir situaciones no óptimas; si por alguna circunstancia aumenta la productividad en la empresa del trabajador pero menos que su salario alternativo en otra compañía (zona sombreada A), al no ajustarse el salario el trabajador realizará lo que MALO denomina un abandono ineficiente. Si por el contrario se produce una disminución en la productividad marginal del trabajador, pero que afecta en mayor medida a sus salarios alternativos (lo que puede ocurrir por la menor depreciación del capital humano específico del que disponga en esa empresa en relación al capital humano general que pueda aprovechar fuera de ella) pero no es posible ajustar el salario en la empresa, nos encontraremos en la zona de despidos ineficientes (marcada en la figura como zona B).

²⁰ MALO OCAÑA, M. Á., *Las indemnizaciones por despido*, cit., págs. 19-26.

Figura 3: Despidos y separaciones eficientes



Esta clase de modelización justificaría la introducción de costes de despido, siempre que logran una reducción de los despidos ineficientes. Aunque en la práctica sea una situación irreal, el modelo puede aplicarse a los supuestos en que la reducción salarial sea posible (las dificultades para el aumento salarial para evitar abandonos ineficientes son menos probable) pero existan costes de negociación: si los costes de despido son iguales o superiores a estos, el empresario preferirá renegociar salarios a despedir.

En este caso, las distorsiones que genera la inexistencia de costes de despido procede del incumplimiento de uno de los presupuestos del Teorema de Coase: la ausencia de costes de transacción. En consecuencia, la mejora de los mecanismos de ajuste en la empresa (de condiciones salariales o de otro tipo) puede reducir los despidos ineficientes por esta causa.

B.- Costes de despido y competencia interempresarial

Resulta claro que la regulación laboral tiene una potencial incidencia en las decisiones empresariales relativas a la contratación de personal y la gestión de los recursos humanos; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los efectos de la legislación sobre el despido (como otras instituciones) no acaban ahí.

La empresa actúa en el mercado de bienes y servicios, en el que debe ser lo suficientemente competitiva para no perder su cuota de mercado. En este sentido,

cobran especial importancia algunos de los resultados antes reseñados, pero resulta de interés prestar atención –en un mercado globalizado– a la potencial competencia entre una empresa que soporta una legislación restrictiva en cuanto a la posibilidad de extinguir los contratos con otra a la que la legislación laboral aplicable le permite prescindir de los trabajadores que emplea cuándo y cómo estime conveniente. Ello justifica que los sectores en los que existe un menor grado de competencia internacional las distorsiones que la regulación del mercado de trabajo sean menores, por cuanto que todos los competidores juegan con las mismas reglas.

El escenario de competencia entre unas compañías sometidas a una legislación más rígida que otra es precisamente el planteado por el modelo de KESSING²¹. La intuición en la que se apoya este autor es que las empresas que soportan costes de despido tienen, con carácter general, una mejor posición competitiva, pues están dispuestas a aceptar menores beneficios para mantener un nivel de producción que les evite tener que despedir y pagar las consiguientes indemnizaciones.

En su razonamiento supone que ambas empresas compiten por ganar un determinado contrato, y se ven afectadas por la legislación de despido en un doble sentido: ex ante, a la hora de decidir si contratan o no a trabajadores, y ex post, cuando deben valorar si prescinden de los mismos. La competencia entre empresas no se produce en un único momento, si no que se repite en cada periodo.

Dado que ambas empresas son iguales salvo por la legislación aplicable y el precio del producto será el fijado por el mercado, aumentarán las probabilidades de conseguir el contrato cuanto mayor sea esfuerzo para convencer al potencial cliente. En el momento inicial, ninguna de las dos empresas tiene contratados trabajadores (entiéndase, para producir el bien o realizar el servicio de que se trate), sino que sólo contratará aquella empresa por la que finalmente se decida el cliente. En el siguiente periodo, las empresas vuelven a competir, pero la empresa que opera desde el país con la legislación restrictiva del despido, si ganó el contrato en el periodo anterior, cuenta con unos trabajadores a los que deberá seguir pagando salarios o en su caso indemnizar por despido si no logra el contrato en el segundo periodo. La competencia entre las empresas hará que en cualquier caso se esfuercen tanto como puedan, neutralizando el posible beneficio (después de remunerar los factores de producción) con un mayor esfuerzo.

En caso de que la empresa sometida a la legislación restrictiva en materia de despido haya obtenido el contrato en un periodo, en el siguiente tendrá dos escenarios posibles: o gana el contrato y entonces paga los salarios a los trabajadores, o lo pierde y les abona la indemnización que corresponda. De esta forma, esta última opera como un coste hundido: ocurra lo que ocurra, deberá abonar esa cantidad, de manera que en su cálculo de cuánto le merece la pena invertir para mantener el contrato dispondrá de un mayor margen que la empresa que opera en un país sin regulación. Sin embargo, la empresa conoce esta doble circunstancia en el periodo inicial: sabe que en el periodo siguiente, si gana, su estrategia óptima le llevará a tener unos beneficios más reducidos, pero con una probabilidad mayor, lo que le llevará a reducir su esfuerzo (y con ello sus probabilidades en el periodo inicial o en cualquiera en que no tenga trabajadores contratados). En función de qué efecto tenga mayor intensidad, lo que estará relacionado con la forma en que aumenten las probabilidades de conseguir el contrato en función del coste del esfuerzo para lograrlo, el resultado será diferente, pero conforme al modelo presentado –con diversas extensiones que no es este el lugar de describir pero que flexibilizan los presupuestos del mismo– con carácter general la empresa con mayor nivel de protección tendrá mayores incentivos para competir, lo que en promedio mejorará su cuota de mercado.

²¹ KESSING, S. G., “Employment Protection and Product Market Competition”, *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 108, 2, 2006.

Debe hacerse notar, además, que los supuestos del modelo de KESSING permiten también extender sus resultados a comparaciones entre empresas de países con protección contra el despido, siempre que sean de diferente intensidad, en cuyo caso lo relevante será la diferencia de los niveles de indemnización previstos en una y otra legislación. Igualmente, si existen diferencias de eficiencia en el uso de los recursos o cualquier otra clase de heterogeneidad entre las distintas empresas competidoras, el efecto de mejora de la capacidad competitiva de la empresa con mayores costes de despido se mantendrá, si bien se alterarán las probabilidades de conseguir el contrato en todos los escenarios descritos.

C.- Los fallos de mercado y externalidades mitigables por la regulación del despido

a).- Incorrecta valoración del capital humano

El trabajo en la empresa aporta al trabajador un incremento de su capital humano, en algunas ocasiones por la mera práctica o experiencia, y en otras por una inversión directa en su formación por parte de la empresa. Esta cualificación puede generar ventajas para cualquier actividad que el trabajador pueda desempeñar en el mercado, de modo que incrementen su productividad en esta u otras empresas – capital humano general– o únicamente en la compañía en la que ha adquirido esas capacidades –capital humano específico. La inversión en capital humano es un mecanismo de mejora de la productividad de la empresa, que puede permitir mejorar su competitividad o simplemente permanecer en el mercado, adaptando su mano de obra a las necesidades del mismo. Sin embargo, especialmente cuando se trata de innovación, los rendimientos no son ciertos (la nueva tecnología, entendida en el sentido más amplio, puede no funcionar o puede que otros competidores desarrollen otras similares) por lo que una determinada inversión en formación de los trabajadores puede no dar rendimientos.

La literatura económica ha descrito modelos en los que esta circunstancia puede provocar que las empresas despidan más de lo socialmente óptimo durante las recesiones. Así, BOOTH y ZOEGA²² plantean el problema desde la consideración de que las empresas, que deciden cuánto invierten en la formación de sus trabajadores, encuentran dificultades para retener el capital humano, en un mundo en el que las consideraciones salariales no son las únicas que el trabajador tiene en cuenta. Ante el riesgo de que el trabajador deje la empresa en el futuro, cuando ésta podría obtener rentabilidad de su formación, la inversión se reducirá por debajo de lo socialmente eficiente, pues al optimizar el esfuerzo formador no valorará el mayor rendimiento del trabajador del que se aprovechará otra empresa. La introducción de indemnizaciones

²² BOOTH, A. L. Y ZOEGA, G., “On the welfare implications of firing costs”, *European Journal of Political Economy*, vol. 19, 4, 2003.

por despido –con la consiguiente reducción del salario– opera de esta forma como premio de permanencia y, en caso de dimisión, el ahorro para la empresa permite compensar el mayor gasto en formación.

Comienzan su análisis desde la creencia de que la empresa, cuando contrata, conoce las tasas generales de dimisión en la economía (es decir, que porcentaje de trabajadores abandonará la empresa voluntariamente), pero es imposible para ella conocer los factores a los que el candidato está expuesto que pueden motivar esta salida²³.

Por simplificar la exposición, el análisis se realiza sobre dos periodos –aunque de nuevo sería posible extender el modelo hasta el infinito– aplicando los correspondientes factores de descuento a los flujos esperados²⁴. En el primero, la empresa cuenta con un determinado número de trabajadores, de los cuales una proporción abandonarán voluntariamente la empresa; así, aunque los autores admiten que las decisiones de formación en capital humano (general y específico) se ven influidas por la legislación sobre despido (vid. infra 2.1.2.-), las toman como dadas, en aras de la simplicidad del modelo. El trabajador, que puede dejar la empresa en cualquiera de los dos periodos, lleva consigo el capital humano inespecífico, pero no el propio de la empresa que le ha formado (pues sólo vale para dicha compañía); si es despedido, los autores entienden que se pierde todo el valor de la formación recibida por el trabajador, pues tendrá que buscar empleo en otro sector, en el que ni la específica ni la general para la industria serán de utilidad. No se justifica expresamente este supuesto, pero puede entenderse que se produce cuando la causa del despido es la existencia un shock que afecta a la industria o si el despido se entiende como una señalización negativa del trabajador.

El planteamiento que hacen estos autores parte de considerar que en cada periodo el trabajador decide si permanece o no en la empresa, posteriormente la empresa decide si le despide, y finalmente si tras ambas decisiones sigue en la compañía, el individuo produce.

La decisión empresarial de despedir en el primer periodo se adopta tomando en consideración la probabilidad de que el trabajador continúe o no en la empresa en el segundo; aunque la formalización matemática que emplean es compleja, intuitivamente puede entenderse su resultado: la empresa no valorará el capital humano general que el trabajador tendrá en el segundo periodo en caso de que deje la empresa. Este capital no específico sí que lo aprovecha otra compañía si el trabajador presta servicios en ella, que aprovechará las capacidades adquiridas sin necesidad de haber invertido en las mismas. La externalidad es clara, pues la empresa no tomará en consideración todos los costes de su decisión de despedir, con lo que prescindirá de más trabajadores de lo socialmente óptimo, generando una pérdida agregada de capital humano a la economía.

Una forma de lograr evitar esta pérdida es precisamente a través de una indemnización por despido que “interiorice” el coste de esa pérdida social. La indemnización óptima crecerá con el salario del trabajador (pues estará vinculado a su productividad y la pérdida de producción será mayor cuando mayor sea aquella), pero sobre todo estará relacionada con la proporción de trabajadores que voluntariamente cambian de empleo y el valor del capital humano genérico (es decir, aprovechable por otras empresas) que atesora. De hecho, en el

²³ En el trabajo indicado, se pone como ejemplo el traslado a otra ciudad por motivos personales, pero pueden ser muy diversos: relacionados con la salud, cambio en las preferencias entre ocio y trabajo, voluntad de reenfoque la carrera profesional hacia otro sector...

²⁴ De hecho, un modelo continuo, con idéntica lógica, se desarrolla en EGER, T., “19th Annual conference of the European Association of Law and Economics, Athens, Greece, September 2002.”, cit., págs. 383-385. En él se diseña un salario creciente, que comienza en términos netos por debajo del mejor salario alternativo que podría conseguir el trabajador (pues debe abonar parte de su formación) pero con que con el tiempo crecerá más que el mejor empleo que podría obtener con su nueva formación. Esto es posible gracias a que parte de la formación que recibe solo aumenta su productividad en esa empresa (capital humano específico). Se reproduce el mismo problema de incentivos al abandono por parte del trabajador hasta alcanzar este salario –que puede solucionarse con un bono futuro– y del empresario a despedir para evitar ese bono. Ahí es donde entran las indemnizaciones por despido eficientes.

supuesto extremo de que el trabajador obtuviera un salario exactamente igual al que tiene en la empresa actual en caso de cambiar a otra, el importe del salario no tendría relevancia para el cálculo de la indemnización por despido óptima desde esta perspectiva.

La introducción de costes de despido para evitar esta externalidad (en el supuesto de que aquellos se limiten a una transferencia de rentas del empresario al trabajador) afecta también necesariamente a las decisiones de contratación; a la hora de valorar si compensa contratar y formar a un nuevo empleado, se valorará (junto al coste de no poder rentabilizar la inversión en capital humano por los abandonos o por una mala situación económica) el importe de la indemnización²⁵. No se trata por tanto de una decisión óptima, sino que el efecto agregado dependerá de las características concretas de los trabajadores y las empresas.

Al margen de las simplificaciones del modelo, es innegable que el escenario que plantea refuerza una idea que intuitivamente no es descartable: la empresa valora únicamente el capital humano que espera conservar: el hecho de que los trabajadores puedan abandonar la empresa –no sólo por razones extrasalariales– reduce la valoración privada de los rendimientos futuros, lo que puede llevar a despidos no eficientes socialmente, aunque lo sean desde la óptica particular del empleador que toma la decisión extintiva.

Desde otra perspectiva, pero igualmente relacionado con el problema de formación de capital humano, una parte de la cualificación adquirida por los trabajadores puede ser aprovechada por terceras empresas, que podrán fácilmente ofrecer mayores salarios porque no han tenido que incurrir en el correspondiente gasto: esto es, en lugar de realizar una inversión arriesgada, esperan a que otra empresa la haga, y si resulta rentable, “compran” el capital humano adquirido al trabajador en forma de mayor salario (pues podrán competir siempre que el nuevo salario sea igual o inferior al de la empresa que le formó sumado al coste de formación). Sin embargo, si es el trabajador el que soporta parte de los costes de su formación, corre el riesgo de que finalmente no sea rentable y, consecuentemente, que la empresa prescinda de sus servicios sin haber recuperado su inversión. Por ello, resulta eficiente que se compense al trabajador con una indemnización por despido, de modo que se equilibren los riesgos de la formación²⁶.

b).- El valor social del trabajo

Los modelos teóricos sobre el impacto del despido suelen valorar la eficiencia de la regulación desde la perspectiva de la maximización de la producción total, sin tomar en consideración el valor del trabajo en sí mismo para la sociedad. La valía del puesto de trabajo para el propio trabajador es un parámetro más sencillo de introducir en modelos económicos que evalúen el comportamiento, pues conforme al teorema de

²⁵ Sobre esta cuestión, vid. BOOTH, A. L. Y ZOEGA, G., “Do Quits Cause Under-Training?”, *Oxford Economic Papers*, vol. 51, 2, 1999. En relación al efecto conjunto, evaluando sobre todo el distinto perfil de trabajador que se contrata con la existencia de costes de contratación y extinción y abandonos por razones extrasalariales, BOOTH, A. L.; CHEN, Y. F. Y ZOEGA, G., “Hiring and firing: a tale of two thresholds”, *Journal of Labor Economics*, vol. 20, 2, 2002.

²⁶ BOOTH, A. Y CHATTERJI, M., “Redundancy payments and firm-specific training”, *Economica*, 1989, pág. 518.

Coase, en ausencia de los problemas de mercado señalados, será posible el acuerdo con el empresario siempre que el trabajador valore lo suficiente permanecer empleado (si es el empresario el que tiene asignados los derechos de propiedad sobre la facultad de despedir, podrá renegociar sus condiciones de trabajo de modo que al empleador le interese el mantenimiento del contrato; si le correspondieran al propio trabajador, exigiría una indemnización suficiente para resarcir el valor de su permanencia en la empresa). Sin embargo, que la población esté empleada presenta beneficios sociales que no serán tenidos en cuenta ni por el empresario ni por el trabajador.

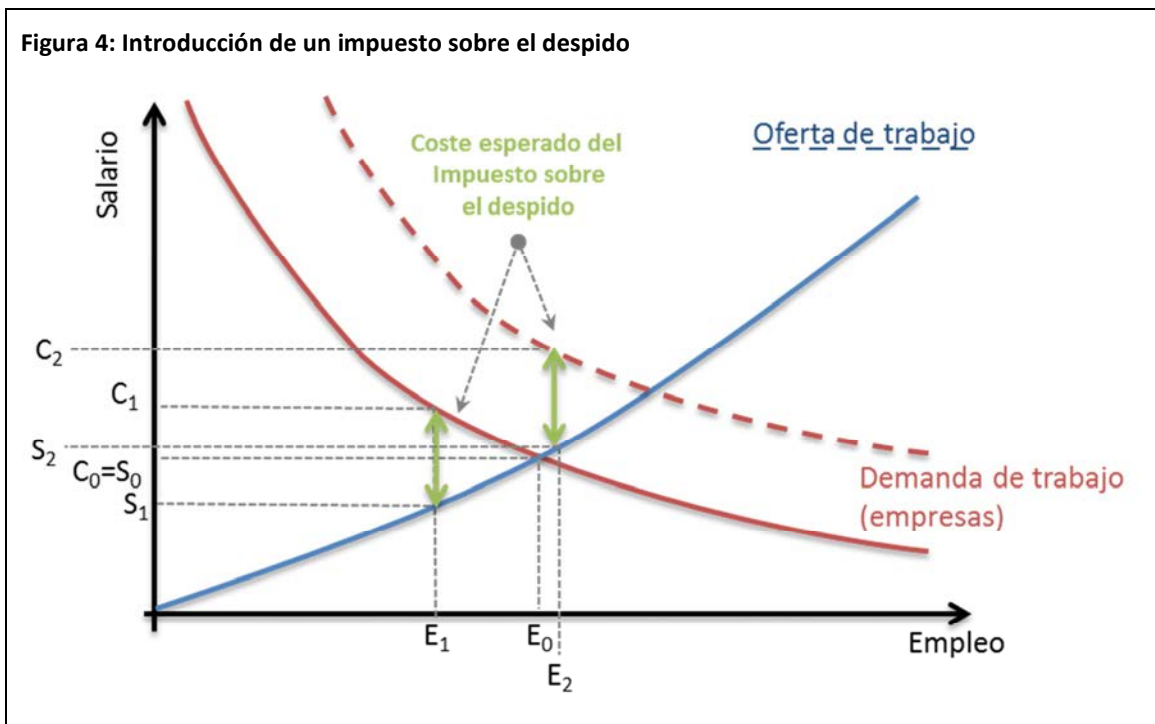
Así, en los casos de deslocalización, resulta claro que a cambio de un mayor beneficio empresarial (óptimo para la empresa, lógicamente), se destruye un elevado número de puestos de trabajo, directos e indirectos, con efectos en la estructura productiva de una determinada zona (mayor o menor según el tamaño del centro o centros de trabajo trasladados). Esta contingencia reúne todas las características necesarias para ser calificada como una externalidad²⁷: la acción empresarial de cerrar un centro productivo genera un perjuicio a sujetos no vinculados por el contrato que se rompe (el de trabajo). Así, se resentirán todas aquellas actividades auxiliares que prestaban servicios a la empresa deslocalizada, pero no sólo ellas; si tiene un tamaño suficientemente grande, el consumo de toda clase de bienes y servicios se reducirá como consecuencia de la pérdida de renta de los trabajadores despedidos. Al no tener en cuenta este efecto (porque no soporta sus costes), ni el empresario lo valorará a la hora de decidir a cuántos trabajadores despide, ni los propios trabajadores tendrán los incentivos suficientes para renunciar a condiciones salariales o de otro tipo.

En este contexto, la introducción de un coste por despido que no pueda ser neutralizado por pactos entre empresario y trabajador (por medio de menores salarios que se compensan con la indemnización abonada al final de la relación) puede ajustar el nivel de despidos al óptimo. El problema reside en garantizar que este pago (una suerte de impuesto sobre el despido) revierta en la sociedad, de modo que la pérdida de empleo (que en este caso inevitablemente se producirá) se vea compensada por otras rentas, que serán las derivadas del nivel adecuado de extinciones contractuales y el propio uso público del dinero recaudado por esta vía (cuyo efecto dependerá de la eficiencia del gasto).

El efecto de este impuesto sobre el despido en el mercado de trabajo se aprecia gráficamente en la Figura 4; la introducción del mismo supondrá un sobre coste laboral, que no será igual a su cuantía, puesto que no se aplica a la totalidad de los

²⁷ RADAY, F., "Costs of Dismissal: An Analysis in Community Justice and Efficiency", *International Review of Law and Economics*, vol. 9, 2, 1989, págs. 198-199.

trabajadores en cada periodo. El impacto del salario²⁸ será ciertamente menor, pues será el resultado de aplicar a dicho impuesto la probabilidad de que el trabajador sea efectivamente despedido en cada intervalo temporal (da igual cuál sea, siempre que se exprese en los mismos términos que el salario). De esta forma, mientras que en la situación inicial el coste salarial (en el gráfico C_0) y el salario efectivamente percibido (S_0) eran idénticos, alcanzándose el nivel de empleo E_0 , la introducción del impuesto supone la existencia de una divergencia entre lo pagado (ahora C_1) y lo percibido por los trabajadores (en la nueva situación, S_1), lo que da lugar a un equilibrio con menos empleo.



El uso del dinero recaudado mediante este impuesto, unido a las mejoras producidas en otros sectores por la supresión de la externalidad del despido, tendrá, no obstante, un efecto positivo sobre la economía. Como consecuencia del mismo, la empresa se enfrentará a una mayor oferta de sus bienes o servicios, lo que desplazará la curva de demanda de trabajo hacia la derecha, de forma que el nuevo punto de equilibrio se desplazaría también hacia la derecha (más cantidad de empleo). Aunque el impacto de la medida dependería del llamado multiplicador del PIB²⁹ y de la correcta definición del impuesto para subsanar la externalidad, así como de la intensidad con

²⁸ Bajo un supuesto de que todos los trabajadores son homogéneos y tienen en cada periodo la misma probabilidad de ser despedidos

²⁹ El multiplicador del PIB es el factor que mide el impacto del gasto público en la economía; si fuera uno, su efecto sería neutral, pues significaría que cada euro gastado hace incrementar un euro la riqueza nacional; si fuera menor, el impacto del gasto público en la economía resultaría positivo, pues cada euro extraído del sector privado (impuestos) generaría más de un euro de producto. Las recientes estimaciones del FMI lo sitúan entre el 0,9 y el 1,7. (IMF, *World economic outlook, October 2012: coping with high debt and sluggish growth*, International Monetary Fund, Washington, DC, 2012, pág. 43).

que empresas y trabajadores reaccionaran a cambios en el precio del trabajo³⁰, la figura muestra que el equilibrio supondría una mejora respecto de la situación sin impuesto, con mayor empleo y mayor producción agregada.

Otra perspectiva relativa al valor que tiene el trabajo para la sociedad, que no ha sido explorada particularmente por la literatura económica, es la relativa a la externalidad que puede producir el despido en sí mismo. En ausencia de mecanismos de aseguramiento de rentas suficientes, cuando el trabajador es despedido ajustará su senda de consumo en niveles inferiores, particularmente si es averso al riesgo. En esta circunstancia, el empresario cuando despide tendrá en cuenta que ese trabajador reducirá su gasto en los bienes que produce. Si se tratara de una economía con un solo productor de bienes y servicios, no habría problema alguno, pues al tomar la decisión de despedir valoraría el impacto de la reducción de consumo. Sin embargo, si existieran –como ocurre en el mundo real– muchas empresas, la reducción de consumo del trabajador apenas le afectaría, pues la reducción de la demanda se repartiría entre todos los productores. Sin embargo, al ser esta la forma de actuar de todos ellos, se extinguirían contratos por encima de lo socialmente óptimo, lo que podría justificar el establecimiento de un impuesto (u otra forma de coste) que hiciera al empleador valorar el daño que genera en el conjunto de la sociedad al despedir a un nuevo trabajador. Junto a este impacto sobre la demanda agregada, debe considerarse también que el valor social del trabajo no es sólo monetario, sino que tiene importantes implicaciones en otros ámbitos tales como la salud³¹, particularmente en los casos de desempleo de larga duración³², de tal modo que existe una externalidad que afecta tanto al propio trabajador como al Estado, al menos en los casos en que existe un sistema público de salud.

c).- Información imperfecta

i).- Los problemas de selección adversa y el despido reglado

La utilidad de los costes de despido como mecanismo de superación de un fallo de mercado puede plantearse en relación a los problemas de selección adversa. La selección adversa, originariamente, se usó para referirse al ámbito de los seguros, describiendo aquella situación en la que la existencia de información asimétrica –una de las partes dispone de un mayor conocimiento de sus propias características que la otra, sin que sus cualidades sean observables antes de la concertación del seguro–

³⁰ Técnicamente denominada elasticidad. En el gráfico se manifiesta en la mayor o menor pendiente de las curvas. Si las elasticidades son muy elevadas un pequeño cambio en el salario supondría un impacto muy grande en el empleo.

³¹ Vid al respecto el reciente informe publicado por la Organización Mundial de la Salud: MARMOT, M. (DIR.), *Review of social determinants and the health divide in the who European Region: final report*, World Health Organization, Regional Office for Europe, Copenhagen (Dinamarca), 2013, págs. 45-49.

³² BARTLEY, M. Y PLEWIS, I., “Accumulated labour market disadvantage and limiting long-term illness: data from the 1971–1991 Office for National Statistics’ Longitudinal Study”, *International Journal of Epidemiology*, vol. 31, 2, 2002.

motiva que sean mayoritariamente (o en el extremo únicamente) las personas con mayor probabilidad de incurrir en el siniestro las que estén interesadas en suscribir una póliza³³.

La lógica de la selección adversa puede extenderse a otros muchos ámbitos³⁴, y en general resultará de aplicación siempre que la existencia de una determinada circunstancia haga más atractiva a determinada clase de sujetos, que es precisamente la que preferiría evitar la contraparte. En el ámbito del derecho del trabajo, en ausencia de regulación, si una determinada empresa establece unilateralmente protección frente a los despidos sin causa, serán los trabajadores “holgazanes” los que se verán atraídos, siempre que la probabilidad de que un trabajador que rinde voluntariamente por debajo de su capacidad sea detectado (y en su caso se demuestre) sea menor a uno y no sea posible identificarlo a priori.

Así, en caso de que una determinada compañía decidiera ofrecer a sus trabajadores una indemnización en caso de que fueran despedidos “injustamente”, y no en todos los casos en que realmente el trabajador holgazanea pueda acreditarse por el empresario, atraería a todos los trabajadores que tuvieran o bien mayor predisposición a no rendir plenamente, o bien mayor capacidad para ocultar su menor esfuerzo. La existencia de problemas de selección adversa, no obstante, explica porque en un mercado libre no existirán –con carácter general– regulaciones contra el despido arbitrario, pero no justifica por sí mismo por qué esto resulta ineficiente.

Algunos modelos económicos han relacionado este problema con el establecimiento de sistemas de incentivos adecuados. Dado que con el salario que vacía el mercado (es decir, que permita a todo aquel que ofrece sus servicios encontrar un empleador que los demande) el trabajador no correrá ningún riesgo si pierde su trabajo –pues inmediatamente encontrará otro–, las empresas ofrecerán salarios superiores, generando así un interés del trabajador en no ser despedido. El efecto de esto es un incremento de desempleo, pues para esta retribución las empresas desearán contratar menos trabajadores. La alternativa, que sería pagar más a los

³³ Es previsible que los individuos que tienen menos habilidad al volante suscriban un seguro para su coche, o que quienes tienen peor salud tengan mayor interés en adquirir una póliza sanitaria, en ausencia de regulaciones. Estos dos ejemplos sirven de justificación para la existencia de seguros obligatorios de circulación y asistencia sanitaria de cobertura universal.

³⁴ Es clásico el ejemplo descrito en AKERLOF, G. A., “The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 3, 1970. En este trabajo se hace referencia al mercado de los coches de segunda mano, en el que los de mala calidad (en inglés coloquial, limones, que podría traducirse aproximadamente por chatarra) impiden que exista un mercado. La intuición es sencilla: el comprador estará dispuesto a pagar un determinado precio “P” por un coche de buena calidad, y otro menor “p” por uno de mala calidad. Si no puede distinguir hasta haber adquirido el vehículo de que clase se trata, cualquiera que sea su predisposición al riesgo, estará dispuesto a pagar un precio que se encuentre entre ambos valores (el promedio ponderado por la probabilidad de que un coche sea bueno o malo). Sin embargo, la mayor parte de los propietarios de los buenos vehículos no querrán vender el suyo a un precio inferior a P, por lo que se retirarán del mercado; como los compradores sí conocen este hecho, y que por tanto hay una mayor proporción de chatarra en el mercado de segunda mano, de modo que el precio de equilibrio será aún más bajo; el resultado final será que sólo haya “limones” en el mercado de coches de segunda mano, expulsando a los que están en buen estado.

trabajadores que no sean despedidos por su bajo rendimiento (bonus) es inviable si el empleado puede ser despedido en cualquier momento, pues siempre temería que el empresario prescindiera de él justo antes de generarse el derecho a la mayor retribución. Con esta intuición, es fácil entender cómo las indemnizaciones por despido pueden ser eficientes: si el trabajador es despedido sin que concurra una causa justa, obtendrá la indemnización correspondiente, por lo que el empresario no podrá eludir el pago del bonus, haciendo creíble el esquema retributivo.

El análisis planteado por LEVINE³⁵, basado en el modelo de equilibrio con desempleo de SHAPIRO-STIGLITZ³⁶ (S-S) relaciona el problema de la selección adversa con los mecanismos de incentivos. La lógica planteada por S-S, aunque desarrollada formalmente en su trabajo, responde a una intuición sencilla: si el mercado de trabajo se vacía –esto es, todos los trabajadores que están dispuestos a ofrecer sus servicios por el salario que ofrecen las empresas encuentran un empleo³⁷– el coste para el trabajador de ser despedido es nulo, pues inmediatamente encontraría otro trabajo, con lo que tiene escasos incentivos para esforzarse por mantener su empleo. Para lograr generar los alicientes adecuados, cada empresa estaría dispuesta a pagar un salario algo superior al de equilibrio, de modo que sus trabajadores sí valoraran conservar el puesto de trabajo que ocupan, desempeñando sus funciones con mayor interés. Sin embargo, esta lógica sirve para todas las empresas, con lo que en la práctica, al ofrecerse mayores salarios la demanda de trabajo se reduciría. El equilibrio no se alcanzaría por tanto en el punto en el que se encuentran la oferta de trabajo y su demanda de las empresas, sino en el que esta última encuentra la curva que los autores denominan “not shirking constraint”, que aquí traduciremos por Restricción de Trabajo con Esfuerzo (RTE)³⁸, generándose cierto nivel de desempleo.

Como se aprecia en la Figura 5, el nivel de empleo equilibrio con esta restricción (E') es menor que el que vaciaría el mercado (E), aunque con un salario mayor (S' frente a S). En consecuencia, el número de personas dispuestas a trabajar también crecería (pues al ser mayor el salario, a más personas les compensará renunciar a su tiempo de ocio por trabajar), generando un nivel de desempleo de equilibrio, que no se corresponde con el derivado de los problemas de ajuste (desempleo friccional). La diferencia entre uno y otro resultado dependerá de múltiples factores, que son los que incentivan al empleado a no trabajar. Así, se generará mayor desempleo (la curva RTE estará más elevada) cuanto mejor sea la alternativa a no trabajar (valor del ocio, prestaciones por desempleo), menor la probabilidad de ser detectado cuando se rinde poco, mayor sea el esfuerzo requerido por las empresas para detectarlo, o más elevada la tasa de descuento de los trabajadores³⁹. Este modelo delimita así un equilibrio que no es un óptimo Pareto⁴⁰ por cuanto que existen otras situaciones en que la producción total podría aumentarse (los autores proponen un subsidio al trabajo, aunque sólo es eficaz bajo

³⁵ LEVINE, D. I., “Just-Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection”, *Journal of Labor Economics*, vol. 9, 3, 1991.

³⁶ SHAPIRO, C. Y STIGLITZ, J. E., “Equilibrium unemployment as a worker discipline device”, *The American Economic Review*, vol. 74, 3, 1984.

³⁷ Evidentemente, habrá trabajadores que no encuentren un trabajo en el que se abone su salario de reserva, pero técnicamente esto se califica como desempleo voluntario, pues si se adaptaran a lo que ofrece el mercado, en estas circunstancias hipotéticas de pleno empleo, podrían trabajar.

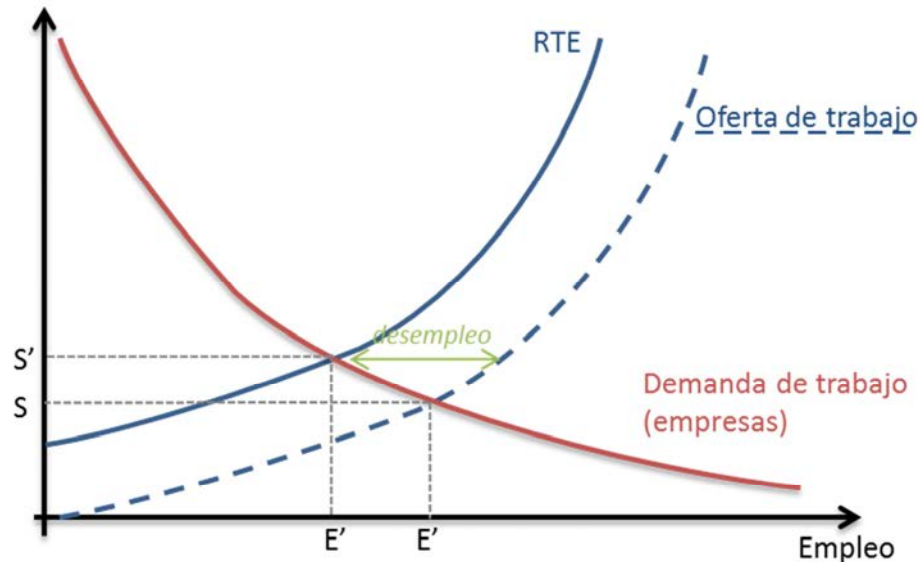
³⁸ La traducción literal es Restricción de no Holgazanería.

³⁹ SHAPIRO, C. Y STIGLITZ, J. E., “Equilibrium unemployment as a worker discipline device”, cit., pág. 436.

⁴⁰ Son óptimos de Pareto aquellas situaciones en las que ningún individuo puede mejorar su situación sin que otro empeore; no valora por tanto aspectos de justicia o distributivos.

determinadas condiciones⁴¹). El problema radica en el sistema de incentivos necesario para que la producción no sea demasiado baja para ser rentable⁴².

Figura 5: Equilibrio del mercado de trabajo con restricción de Trabajo con esfuerzo



Fuente: Adaptación y traducción sobre Shapiro y Stiglitz⁴³

Frente a ello, puede establecerse un sistema de bonos, en el que los trabajadores adquieren un determinado activo financiero que el empresario sólo paga en caso de que a su vencimiento continúe en la empresa. Este modelo introduce la heterogeneidad de trabajadores, de forma aunque todos tienen la misma función de utilidad (aprecian igualmente el dinero y desprecian de idéntica manera el esfuerzo en el trabajo), y algunos tienen una mayor capacidad para ocultar que no están rindiendo (aunque si se esfuerzan producen lo mismo). Estos últimos, por la lógica del funcionamiento de la selección adversa nunca recibirán un salario suficiente para desempeñar sus funciones con la máxima diligencia, pues sería demasiado elevado para que la empresa fuera rentable⁴⁴ (se estaría abonando un sobreprecio excesivo a los trabajadores con menor capacidad para disimular). En consecuencia, el salario de equilibrio será aquel que garantice que los trabajadores que peor ocultan su holgazanería tengan incentivos para esforzarse.

La introducción de bonos (aunque nada impide diseñar el incentivo de otro modo que no requiera su adquisición por el trabajador) hará que el salario de equilibrio sea menor y el nivel de empleo mayor (pues la curva RTE de la Figura 5 estará más abajo, más próxima a la de oferta de trabajo): el rendimiento total para el trabajador y el coste laboral (que incluyen tanto el bono como el salario) en el caso de los trabajadores que se esfuerzan será idéntico al anterior, pero se reducirá para los que holgazaneen y sean detectados (que serán sólo una proporción de los que efectivamente lo hagan, todos ellos de los más capaces de ocultar su menor esfuerzo).

El problema surge en caso de que exista despido libre (*at-will*), pues el empresario tiene incentivos para apropiarse del rendimiento de los bonos (o el sistema de incentivos vinculado a la permanencia en la empresa): si no existe necesidad de justificar la causa de despido, cuando

⁴¹ SHAPIRO, C. Y STIGLITZ, J. E., "Equilibrium unemployment as a worker discipline device", cit., págs. 439-441.

⁴² Los autores plantean el modelo de modo que si el trabajador holgazanea ("*shirks*") el rendimiento es nulo, si bien, como ellos mismos señalan, es suficiente con que no sea rentable.

⁴³ SHAPIRO, C. Y STIGLITZ, J. E., "Equilibrium unemployment as a worker discipline device", cit., pág. 439.

⁴⁴ LEVINE, D. I., "Just-Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection", cit., pág. 298.

el trabajador esté próximo a la obtención de su incentivo, será despedido⁴⁵. En consecuencia, el empleado que va a ser contratado no aceptará estos sistemas (el bono será cero) salvo que exista alguna garantía de que no va a ser despedido. Sería precisamente aquí donde entrarían las indemnizaciones por despido, que deberían fijarse en un nivel tal que el empresario no estuviera interesado en provocar el despido si no se trata de un trabajador que no se esfuerza. Bajo estos supuestos, la introducción de una regulación coercitiva que imponga restricciones al despido sin que concurra una justa causa aumenta el producto total, y con ello el bienestar potencial de la sociedad⁴⁶.

ii).- Problemas de información para el trabajador

Uno de los postulados de la concepción del despido como el resultado de la libre negociación de las partes allí donde existe (típicamente el modelo norteamericano de relaciones laborales, con algunas excepciones) es la eficiencia del mercado antes descrita: si existiera una solución más eficiente –se sostiene desde estas teorías– los agentes la alcanzarían, pues las mayores rentas generadas permitirían a la parte beneficiada por dicha regulación compensar a la otra.

Sin embargo, algunos autores han subrayado la existencia de un “error cognitivo” en percepción del riesgo asociado a la atribución de todas las facultades del despido⁴⁷: para el trabajador resulta ciertamente complejo estimar cuál es la probabilidad efectiva con la que sufrirá un despido, ya sea arbitrario o basado en razones objetivas; además concurren ciertos problemas de información asimétrica: aunque el trabajador conociera aquellos riesgos, es aún menos probable que pueda conocer la propensión al despido frente a determinadas situaciones futuras del concreto empresario con el que contrata. Así, en los casos en que la ley otorga las facultades de despido al empresario, cuando la negociación se lleva a cabo por agentes con más información –típicamente los sindicatos– sí que se restringe la capacidad de despido, posiblemente a costa de otros derechos económicos o laborales de los trabajadores. De este modo, se comprobó históricamente que aproximadamente nueve de cada diez convenios colectivos en los Estados Unidos de Norteamérica contienen cláusulas que exigen justa causa para el despido⁴⁸.

Otra perspectiva de este problema, que lleva al mismo resultado, es la existencia de costes de transacción demasiado elevados para alcanzar un acuerdo eficiente. En caso de que el trabajador valore la seguridad en el trabajo más que el empresario, atribuidas las facultades al primero, la existencia de costes explícitos o implícitos para alcanzar un acuerdo que limite la capacidad de despedir puede impedir el resultado óptimo⁴⁹. Estos costes pueden estar relacionados con la negociación individual de condiciones frente al uso de un contrato más sencillo y estandarizado para todos los

⁴⁵ SHAPIRO, C. Y STIGLITZ, J. E., “Equilibrium unemployment as a worker discipline device”, cit., pág. 442.

⁴⁶ LEVINE, D. I., “Just-Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection”, cit., pág. 301.

⁴⁷ RADAY, F., “Costs of Dismissal”, cit., pág. 195.

⁴⁸ —, “Protecting at Will Employees Against Wrongful Discharge: The Duty To Terminate Only in Good Faith”, *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, pág. 1831 y ss.

⁴⁹ HARRISON, J. L., “New Terminable-at-Will Employment Contract”, cit., pág. 355 y ss.

trabajadores, o con el acceso a la información necesaria: aunque el trabajador valore más la seguridad en su puesto que el empresario la libertad para despedir, éste podrá temer que quien le reclama en la negociación limitaciones para no ser despedido lo hace porque no es un buen trabajador o porque pretende no desempeñar sus funciones de la forma más productiva: para superar este escollo, deberá incurrir en costes para determinar si es o no un buen trabajador (contacto con anteriores empleadores, pruebas de capacidad, etc.). En estas circunstancias, se obtendrá un resultado más eficiente atribuyendo las facultades sobre la terminación del contrato al trabajador (sin que exista culpa por su parte), pues si es quien más las valora no las transferirá, mientras que si acabar con la relación tiene más valor para el empresario estará dispuesto a pagar por ello, sin que existan los problemas asociados a los costes de transacción antes señalados: no se negociará a priori sino una vez que concurra efectivamente la circunstancia de que el empresario quiera despedir, por lo que no será necesaria información adicional.

d).- Insuficiencia de los mercados de seguros

Como regla general, las necesidades vitales del trabajador se cubren por medio del trabajo y la consiguiente obtención de un salario. Aunque podrían darse mecanismos para el autoaseguramiento por parte de los trabajadores en supuestos de desempleo (esto es, ahorrar mientras trabajan para el caso de verse en aquella situación), o incluso si los mercados financieros funcionaran de forma óptima favoreciendo la obtención de préstamos o créditos con cargo al hipotético empleo futuro, preferirán –si son aversos al riesgo– disponer de un seguro que garantice su renta en caso de perder su puesto de trabajo, aun cuando suponga unos menores ingresos totales,.

Sin embargo, el seguro contra el desempleo presenta particularidades que dificultan su cobertura por los mercados: al margen del genérico problema de selección adversa que afecta a la mayor parte de los seguros y a la intensa incidencia del riesgo moral (la finalización de la situación de desempleo requiere necesariamente –aunque no sea condición suficiente– de la voluntad del perceptor del seguro), se trata de una contingencia que presenta grandes problemas para la diversificación del riesgo⁵⁰ –elemento clave para la entidad aseguradora– pues los siniestros a que responden no son independientes para cada sujeto asegurado: ante una recesión, simultáneamente muchos trabajadores se verán abocados a esta situación. Ello explica en gran medida la intervención pública, y en lo que aquí interesa, la insuficiente cobertura del riesgo de pérdida de rentas (duración limitada, tasas de sustitución salario-prestación reducidas).

⁵⁰ BRONARS, S. G., “Fair Pricing of Unemployment Insurance Premiums”, *Journal of Business*, 1985, pág. 27.

La regulación protección del puesto de trabajo frente al despido puede cumplir, en este sentido, una doble función. Tomando como punto de partida la menor aversión al riesgo de las empresas que de los trabajadores (pues las primeras tienen mejor acceso a los mercados financieros y una mayor diversificación), la indemnización por despido cumple una cierta función de seguro de rentas para el caso de pérdida del empleo. El establecimiento de periodos de preaviso actúa en la misma dirección: al permitir la búsqueda de un nuevo empleo sin perder el salario, reduce las posibilidades de encontrarse en situación de desempleo, y aún en caso de que este llegue a tener lugar, la indemnización permite mantener el nivel de consumo (o al menos suavizar su caída).

PISSARIDES plantea un modelo relativamente complejo, desde una perspectiva matemática, para ratificar la viabilidad lógica de ciertas intuiciones en relación a la función aseguradora. Para ello, parte de la consideración de que los trabajadores son aversos al riesgo mientras que las empresas, con mayor diversificación de activos y mejor acceso a los mercados financieros⁵¹ son neutrales al mismo. En consecuencia, descontando los correspondientes tipos de interés, las empresas estarán dispuestas a financiar los momentos de menor renta de sus empleados, esto es, lo que vendrán después de un eventual despido. La aversión al riesgo de los trabajadores hace que busquen un nivel de consumo constante, atendiendo al nivel de ingresos que esperan obtener a lo largo de toda su carrera, por lo que les resulta ventajoso aceptar un salario menor a cambio de una indemnización en caso de que el empresario decida terminar con la relación laboral: en el fondo, es un sustituto perfecto de un seguro de empleo, en el que la prima será la diferencia salarial, y en caso de que se produzca el hecho asegurado (pérdida del empleo), se percibe una suma, que en el modelo se plantea como independiente de la duración del contrato.

El mismo autor sostiene igualmente la potencial eficiencia del preaviso, entendido como el plazo que el empresario debe dejar transcurrir desde que el puesto de trabajo deviene improductivo. En el modelo, los despidos se producen como consecuencia de un shock el puesto de trabajo deja de producir –los resultados fundamentales no se alteran si simplemente se considera que genera menos valor del coste que supone– hasta que puede hacer el despido efectivo. La función de este preaviso es doble: por una parte, le otorga al trabajador una probabilidad de encontrar un trabajo antes de llegar a entrar en el desempleo, de tal modo que no se reducirán sus ingresos (ni tampoco su consumo, como sucedería si la búsqueda dura más de lo esperado) y por otra, extiende la duración del contrato, generando una mayor protección como sustitutivo de los mercados de crédito. De esta forma, dado que la indemnización por despido aporta una renta adicional en los momentos en que los ingresos del trabajo caen, y en tanto el preaviso reduce la duración del desempleo (pues la búsqueda de un nuevo puesto comienza antes), la legislación de protección al empleo permite suplir las carencias de la ausencia de un mercado eficiente de seguros; consecuentemente, conforme a esta concepción, sólo es necesario en la medida en que el Estado no sea capaz de suministrar un seguro de desempleo eficiente⁵², esto es, que permita al mismo tiempo mantener el nivel de consumo al trabajador y que no reduzca los incentivos a la búsqueda de empleo.

Otros modelos de equilibrio general como el de ÁLVAREZ Y VERACIERTO⁵³ también plantean los problemas de aseguramiento de la situación desempleo en un contexto de aversión al riesgo de los trabajadores, si bien con diferentes conclusiones. Basándose en el elaborado por

⁵¹ PISSARIDES, C. A., "Employment protection", *Labour Economics*, vol. 8, 2, 2001, pág. 134.

⁵² *Ibid.*, pág. 156. Posteriormente desarrolla esta idea en PISSARIDES, C., "Consumption and savings with unemployment risk: Implications for optimal employment contracts", *IZA Discussion Paper*, 1183, 2004, págs. 26-28.

⁵³ ALVAREZ, F. Y VERACIERTO, M., "Severance payments in an economy with frictions", *Journal of Monetary Economics*, vol. 47, 3, 2001.

HOPENHAYN Y ROGERSON⁵⁴ –que define el coste por despido como una cantidad perdida (que no recibe el trabajador) y genera una pérdida de productividad y reducción de los niveles de empleo–, pero introduciendo costes de búsqueda para los desempleados, estos autores concluyen que el efecto como seguro es reducido y que se produce una pérdida de productividad. Sin embargo, estiman que se producirá una reducción del desempleo (por el mayor peso de la disuasión a despedir y un incremento de la intensidad en la búsqueda de empleo). Como consecuencia del menor número de periodos que los trabajadores soportan el desempleo, el bienestar total aumenta.

Otra clase de aseguramiento que puede encontrar problemas es el compromiso empresarial del mantenimiento de la relación laboral en los términos pactados, esto es, que en caso de una situación económica negativa la empresa no reduzca el salario u otras condiciones de trabajo. En este sentido, y bajo ciertas condiciones, una regulación de costes de despido puede resultar eficiente –incluso en términos de Pareto (v. *supra* nota 40)–, por cuanto que a cambio de una “prima” de seguro (en forma de menor salario) el compromiso empresarial ganará fuerza. En un contexto en que el empresario tiene que abonar indemnizaciones por terminación del contrato, incluyendo bajo este supuesto el caso en que se pierda la confianza mutua por incumplimiento de lo pactado –como ocurre en el caso español en ciertos supuestos de modificación de condiciones de trabajo– el trabajador obtendrá una mayor utilidad de asegurarse el mantenimiento de condiciones en tiempos de shocks negativos, mientras que el empresario, al reducir los salarios, no perderá nada respecto a la situación sin costes de despido. De hecho, según señalan KARABAY Y MCLAREN⁵⁵, el efecto será incluso más positivo en el caso de que los costes de despido no sean recibidos por el trabajador (ya sea por ser costes de tipo burocrático o procedimental, o por establecerse alguna clase de impuesto o exacción sobre el despido), pues estos pueden generar un cierto incentivo al provocar la terminación del contrato, cuando no sea fácilmente observable o demostrable la responsabilidad del trabajador.

1.2.4.- Costes netos de despido

En las distintas perspectivas y planteamientos que se han descrito en los apartados precedentes se ha hecho con frecuencia referencia al diferente efecto que tienen en el mercado de trabajo las regulaciones del despido según los costes impuestos sean o no recibidos por el trabajador. Cuando se produce una transferencia de renta del empresario al trabajador –típicamente la indemnización por despido o terminación del contrato de trabajo–, ésta puede ser neutralizada mediante ajustes salariales; incluso cuando no sea así puede llegar a desempeñar una función de mejora de la eficiencia, al dar respuesta a los fallos de mercados existentes en el ámbito de los sectores del seguro o financiero. En este contexto, es preciso acotar la noción de

⁵⁴ HOPENHAYN, H. Y ROGERSON, R., “Job turnover and policy evaluation: A general equilibrium analysis”, *Journal of Political Economy*, 1993.

⁵⁵ KARABAY, B. Y MCLAREN, J., “Pareto-improving firing costs?”, *European Economic Review*, vol. 55, 8, 2011.

costes netos de despido, entendiendo por tales aquellos que efectivamente suponen un incremento del precio del factor trabajo.

Cuando los costes de despido se destinan a sujetos distintos (total o parcialmente, como pueden ser los costes en asistencia jurídica, elaboración de documentación, imposiciones públicas o sanciones...), estos ajustes no tienen cabida. Aunque en función del destino de las cantidades que deba costear el empleador los efectos agregados serán diferentes, siempre tendrán un efecto distorsionador sobre las decisiones de despedir y contratar en las empresas. Esto permite dar respuesta a las señaladas externalidades, por lo que si lo que se pretende con la normativa que impone una determinada traba al despido con impacto económico es precisamente internalizarlas, debe hacerse por esta vía. Si no existe esta fundamentación, y los costes que supone despedir responden a otras finalidades –dar participación a los trabajadores, establecer cierto grado de control público, garantizar la tutela judicial...– debe tenerse en cuenta el efecto colateral sobre el empleo y otras variables.

Por otra parte, rigideces en los salarios pueden motivar la existencia de estos costes netos de despido. En efecto, si la retribución periódica que efectivamente se abona a cada trabajador no puede ajustarse por las limitaciones que impongan los salarios mínimos fijados legal o convencionalmente, o por las trabas que suponga una negociación, incluso cuando la única exigencia para el despido sea el pago de una determinada cantidad al trabajador, podrán producirse efectos en el mercado de trabajo distintos de los esperados. Por otra parte, en presencia de inflación, casi siempre será viable en el largo plazo –salvo que exista alguna disposición que obligue a mantener el poder adquisitivo del salario, lo que normalmente ocurre por acuerdos no exigidos por la legislación laboral– pues el mantenimiento del salario nominal supondrá un ajuste del real a la nueva legislación que hipotéticamente encareciera el despido por esta vía. En el corto plazo, sin embargo, en presencia de regulaciones de salario mínimo (profesional o interprofesional) o restricciones a la modificación de condiciones pactadas en perjuicio del trabajador, resulta más probable que se dé este efecto de rigidez salarial.

La literatura económica que ha analizado el impacto teórico de la existencia de divergencias entre el coste en que incurre la empresa y el dinero efectivamente recibido por el trabajador ha llegado a conclusiones que resultan de interés. Esto ocurrirá cuando exista un impuesto o multa por despido, costes burocráticos por intervenciones administrativas, costes de naturaleza jurídica o cualquier otra forma en que las cantidades se reciban por terceros⁵⁶. En estas circunstancias dependiendo de las especificaciones del modelo y de las condiciones del mercado, los efectos son ambiguos. Así, mientras que las indemnizaciones suponen una reducción de los salarios (compensada por la potencial indemnización), los costes de despido que no pueden trasladarse tienen el efecto contrario: suponen un incremento de los salarios, que no va acompañado de una reducción de los niveles de empleo. Ello se explica porque al

⁵⁶ BURDA, M. C., “A Note on Firing Costs and Severance Benefits in Equilibrium Unemployment”, *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 94, 3, 1992, pág. 484.

necesitar la empresa destinar recursos a acabar con la relación laboral, se incrementa el impacto necesario de una perturbación económica negativa para acabar con la relación, con lo que se reduce su capacidad de negociación y aumenta consecuentemente la del trabajador⁵⁷. En general, se ha señalado que estos costes, al no poder ser neutralizados por pactos privados entre empresario y trabajador, tienen un mayor impacto en las decisiones extintivas, así como en los niveles de contratación. En presencia de rigidez de salario (cuestión que inmediatamente se tratará), la combinación de los efectos de costes de despido distintos a las transferencias al trabajador, unidos a esta clase de indemnizaciones, pueden dar un resultado óptimo⁵⁸.

La trasposición a la práctica de estos estudios no es sencilla, pues mientras que las indemnizaciones, al tratarse de una cantidad líquida cualquiera que sea su forma de pago, generalmente tienen un mayor grado de certidumbre, los costes de despido netos a la relación laboral (es decir, los que suponen un desfase entre lo gastado y lo percibido por las partes de la misma) dependen notablemente de factores institucionales, existiendo grandes diferencias entre países, lo que motiva que los estudios económicos aplicados, con carácter general, sean análisis de casos concretos⁵⁹.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los costes netos de despido pueden ser eludidos en determinados casos. A pesar de que pueda resultar sorprendente, el trabajador y el empresario podrán alcanzar un acuerdo extintivo por un importe inferior a la indemnización legal que sea mutuamente beneficioso cuando la separación o ruptura sea eficiente. Para ello debe considerarse, con FELLA⁶⁰, que puede existir un interés recíproco en alcanzar el acuerdo.

Este hecho se entiende si se parte de que, por una parte, el empresario nunca estará dispuesto a pagar al trabajador una cantidad superior a la pérdida (esperada) que le supondrá mantenerle en el futuro, contabilizando sus previsiones de recuperación del *shock* que, en ausencia de costes de terminación, habrían provocado el despido y las probabilidades de que el trabajador abandone el puesto por otra razón (dimisión, jubilación, muerte...).

Por otra, el trabajador, si mantiene su puesto de trabajo, espera obtener un determinado rendimiento; por otro lado, si dejara el trabajo, percibiría una prestación por desempleo –al menos en sistemas como el español– y tendrá una expectativa de ingresos futuros (por encontrar otro trabajo, establecer su propia empresa, prestaciones de jubilación...). En consecuencia, la diferencia entre unos y otros

⁵⁷ WESSELBAUM, D., “Firing tax vs. severance payment: An unequal comparison”, *Kiel working paper*, 1644, 2010, págs. 6-7.

⁵⁸ GARIBALDI, P. Y VIOLANTE, G. L., “The Employment Effects of Severance Payments with Wage Rigidities”, *The Economic Journal*, vol. 115, 506, 2005.

⁵⁹ Así, por ejemplo, para Alemania, vid. GOERKE, L. Y PANNENBERG, M., “Severance Pay and the Shadow of the Law: Evidence for West Germany”, *SSRN eLibrary*, 2005. Sobre Italia puede citarse el trabajo de ICHINO, A.; POLO, M. Y RETTORE, E., “Are judges biased by labor market conditions?”, *European Economic Review*, vol. 47, 5, 2003. Sobre Taiwan vid. KAN, K. Y LIN, Y.-L., “The Effects of Employment Protection on Labor Turnover: Empirical Evidence from Taiwan”, *Economic Inquiry*, vol. 49, 2, 2011. Conclusiones similares alcanza para Francia el trabajo CABALLERO, R. J. Y HAMMOUR, M. L., “Jobless growth: appropriability, factor substitution, and unemployment”, *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, vol. 48, 1998. Sobre España, dada la especial incidencia de la temporalidad, los estudios suelen atender a los efectos de los costes de despido en un mercado dual, pues de otro modo los resultados serían claramente insuficientes (vid. infra Capítulo I.- 2.1.3.-)

⁶⁰ FELLA, G., “Matching, Wage Rigidities and Efficient Severance Pay”, *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, vol. 12, 1, 2012. Una versión preliminar, estática, se encuentra ya en el trabajo preliminar del mismo autor “When do firing costs matter?”, *Queen Mary, University of London Working Papers*, 400, 1999.

ingresos constituirá lo que podemos denominar su “indemnización de reserva”, la cuantía por la que se encuentra indiferente entre permanecer en el actual empleo o pasar al paro. Siempre que esta indemnización de reserva sea inferior al máximo que el empresario está dispuesto a pagar, será posible el acuerdo, aunque el mínimo indemnizatorio establecido por la ley sea superior.

De este modo, puede afirmarse que cualquier indemnización fijada por encima del máximo que el empresario esté dispuesto a pagar –lo que en un mundo de empresas y trabajadores heterogéneos no será una cantidad universal, sino que requeriría un cálculo caso por caso–, aun cuando no pueda repercutirse en el salario es económicamente irrelevante, pues no evitará que se produzcan separaciones en las que el desvalor que se produce para el empresario por el mantenimiento del puesto de trabajo sea mayor que la valoración que el trabajador tiene de su propia permanencia en la empresa. Este tipo de acuerdos extra estatutarios, sin embargo, debe llevar a ciertas cautelas a la hora de evaluar el impacto de las indemnizaciones por despido, pues la sustitución de compensaciones legales por acuerdos extintivos, especialmente si en el modelo se introduce la búsqueda de empleo durante la relación con la empresa de origen, suponen un coste en sí mismo que corre el riesgo de ser minusvalorado⁶¹.

1.2.5.- Indeterminación judicial y otros efectos de la aversión bilateral al riesgo

En apartados anteriores se ha prestado atención a situaciones en las que el trabajador es averso al riesgo y no existe un mercado eficiente de seguros; sin embargo, la indeterminación de las consecuencias del despido puede ser también causa de ineficiencias, pues dificulta la óptima toma de decisiones y la correcta asignación de recursos por parte del empresario⁶². Esta indeterminación puede producirse, no sólo en la cuantía de los costes de despido establecidos para cada supuesto, sino también en la propia calificación del mismo por instancias judiciales, cuestión en la que a su vez tendrá gran relevancia el margen interpretativo que tenga el tribunal⁶³.

La complejidad en la definición de las causas, las incertidumbres en el coste y resultado del procedimiento, supondrán en la práctica un obstáculo para la correcta estimación por la empresa (y también por los trabajadores) de los costes del despido, por lo que el ajuste en los salarios para compensar el sobre coste –en comparación con la situación de libre despido– no será posible⁶⁴, introduciendo un coste neto de difícil cuantificación.

⁶¹ POSTEL-VINAY, F. Y TURON, H., “Severance packages”, *IZA Discussion Paper*, 6023, 2011, pág. 27.

⁶² OVIEDO SILVA, A. M., *Regulation, Institutions, and Productivity Growth*, University of Maryland, Maryland (EEUU), 2006.

⁶³ ICHINO, A. ET AL., “Are judges biased by labor market conditions?”, cit., pág. 914.

⁶⁴ EGER, T., “19th Annual conference of the European Association of Law and Economics, Athens, Greece, September 2002.”, cit., pág. 388.

A la propia complejidad normativa se suma la propia de la aplicación de las normas: aunque éstas sean estables en el tiempo, su aplicación no lo es, y algunos estudios económicos han apuntado a un cierto componente cíclico en las resoluciones judiciales. Con carácter más general, en apoyo de esta misma idea, otros autores han puesto de manifiesto la aparente correlación entre tasa de desempleo y resoluciones judiciales favorables a los trabajadores en asuntos de despido⁶⁵. Aunque no sea posible establecer, a partir de estos estudios, la existencia de una relación directa de causalidad entre la mayor laxitud judicial y el contexto económico, sí que resulta claro que el coste real del despido depende de múltiples factores, entre los que se encuentra el propio ciclo económico. En todo caso, incluso en un mismo momento, cuando existe un margen amplio para la valoración de los hechos y la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados o poco precisos, se crea un grado de incertidumbre en el empresario, que puede tener un impacto en la contratación que va más allá del nivel de los costes de despido⁶⁶.

Así, en un estudio algo limitado en la información disponible y acotado para Italia⁶⁷ se comprueba cómo, con independencia de la gravedad de la conducta⁶⁸, la probabilidad de que el trabajador venciera en juicio dependía positivamente del nivel de desempleo de la región. Así, la tasa de éxito de los trabajadores que llegaron a juicio (lo que como era de esperar ocurre en mayor proporción en las regiones de más desempleo, pues el coste de perder el empleo es superior) es del 22% en las zonas de desempleo elevado y del 4,2% en las que el mercado se encontraba en mejor coyuntura.

Por otra parte, aunque sea difícil establecer una relación de causalidad clara, se observa que el grado de litigiosidad y el resultado de los procesos judiciales presentan una correlación positiva, de tal modo que en los países en que más se litiga más probable es que el trabajador obtenga una resolución favorable⁶⁹.

Junto a ello, también se ha analizado como los problemas derivados de que la observación del esfuerzo y de la concurrencia de las causas fijadas por la ley para admitir el despido no sea siempre es perfecta: el juez en algunos casos denegará indebidamente la concurrencia de los motivos alegados, y eventualmente apreciará que existen en situaciones en las que no es así⁷⁰. Consecuencia de ello, tanto

⁶⁵ En particular, para los casos de España y Alemania –los únicos para los que los autores disponen de datos– vid BERTOLA, G.; BOERI, T. Y CAZES, S., “Employment protection in industrialized countries: The case for new indicators”, *International Labour Review*, vol. 139, 1, 2000, págs. 69-70.

⁶⁶ CHÉRON, A.; ESSELMY, A. Y PETITRENAUD, S., “Does Uncertainty of Firing Costs Reduce Hirings?”, *LABOUR*, vol. 25, 1, 2011, pág. 94.

⁶⁷ ICHINO, A. ET AL., “Are judges biased by labor market conditions?”, cit. El análisis se centra en los despidos disciplinarios realizados por una gran empresa del sector bancario, con sucursales en todo el país, y que entre 1979 y 1995 empleo en torno a 1800 trabajadores, iniciando 1453 despidos por causas disciplinarias, de los cuales se llevaron a efecto 409. Únicamente se planteó conflicto en los tribunales en 86 casos.

⁶⁸ Dado lo limitado de la muestra, se realiza con grandes agregaciones. La gravedad se valora como elevada, media o baja en atención al expediente del que disponía la empresa y discusión de los investigadores con los responsables de recursos humanos.

⁶⁹ BERTOLA, G. ET AL., “Employment protection in industrialized countries”, cit., pág. 67 y ss.

⁷⁰ STÄHLER, N., “Firing costs, severance payments, judicial mistakes and unemployment”, *Labour Economics*, vol. 15, 6, 2008.

empresario como trabajador pueden verse tentados de actuar maliciosamente ante los tribunales, bien alegando que el despido se produce por un motivo distinto al que realmente se da, bien negando hechos que sí son ciertos⁷¹. De este modo, puede darse una litigación superior a la eficiente –pues se aumenta la probabilidad de obtener un beneficio aun sabiendo que no se tiene la razón– y sobre todo se produce una reducción de los incentivos al esfuerzo durante la relación laboral, pues el valor esperado de holgazanear –al disminuir las probabilidades de ser despedido sin indemnización– se reducen⁷².

Los diferentes errores que potencialmente puede cometer el tribunal no tienen el mismo efecto sobre los niveles de empleo; resulta de interés el trabajo de HUANG ET AL.⁷³ en el que se endogeneiza la probabilidad de error. Parten estos autores de las constataciones realizadas en el campo de la psicología conforme a las cuales el juzgador (profesional o jurado ciudadano) “sufre” en caso de cometer una injusticia en función del daño que su error cause. De este modo se explicaría el efecto antes descrito, pues ante una tasa elevada de desempleo la pérdida de renta esperada por el trabajador despedido será mayor: el minusvalor producido por un error que suponga la convalidación de un despido sin que efectivamente se dé la causa alegada, es superior cuanto menor sea la probabilidad de encontrar un nuevo empleo. En sentido opuesto, será menos probable que el juzgador falle contra la empresa cuanto mayor sea la indemnización que el empleador debe abonar al trabajador para el supuesto de no convalidarse judicialmente su decisión. Dentro de este esquema, suponiendo que sólo se abonan indemnizaciones por despido en caso de despido por causas objetivas pero no cuando sea disciplinario, deben distinguirse los efectos del error comúnmente llamado de tipo I⁷⁴ –convalidación de un despido para el que no concurría la causa legal–, de los que se derivan del error de tipo II –considerar improcedente un despido en el que efectivamente se produce la causa. En este modelo, el error de tipo I tiene un efecto claramente positivo, puesto que si disminuye, en caso de despido por razones objetivas, el trabajador percibirá la indemnización con mayor probabilidad, lo que hace aumentar el valor del puesto de trabajo, con lo que tiene mayores incentivos al esfuerzo y con ello pueden reducirse los salarios de eficiencia, dando lugar a un crecimiento neto de las contrataciones de signo positivo.

En el caso del error de tipo II (que el juzgador califique como disciplinario un despido sin que realmente se haya producido la conducta negativa), el efecto es ambiguo, pues minora el valor del trabajo, aumentando los flujos de entrada y salida del empleo, lo que podría ser positivo para el mismo; sin embargo, esa misma reducción del valor del puesto de trabajo potencia una reducción de esfuerzo, que tiene que ser compensada con salarios de eficiencia superiores, lo que reducirá la demanda de trabajo⁷⁵.

El impacto de la incertidumbre sobre la calificación del despido o sus consecuencias es un aspecto poco estudiado por la literatura económica, aunque en los últimos años se han iniciado líneas de investigación en este sentido, sin resultados

⁷¹ GALDÓN-SÁNCHEZ, J. E. Y GÜELL, M., “Dismissal conflicts and unemployment”, *European Economic Review*, vol. 47, 2, 2003.

⁷² BAUMANN, F., “Severance Payments as a Commitment Device”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*, vol. 166, 4, 2010, pág. 730.

⁷³ HUANG, C.; CHANG, J. Y LAI, C., “Employment effect of dismissal pay in the presence of judicial mistakes”, *International Review of Law and Economics*, vol. 29, 1, 2009.

⁷⁴ Genéricamente, dar por falsa la hipótesis nula –entendiendo por tal el estado “normal” de las cosas, el que se presume a falta de demostración en contrario– siendo falsa; en el ámbito del derecho, el ejemplo más habitual es el del inocente erróneamente calificado culpable; por el contrario, el error de tipo II es el opuesto, dar por cierta esa hipótesis siendo falsa, que siguiendo la misma lógica es el culpable declarado por error inocente.

⁷⁵ HUANG, C. ET AL., “Employment effect of dismissal pay in the presence of judicial mistakes”, cit., pág. 44.

claros. Desde un punto de vista teórico, analizando la contratación de un trabajador como una inversión, como un activo respecto del que se evalúa la relación coste-beneficio antes de su contratación, se ha indicado que el efecto de la incertidumbre sobre la misma depende en su signo –esto es, si aumenta o disminuye la contratación– de las preferencias sobre los ingresos presentes y futuros, mientras que la aversión al riesgo del empresario sólo tiene efectos sobre la magnitud de la variación⁷⁶.

La consecuencia de lo expuesto es clara; la incertidumbre acerca de los resultados de un eventual proceso judicial introduce un efecto distorsionador que puede llevar a un exceso de litigiosidad y alterar los términos del contrato, apartándose no sólo de la solución que se daría sin intervención del legislador, sino incluso de la querida por la ley. La definición de las causas con el menor margen de discrecionalidad posible permite a las partes establecer contratos óptimos, atendiendo a los incentivos y penalizaciones ofrecidos por la ley. La certeza del resultado del proceso cuando las partes conocen los hechos, esto es, la sencillez de la interpretación del alcance de las causas previstas, a menudo evitará el proceso, reduciendo los costes del despido y aumentando las rentas que –repartidas en función de su capacidad de negociación– estarán a disposición de trabajadores y empresarios.

1.2.6.- Amenaza de despido como incentivo o el régimen disciplinario como decisión económica

La existencia de una regulación que limite el despido puede tener, desde un punto de vista teórico, un doble efecto de signo opuesto. Por una parte, al dificultarse al empresario la terminación del contrato, puede generarse un incentivo a reducir el esfuerzo por parte del trabajador, pues las consecuencias negativas que de ello se acarrearán (el despido) son menos probables. En sentido contrario, al tener el trabajador una expectativa de larga duración del contrato, tenderá a buscar un buen ambiente de trabajo y a esforzarse por mejorar la competitividad de la empresa, puesto que espera estar ligado a la misma en el futuro⁷⁷. La regulación de las instituciones va a ser clave para que uno u otro efecto predominen: sólo si los trabajadores que no se esfuerzan están menos protegidos que los que sí lo hacen puede esperarse un resultado positivo⁷⁸.

El efecto de la limitación del despido a situaciones en las que no se alcance el nivel de esfuerzo pactado, ha sido objeto de atención desde diversos puntos de vista; en un mercado ideal en el que no hubiera desempleo⁷⁹, como se ha expuesto más arriba⁸⁰, el

⁷⁶ CHÉRON, A. ET AL., “Does Uncertainty of Firing Costs Reduce Hirings?”, cit., pág. 90.

⁷⁷ AKERLOF, G. A., *An economic theorist's book of tales: essays that entertain the consequences of new assumptions in economic theory*, Cambridge University Press, Cambridge [Cambridgeshire]; New York, 1984, cap. 9.

⁷⁸ EGER, T., “19th Annual conference of the European Association of Law and Economics, Athens, Greece, September 2002.”, cit., pág. 387.

⁷⁹ En este sentido, se entiende por desempleo únicamente el involuntario, esto es, los trabajadores que queriendo trabajar al salario que se paga no encuentran empleo; obviamente, al bajar los salarios para hacer rentable la

trabajador no tendría ningún incentivo al esfuerzo, pues aún con la certeza de que será despedido, sabrá que encontrará otro empleo. La introducción de matizaciones a este principio, como que un trabajador despedido por su bajo rendimiento no será contratado aunque existan vacantes, o la introducción en los modelos de costes de búsqueda, reducen este problema⁸¹.

La utilización del despido como incentivo al trabajo tiene diferente utilidad según las expectativas de las partes. En caso de que el trabajador actúe teniendo en cuenta las consecuencias a largo plazo, la amenaza de despido cobra particular utilidad: al margen de los efectos reputacionales que pueden derivarse de haber perdido un empleo por bajo rendimiento (o cualquier otra conducta inapropiada), en el supuesto de que la actuación del empleado pueda incidir de manera significativa en el curso futuro de la empresa, la amenaza de despido operará como mecanismo de alineación de intereses entre agente y principal: el trabajador tomará en mayor consideración los intereses del empleador que las suyas propias, pues si no satisface las primeras no podrá alcanzar las últimas⁸².

En todo caso, el despido como mecanismo de eficiencia no exige el mismo nivel de rendimiento para todos los trabajadores, aunque con carácter general la lógica puede extenderse a otros supuestos de despidos disciplinarios o por causas subjetivas. Esto es así tanto en los modelos que consideran que el despido por bajo rendimiento se produce como mecanismo de incentivos (si el trabajador no se esfuerza es despedido) como los que entienden que es simplemente un mecanismo de ajuste por los problemas de información imperfecta (como no pueden observarse las capacidades del trabajador, al prestar sus servicios se aprecia que por mucho que se esfuerce no será apto para ese empleo): ambos modelos predicen que la probabilidad de ser despedido se reducirá –al menos– con el tiempo que lleve en la empresa⁸³.

La regulación del despido disciplinario, en toda su extensión, tiene por tanto un innegable impacto desde el punto de vista económico. No se trata sólo de un aspecto jurídico-técnico sobre la ruptura del contrato por incumplimiento, pues ni la gravedad de la conducta necesaria para el despido es ajena a los cálculos de rentabilidad empresarial, ni ante una misma conducta el empresario tomará siempre la misma decisión. Al mismo tiempo, existiendo el problema de la dificultad de tener un

contratación de los desempleados algunos de ellos decidirían que no están dispuestos a contratar por ese precio, es decir, no encuentran el empleo buscado, pero este no es el que ofrece el mercado. En otras palabras, si estuvieran dispuestos a trabajar por menos sí encontrarían trabajo.

⁸⁰ Vid. en este mismo capítulo el epígrafe “i).- Los problemas de selección adversa y el despido reglado” en la página 17.

⁸¹ SPARKS, R., “A Model of Involuntary Unemployment and Wage Rigidity: Worker Incentives and the Threat of Dismissal”, *Journal of Labor Economics*, vol. 4, 4, 1986, pág. 569.

⁸² KWON, I., “Optimal Contracts for Long-Term Decisions and the Threat of Dismissal”, *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 15, 3, 2006.

⁸³ KWON, I., “Threat of Dismissal: Incentive or Sorting?”, *Journal of Labor Economics*, vol. 23, 4, 2005.

conocimiento cierto del esfuerzo del trabajador⁸⁴, y la consiguiente posibilidad de que los tribunales no acepten la calificación que el empresario realiza de la conducta del mismo⁸⁵, la amenaza de despido puede tener un menor efecto del esperado en el recto cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleado. Por otra parte, al existir una cierta probabilidad de que el trabajador venza en el juicio, la gravedad de la conducta que lleve a esta terminación contractual será mayor cuanto más alto sea el coste esperado del despido. Así, si las indemnizaciones por despido improcedente se calculan en función de antigüedad y salario, estos parámetros actuarán en cierto modo como un mecanismo de defensa del propio trabajador.

En todo caso, la perspectiva debe ser más amplia; *ex post*, el despido es una herramienta de gestión empresarial con la que el empleador envía señales al conjunto de la plantilla. Por ello, ponderará en cada caso el valor esperado futuro de la permanencia del trabajador en la empresa con los efectos que puede tener sobre otros empleados. Si determinada conducta inapropiada tiene una sanción “suave”, el incentivo que genera el despido como amenaza queda limitado. Por otra parte, resulta claro que el grado de tolerancia no será el mismo hacia todos los trabajadores: un trabajador especialmente productivo posiblemente no sea sancionado con la misma gravedad que uno más fácilmente reemplazable⁸⁶.

1.2.7.- Indemnizaciones por despido y antigüedad

La mayor parte de los modelos consideran los costes de despido como una variable constante a lo largo de la vida del contrato; sin embargo, en la práctica a menudo se hacen depender directa o indirectamente de la antigüedad del trabajador, de manera que cuanto más tiempo lleva en la empresa, más costoso es terminar su relación laboral.

Conforme aumenta la indemnización por despido por el transcurso del tiempo, menos incentivos tiene el empresario para despedir a sus trabajadores, lo que hará que aumente aún más su antigüedad. En consecuencia, en un mercado dual con trabajadores temporales, más se incrementa la diferencia entre los costes de despido de estos y los indefinidos, agravando los efectos de esta distinción⁸⁷. Por otra parte, ante el conocimiento de que cuanto más se prolongue la relación más costoso será el despido, el empresario tendrá más interés en evitar que sus trabajadores acumulen esta antigüedad. La consecuencia será que al menos desde un punto de vista teórico,

⁸⁴ Entre otros, vid. CAMPBELL III, C. M., “A model of the determinants of effort”, *Economic Modelling*, vol. 23, 2, 2006; SHAPIRO, C. Y STIGLITZ, J. E., “Equilibrium unemployment as a worker discipline device”, cit.

⁸⁵ Vid. epígrafe anterior, y particularmente GALDÓN-SÁNCHEZ, J. E. Y GÜELL, M., “Dismissal conflicts and unemployment”, cit.

⁸⁶ Sobre los problemas en relación con el derecho a la igualdad, vid. más adelante el epígrafe 2.3.2 del Capítulo III.

⁸⁷ La existencia de contratos temporales con una indemnización más reducida (o incluso nula) tiene un impacto específico en el mercado de trabajo, más allá de la mera existencia de costes de despido. Esta cuestión se desarrolla más adelante (vid. epígrafe 2.2.-Capítulo I.- 2.2.-)

el efecto de este esquema creciente de indemnizaciones sobre la duración media de los contratos será ambiguo, en función de cuál de los dos predomine⁸⁸.

Por otra parte, la posibilidad de neutralizar costes ineficientes mediante acuerdos privados, que se ha descrito más arriba y que planteó LAZEAR, se dificulta si los costes de despido no son constantes, pues el diseño del contrato resulta más complejo (y consecuentemente mayores los costes de transacción): el pago no sólo será de una cantidad incierta, sino que además la probabilidad de despido se irá reduciendo conforme pase el tiempo, pues la situación deberá ser más grave para que el empresario prefiera despedir, dado el mayor coste, y además cuando el despido se produzca por causas objetivas –a igual productividad– hará más probable que se despidan al trabajador más reciente.

La justificación de la mayor protección de los trabajadores con más tiempo de servicio puede explicarse desde la perspectiva de la pérdida del capital humano específico, pero debe tenerse en cuenta que también la empresa lo pierde⁸⁹, y consecuentemente tendrá menos interés en despedir al trabajador más antiguo. En todo caso, es posible argumentar que el trabajador despedido tiene una pérdida mayor cuanto más tiempo haya estado en la empresa, no sólo por la citada pérdida de capital humano específico –que supondrá una productividad y salarios inferiores en el eventual nuevo empleo– sino también por la degradación de su capacidad de búsqueda, tras mucho tiempo sin realizar esta actividad⁹⁰.

Otra perspectiva en el mismo sentido es la que toma en consideración una senda de vida en la que progresivamente se van adquiriendo obligaciones financieras para hacer frente a la adquisición de activos poco líquidos –como la vivienda–, de modo que en los momentos iniciales de la carrera profesional el perjuicio por el despido sería menor, sin que sea posible asegurar ese riesgo por evidentes problemas de riesgo moral⁹¹. El problema de este argumento es que confunde antigüedad con edad, aunque presente una correlación elevada, e ignora que a partir de cierto momento las necesidades de bienes de consumo duradero estarán ya cubiertas, de forma que los costes podrían incluso reducirse.

El criterio de despido basado en la menor antigüedad en la empresa puede justificarse desde la perspectiva de la paz empresarial, al establecerse un criterio objetivo, fácilmente observable, y que blinda al empresario frente a sospechas de

⁸⁸ CAVALCANTI, T. V. D. V., “Layoff costs, tenure, and the labor market”, *Economics Letters*, vol. 84, 3, 2004, pág. 388.

⁸⁹ BLANK, E. C., “Effects of Layoffs on Wage Growth: The Role of Timing and Tenure”, *Atlantic Economic Journal*, vol. 18, 4, 1990, pág. 68.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 69.

⁹¹ NOSAL, E., “Incomplete Insurance Contracts and Seniority Layoff Rules”, *Economica*, vol. 57, 228, 1990, pág. 424.

discriminación o favoritismos⁹². Otra explicación lógica es que los trabajadores de mayor antigüedad atesoran un conocimiento específico para la empresa que no sólo genera una mayor productividad en su trabajo, sino que es transmitido a los nuevos contratados, de modo que es una vía para proteger y potenciar el capital humano específico⁹³.

No obstante, cuando el propio empresario es quien libremente lo decide, no parece que tenga justificación que la legislación potencie este criterio encareciendo el despido de los trabajadores con más antigüedad. Por el contrario, la existencia de criterios salariales vinculados linealmente a la antigüedad (esto es, una cantidad fija por periodo transcurrido, como puede ser el pago de trienios) u otros complementos consolidables, cuando la productividad sea marginalmente decreciente o incluso decreciente, puede aumentar las probabilidades de que el trabajador con más antigüedad sea despedido⁹⁴, dando lugar a los planes de prejubilaciones bajo una u otra forma⁹⁵.

En definitiva, la existencia de costes de despido crecientes introduce una distorsión adicional en el mercado de trabajo que, si bien puede encontrar justificación en el potencial perjuicio que padezca el empleado despedido, hace especialmente vulnerables a los trabajadores más recientes y puede inducir a resultados ineficientes, por cuanto que genera incentivos para atender a criterios de coste impuesto de despido por encima de otros vinculados a la productividad.

2.- LOS EFECTOS AGREGADOS DE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO

2.1.- Efectos generales de las indemnizaciones por despido en el mercado de trabajo

2.1.1.- Niveles de empleo y desempleo

El efecto de la regulación, como se ha expuesto, no es unidimensional, sino que afecta al empleo de muy diversas formas; así, puede influir en las decisiones de inversión en capital humano pero también en la asignación de recursos, pues al introducirse un coste fijo (mayor o menor, y con la probabilidad que corresponda)

⁹² ENGELSTAD, F., "The Significance of Seniority in Layoffs: A Comparative Analysis", *Social Justice Research*, vol. 11, 2, 1998, pág. 110.

⁹³ REAGAN, P. B., "On-the-Job Training, Layoff by Inverse Seniority, and the Incidence of Unemployment", *Journal of Economics and Business*, vol. 44, 4, 1992.

⁹⁴ ENGELSTAD, F., "The Significance of Seniority in Layoffs", cit., pág. 114 y ss.

⁹⁵ Ya sea mediante bajas incentivadas o procedimientos de regulación de empleo, aunque estos últimos pueden ser muy costosos, especialmente en caso de empresas con beneficios, como se analiza más adelante en el Capítulo IV.

podrá hacer aumentar la ratio capital-trabajo⁹⁶, reducir los flujos de entrada y salida en el mercado de trabajo, afectar al esfuerzo en la forma antes expuesta, etc⁹⁷.

El impacto conjunto de todas las variables implicadas, en un modelo de equilibrio general que contemplara salarios de eficiencia, prestaciones por desempleo, inversión en capital humano por parte de empresa y trabajador, niveles de consumo de los trabajadores y su efecto sobre la demanda agregada, ganancias (o pérdidas) de productividad por experiencia, decisiones judiciales en un contexto de incertidumbre y finalmente con influencia de la situación económica, decisiones de asignación de recursos entre capital y mano de obra, posibilidades de deslocalización, nivel general de desempleo, etc. supone un ejercicio demasiado complejo para ser abordado con éxito. Los múltiples aspectos de la realidad dificultan enormemente, por tanto, la construcción de un modelo completo de equilibrio general que, desde una perspectiva global, determine todos y cada uno de los efectos que podría tener el incremento o reducción de costes de despido.

Por ello, resulta de interés analizar los estudios que pretenden determinar, evaluando mercados reales, cuál es el efecto que en ellos tienen los costes de despido u otras formas de rigidez frente a las decisiones extintivas de los empresarios. Este tipo de análisis requiere siempre una comparación entre situaciones, bien evaluando el impacto en términos de economías sometidas a diferentes regulaciones, bien analizando el impacto de la alteración del régimen jurídico en una economía concreta. No obstante, estos trabajos académicos también deben tomarse con cautela, pues las comparaciones se realizan a través de modelos econométricos, en los que se parte de una opción metodológica concreta. Así, según las variables que se escojan (y las que se omitan) para tomar en cuenta las diferencias entre las economías comparadas, el efecto que se atribuya a la regulación del despido podrá ser diferente.

En este sentido, aunque durante los años 80 del siglo XX diversos economistas trataron de evaluar las consecuencias de la legislación del despido, el estudio de LAZEAR en los inicios de la década siguiente posiblemente puede considerarse como el trabajo que marca el comienzo de una abundante literatura económica. En este trabajo, al margen de exponerse el principio ya aceptado de que en un mercado perfecto las transferencias de renta con motivo del despido no tendrán ningún efecto⁹⁸, se analizan 22 países durante el periodo entre 1956 y 1984, tomando como medida de protección del empleo la indemnización recibida por un empleado no cualificado con una

⁹⁶ MICHAEL K. GAVIN, *Labor market rigidities and unemployment: the case of severance costs*, Board of Governors of the Federal Reserve System (U.S.), 1986, pág. 8.

⁹⁷ Una enumeración de potenciales efectos de los costes por despido, con una revisión de la literatura puede encontrarse en EMERSON, M., "Regulation or deregulation of the labour market: Policy regimes for the recruitment and dismissal of employees in the industrialised countries", *European Economic Review*, vol. 32, 4, 1988, págs. 778-780.

⁹⁸ Vid. supra Capítulo I.- 1.2.2.-B.-Presupuestos para el impacto de los costes de despido

antigüedad de 10 años en la empresa, e incluyendo tanto la indemnización como el preaviso. Los resultados de este estudio seminal son ciertamente contrarios a la restricción o sanción de la terminación del contrato: el paso de un sistema sin indemnizaciones a una de tres meses de salario⁹⁹ supondría una reducción de la tasa de empleo (ocupados sobre el total de la población activa) del uno por ciento, sin que pueda afirmarse nada sobre la tasa de desempleo dado que el modelo no predice la tasa de actividad, que puede verse influida por una mayor duración del desempleo¹⁰⁰.

Los resultados de este estudio han sido ampliamente comentados por trabajos posteriores, y en concreto fue replicado, partiendo de los mismos datos, una década después. En el artículo de ADDISON ET AL.¹⁰¹, al margen de señalarse la existencia de ciertos errores en los datos¹⁰², se critica la propia metodología técnica seguida¹⁰³, y una vez subsanados, se concluye que, conforme al modelo planteado, no puede afirmarse que la variable utilizada de indemnización por despido sea un indicador válido para predecir el desempleo. Al margen de que la correlación no implica causalidad, como reconoce expresamente LAZEAR, señala el estudio crítico que sus conclusiones no pueden extrapolarse hasta el punto de afirmar que la legislación de protección del empleo es benigna o tan siquiera inocua: la complejidad de la misma no puede expresarse sólo por una o dos variables simplificadoras, pues se pierden demasiados factores que pueden tener incidencia en los equilibrios del mercado de trabajo.

Al mismo tiempo, se publicó otro trabajo, también ampliamente citado, pero con resultados menos claros. BENTOLILA Y BERTOLA analizan el impacto de los costes de despido en las decisiones de contratar y despedir, para evaluar qué efecto es mayor y, por tanto, cuáles son las consecuencias sobre el empleo. Desde una perspectiva microeconómica estiman que, con los parámetros observados en la Europa occidental, en un contexto de incertidumbre sobre la evolución futura de la economía y asumiendo que esta fluctuará, el impacto de los costes de despido es mayor en la decisión marginal de despedir que en la de contratar, por lo que el resultado agregado será positivo¹⁰⁴. El motivo de este mayor impacto en el despido es relativamente intuitivo: mientras que en el momento de contratar el coste indemnizatorio aparece sólo como una posibilidad, que además se encuentra alejada en el tiempo y por tanto

⁹⁹ Dado que se refiere a un trabajador con una antigüedad de 10 años en la empresa, en términos comparables al sistema español supondría aproximadamente nueve días de salario por año de servicio.

¹⁰⁰ LAZEAR, E. P., "Job security provisions and employment", cit., pág. 725.

¹⁰¹ ADDISON, J. Y.; TEIXEIRA, P. Y GROSSO, J.-L., "The effect of dismissals protection on employment: More on a vexed theme", *Southern Economic Journal*, vol. 67, 1, 2000.

¹⁰² Ya habían sido discutidos previamente por dos de los coautores en ADDISON, J. T. Y GROSSO, J.-L., "Job Security Provisions and Employment: Revised Estimates", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 35, 4, 1996.

¹⁰³ En particular, se afirma que en el trabajo original no se resuelven adecuadamente los problemas derivados de analizar simultáneamente datos con heterogeneidad entre países y las correlaciones en las series temporales para cada país.

¹⁰⁴ BENTOLILA, S. Y BERTOLA, G., "Firing costs and labour demand", cit.

afectada por la tasa de descuento intertemporal –no se valora igual un coste presente que otro futuro–, a la hora de despedir el impacto es pleno¹⁰⁵.

Frente a este resultado, HOPPENHAY Y ROGERSON, empleando modelos similares pero utilizando datos a nivel empresarial en lugar de agregados y completando el equilibrio general¹⁰⁶, llegan a conclusiones diametralmente opuestas. En su planteamiento consideran el coste de despido como un impuesto posteriormente redistribuido entre todos los individuos por igual¹⁰⁷, de modo que no pueda neutralizarse por vía de ajuste salarial, y calibran su modelo con los valores empresariales de un registro longitudinal para Estados Unidos, con datos de los años setenta del siglo pasado. Conforme a todo ello, valoran los efectos que un impuesto sobre el despido como el señalado genera en el equilibrio (en la práctica, dependiendo de la velocidad de ajuste, el efecto de una reforma podrá apreciarse antes o después). Con todas las limitaciones que los propios autores exponen, estiman que un impuesto sobre el despido equivalente a un año de salario supondría una reducción del nivel de ocupación de aproximadamente el 2,5 por ciento y del consumo –que emplean como medida de utilidad– en algo más del 2 por ciento. En relación a los problemas de su modelo, señalan que su análisis se centra enteramente en los costes asociados con una política concreta, y no se relaciona con los beneficios que la misma podría producir, de modo que habría que ponderar unos y otros para estimar si es o no una política óptima¹⁰⁸.

Resulta de interés comentar la existencia de algunos modelos que tratan de reflejar una mayor complejidad, como es el caso del de DE MICHELIS¹⁰⁹, quien introduce en su equilibrio un modelo de competencia monopolística¹¹⁰ de bienes diferenciados y con consumidores con gustos diversos. Los resultados de su modelo determinan un efecto variable en la economía –particularmente en el empleo– de la regulación del despido: en momentos de bonanza económica tienen un efecto (de corto plazo) positivo, mientras que ocurre lo contrario frente a shocks negativos. De esta forma, cuanto más probable sean los shocks y más incidencia tengan los negativos en relación con los positivos más perjudicial será la restricción al despido. Este resultado. Esta conclusión presenta cierta coherencia con el análisis de DOLADO Y JIMENO sobre las causas del elevado desempleo en España, que atribuyen el gran diferencial que

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 391. En el mismo sentido, CABRALES, A. Y HOPENHAYN, H. A., “Labor-market flexibility and aggregate employment volatility”, *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, vol. 46, 1997, pág. 209.

¹⁰⁶ HOPENHAYN, H. Y ROGERSON, R., “Job turnover and policy evaluation”, cit.

¹⁰⁷ Lo que supone estimar el efecto multiplicador del gasto público a 1. Si para la economía en cuestión fuera inferior, se estaría subestimando el efecto negativo de este coste de despido y viceversa. Ver al respecto nota al pie 29.

¹⁰⁸ HOPENHAYN, H. Y ROGERSON, R., “Job turnover and policy evaluation”, cit., pág. 937.

¹⁰⁹ DE MICHELIS, A., *Sand in the Wheels of the Labor Market: The Effect of Firing Costs on Employment*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2004.

¹¹⁰ La competencia monopolística es la denominación que dan los economistas a la situación de mercado en la que existen bienes claramente diferenciados pero que son sustituibles entre sí, aunque no de manera perfecta. Este tipo de mercados se da típicamente en todos aquellos casos en los que se ofrece el bien bajo una marca comercial que lo diferencia: el mismo producto se presenta con distintas cualidades (reales o simplemente percibidas), no necesariamente ordenadas cualitativamente, sino que pueden distinguirse por simples gustos del consumidor.

presenta nuestro país a una sucesión de shocks temporales negativos unidos a políticas anti inflacionistas y a las rigideces de los mercados de trabajo y bienes, lo que convirtió en permanentes los efectos de aquellos¹¹¹.

Además de lo anterior, existen otros estudios en los que se evalúan sistemas concretos, lo que permite eliminar ciertas distorsiones generadas por las divergencias institucionales. En concreto, para el caso de EEUU, dónde la competencia es estatal (es decir, no centralizada en el poder legislativo federal) y la situación de partida es un despido libre casi totalmente ilimitado, es posible analizar los efectos de algunas matizaciones a ese principio del despido *at will*. En este sentido, una primera aproximación¹¹² determinó que la posibilidad de demandar al empleador por daños punitivos (lo que da lugar a una indemnización potencialmente muy elevada, pues no toma en consideración los perjuicios reales –que también se indemnizan– sino que suponen una sanción para desincentivar los actos cometidos) podía llegar a reducir el empleo en un tres por ciento; en el caso de la excepción llamada de contrato implícito¹¹³, aunque sus resultados apuntan en la misma dirección, no alcanza el grado de significatividad estadística. En todo caso, en este trabajo no hay una valoración negativa de la introducción de estos límites al despido libre, sino que se reconoce que pueden tener otros efectos positivos en materia de compromiso del trabajador, formación, inversión etc. Este trabajo, no exento de críticas¹¹⁴, señala que pese a que las indemnizaciones suponían tan sólo el 0,1 por ciento de la masa salarial, el efecto era muy elevado, lo que se justificaba por una elevada aversión al riesgo o por la sobrevaloración del riesgo de ser demandado, que posiblemente llevaba a los empresarios a ofrecer indemnizaciones preventivas para evitar el riesgo de una demanda. En todo caso, estudios posteriores de AUTOR ET AL¹¹⁵, aunque consideran que el impacto sobre el empleo de este trabajo está sobreestimado, destacan el efecto negativo de la incertidumbre en la legislación, especialmente intenso en el sistema anglosajón dada la importancia novatoria del precedente judicial, pues a diferencia de la reforma legislativa se aplica sobre las empresas que se comportan sobre la base de

¹¹¹ DOLADO, J. J. Y JIMENO, J. F., “The causes of Spanish unemployment: A structural VAR approach”, *European Economic Review*, vol. 41, 7, 1997, págs. 1303-1304.

¹¹² DERTOUZOS, J. N. Y KAROLY, L. A., *Labor market responses to employer liability*, Rand, Institute for Civil Justice, Santa Monica (California), 1992.

¹¹³ En esta clase de excepción a la doctrina *at will* se considera que por los actos del empresario –a menudo en forma de manuales de comportamiento en la empresa– el trabajador legítimamente podía considerar que no sería despedido sin que concurriera una justa causa. En estos supuestos, al no existir una conducta particularmente dolosa por parte del empresario, la indemnización es más limitada, pues se reduce al daño emergente y al lucro cesante.

¹¹⁴ Al respecto, pueden citarse dos trabajos que expresamente mencionan que los resultados están condicionados por la selección de casos tomados para llevar a cabo el análisis estadísticos, así como por la definición de las variables tomadas en consideración: MILES, T. J., “Common law exceptions to employment at will and U.S. labor markets”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 16, 1, 2000, pág. 82; MORRIS, A. P., *The law and economics of employment at will*, Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Economics, 1994, pág. 1056.

¹¹⁵ AUTOR, D. H.; DONOHUE III, J. J. Y SCHWAB, S. J., “The employment consequences of wrongful-discharge laws: large, small, or none at all?”, *American Economic Review*, vol. 94, 2, 2004; AUTOR, D. H.; DONOHUE III, J. J. Y SCHWAB, S. J., “The Costs of Wrongful-Discharge Laws”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 88, 2, 2006.

los estándares fijados por la anterior jurisprudencia¹¹⁶. En este contexto, la aversión al riesgo y la búsqueda de salidas negociadas (y costosas) con los trabajadores es un conducta altamente razonable para las empresas.

Puede apreciarse que, pese a la generalización de la idea de que los costes de desempleo suponen una rémora para el empleo, no existe un consenso científico al respecto; las divergencias se dan tanto en los planteamientos teóricos¹¹⁷ como en las evaluaciones empíricas de los mismos modelos. Ello se explica por la divergencia de datos y variables observadas, así como la heterogeneidad de las instituciones de distintos países que impiden una generalización de las conclusiones relativas a los efectos de una determinada regulación¹¹⁸; además, tampoco el grado de protección frente al despido se mide de la misma manera (vid. infra 3.2), lo que supone un problema añadido para la emisión de un juicio general sobre las políticas de protección del empleo.

2.1.2.- Rotación e innovación: despido y decisiones de inversión

El efecto estabilizador de los costes de despido sobre el empleo es una consecuencia lógica de su propia existencia: cuando la situación de la empresa sea negativa, tendrá menos incentivos para despedir, pero si lo hace aumentarán los costes laborales (y con ello los beneficios empresariales), por lo que también reducirá la contratación ante eventos de carácter positivo¹¹⁹. Al margen de la incidencia sobre el nivel de empleo, tratada en el epígrafe anterior, ello puede tener otros efectos colaterales, con impacto en la eficiencia de la economía. En particular, la literatura económica ha analizado cómo afecta la existencia de costes de despido a la reasignación de recursos cuando se produce un cambio en la estructura productiva. No obstante, debe tenerse en cuenta que las instituciones del mercado de trabajo no actúan aisladamente, de modo que el resultado final será consecuencia de la combinación de todas ellas.

Así, BERTOLA Y ROGERSON, tras comprobar que las tasas de rotación ante un shock en Estados Unidos y en los países europeos (con escasa protección frente al despido en el primero e intensa en estos últimos) no eran sustancialmente diferentes, apuntan a la existencia de mayor concentración en la distribución salarial en los países con mayor regulación. Es decir, la amplia cobertura de los convenios colectivos de negociación centralizada o coordinada en las economías Europeas lleva a una compresión salarial que incrementa los flujos de trabajadores: dado que los salarios son rígidos a la baja,

¹¹⁶ AUTOR, D. H. ET AL., "The employment consequences of wrongful-discharge laws", cit., pág. 446.

¹¹⁷ Sobre esta cuestión, y en particular sobre las razones que llevan a los modelos que basan el equilibrio del mercado en la búsqueda dan como resultado el incremento del desempleo, mientras que los que se basan en el azar para los emparejamientos llegan a conclusiones opuestas, vid. LJUNGQVIST, L., "How Do Lay-off Costs Affect Employment?", *The Economic Journal*, vol. 112, 482, 2002.

¹¹⁸ KAN, K. Y LIN, Y.-L., "The Effects of Employment Protection on Labor Turnover", cit., pág. 399.

¹¹⁹ MALO OCAÑA, M. Á., *Las indemnizaciones por despido*, cit., pág. 15.

no será posible realizar el ajuste en precios en caso de un shock negativo, lo que obligará a la empresa a despedir (aunque sea costoso); de la misma forma, ante una mejora de las circunstancias, la estabilidad de los salarios facilitará la contratación¹²⁰.

La combinación de ambas instituciones puede resultar extraña, pues como plantearon LUCAS Y PRESCOTT, si los agentes son neutrales al riesgo las políticas que afecten a la movilidad generan pérdidas de eficiencia¹²¹, con lo que si el efecto contrapuesto de las señaladas –restricciones al despido y compresión salarial– no se anula completamente, el resultado no será óptimo. Sin embargo, ante una aversión al riesgo de los trabajadores el resultado es el opuesto, pues en ausencia de mercados de seguro eficientes (vid. supra 1.2.3.-C.-d.-) el efecto conjunto de estas políticas, que genera mayor estabilidad en los ingresos, puede resultar positivo si está óptimamente diseñado¹²². De hecho, algunos autores afirman que la existencia de aversión al riesgo puede determinar que la legislación de despido tenga un efecto diferente en los desempleados que en los empleados¹²³, lo que agravaría el problema del paro de larga duración.

Por otra parte, debe reiterarse que no todos los aspectos de la regulación que limita el despido tienen el mismo impacto; así, el estudio de BASSANINI Y GARNERO desagrega diferentes elementos de su protección, observando –con una muestra homogénea de datos de 24 países de la OCDE durante trece años (1995-2007)– que aunque el conjunto de instituciones analizado¹²⁴ es significativo estadísticamente para explicar el volumen de flujos del mercado de trabajo, si éstos se valoran independientemente, sólo la dificultad de despido, y dentro de ella particularmente la obligatoriedad de la readmisión son significativas¹²⁵.

En los estudios empíricos, una oportunidad particularmente interesante para el análisis es la apertura comercial del país, esto es, la reducción o supresión de barreras arancelarias, pues introduce de manera relativamente rápida un cambio en la estructura de equilibrio (es decir, a la que tenderá la economía) del mismo. La existencia de impuestos a la importación o aranceles permite a las industrias que son menos competitivas subsistir, pues los bienes o servicios producidos en el exterior se

¹²⁰ BERTOLA, G. Y ROGERSON, R., “Institutions and labor reallocation”, *European Economic Review*, vol. 41, 6, 1997, pág. 1163.

¹²¹ LUCAS JR., R. E. Y PRESCOTT, E. C., “Equilibrium search and unemployment”, *Journal of Economic Theory*, vol. 7, 2, 1974.

¹²² BERTOLA, G. Y ROGERSON, R., “Institutions and labor reallocation”, cit., pág. 1166.

¹²³ KUGLER, A. D. Y SAINT-PAUL, G., “How Do Firing Costs Affect Worker Flows in a World with Adverse Selection?”, *Journal of Labor Economics*, vol. 22, 3, 2004.

¹²⁴ Distinguen, para el despido individual, las “inconveniencias” del procedimiento, el preaviso e indemnización en despido objetivo, y la dificultad del despido. A su vez, dentro de esta dificultad diferencia cuatro elementos: definición de despido improcedente, duración del periodo de prueba, indemnización por despido improcedente y posibilidad de readmisión obligatoria para la empresa. En el caso de los despidos colectivos, se emplea únicamente un índice agregado.

¹²⁵ BASSANINI, A. Y GARNERO, A., “Dismissal protection and worker flows in OECD countries: Evidence from cross-country/cross-industry data”, *Discussion Paper series, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit*, vol. 6535, 2012.

ven artificialmente encarecidos. La eliminación de estas tarifas arancelarias provocará que la economía se especialice en aquellas industrias en las que tenga ventaja competitiva¹²⁶. Obviamente, el ajuste no será inmediato, sino que seguirá una senda más o menos rápida hacia la nueva situación de equilibrio. Dado que la nueva asignación de recursos productivos se hará de modo que la economía produzca más cantidad del bien o servicio en que es más eficiente, el nuevo equilibrio será socialmente preferible al anterior (en términos agregados), por lo que las políticas que ralenticen el ajuste supondrán, al menos en un plano teórico, una pérdida de eficiencia.

Esta lógica es precisamente la que aplica KAMBOUROV a su análisis de la integración comercial que se produjo en América Latina entre 1986 y 1995, y que supuso una reducción en promedio de las tarifas arancelarias del 42% al 14%, mientras que los costes de despido se mantuvieron estables¹²⁷. Partiendo de un modelo en el que existe capital humano específico de cada industria, que se pierde al pasar de una a otra, este autor sostiene –analizando los casos concretos de Chile y México– que el mantenimiento de las restricciones al ajuste de empleo pueden llegar a causar una pérdida de hasta el 30% de la productividad ganada por la apertura comercial.

El hecho de considerar que existe un capital humano específico de una industria que no puede aprovecharse en otra tiene importantes implicaciones, y explica por qué el ajuste no es inmediato. Asimismo, puede explicar por qué una apertura comercial puede causar en un primer momento incrementos de desempleo, ya que, mientras que las industrias que corresponden a sectores de bienes que entran en el mercado nacional como consecuencia de la reducción de aranceles se ajustan de manera relativamente rápida, el sector (o sectores) beneficiados por la liberalización necesitará un tiempo para que sus trabajadores alcancen su máxima productividad. Con costes de despido, los empresarios del sector afectado por la competencia exterior se ajustarán más lentamente y eso podría limitar los efectos negativos en el corto plazo; pero como la contratación por parte de los nuevos también es más lenta, la pérdida de bienestar en el largo plazo se mantiene. Al mismo tiempo, ante un esquema de costes de despido que dependa de la antigüedad del trabajador –aunque este aspecto no se contempla en el modelo señalado– el efecto ralentizador del ajuste podría agravarse, pues no sólo disminuirían los despidos sino también los cambios voluntarios de sector por parte de los trabajadores, ante el temor de ser despedido en su nuevo empleo perdiendo los derechos potencialmente acumulados.

¹²⁶ La especialización del comercio internacional no requiere que una economía sea más eficiente en ninguna industria; lo relevante es la eficacia relativa que tenga en la producción de unos bienes y servicios frente a otro, pues con ello podrá beneficiarse del intercambio real, tal y como planteó DAVID RICARDO, superando la idea de ventaja absoluta que manejaba ADAM SMITH.

¹²⁷ KAMBOUROV, G., “Labour Market Regulations and the Sectoral Reallocation of Workers: The Case of Trade Reforms”, *The Review of Economic Studies*, vol. 76, 4, 2009, pág. 1324.

En este contexto, la introducción del análisis de la innovación refuerza el impacto de los costes de despido. Si se distingue entre desarrollos innovadores primarios –los que generan un nuevo producto o servicio– de los secundarios –aquellos que mejoran la eficiencia en la producción de un bien ya existente–, la existencia de límites a la movilidad de los trabajadores inclina la balanza hacia estos últimos, por ser la inversión en su investigación menos arriesgada y no requerir trasvases de mano de obra entre sectores. Este efecto, además, se agrava en el caso de economías abiertas, pues se produce una suerte de “especialización”, de modo que las economías con menos restricciones al despido producirán más innovación primaria, mientras que las más tuitivas generarán secundaria¹²⁸. Por otra parte, se ha sugerido que el volumen de inversión en investigación y desarrollo se ve negativamente afectado por los costes de despido, pues el efecto sobre la entrada de competidores –que se verán desincentivados por unos mayores costes laborales– se estima menor que el llamado “efecto bancarrota”, que provoca que las empresas inviertan para mejorar su posición competitiva pues perderla tiene un mayor coste asociado a la reducción de plantilla¹²⁹.

Otra estrategia emprendida para evaluar el impacto de los costes de despido sobre los flujos de entrada y salida en el empleo es la del análisis de los llamados “experimentos naturales”, situaciones en las que existe un cambio normativo que facilita aislar su efecto. Es el caso de la reforma de Taiwan en 1984, que prohibió el despido acausal e introdujo la obligatoriedad del preaviso, si bien con distintos niveles según el tamaño de la empresa, y progresivamente reforzado con el paso del tiempo, tanto en lo referente al grado de protección como la vigilancia de su cumplimiento. Hasta 1996 existían, dentro de cada sector, empresas a las que no se exigía el cumplimiento de esta normativa, lo que permitió utilizar a las mismas como grupo de control o comparación, lo que unido a las sucesivas reformas legales generó suficiente variabilidad de las condiciones de protección manteniendo el resto del marco institucional relativamente estable. El análisis de esta reforma, llevado a cabo por KAN Y LIN,¹³⁰ determina que las tasas de rotación se redujeron notablemente en las empresas a las que la normativa era de aplicación, mientras que las pequeñas, no obligadas a publicar sus normas y con escaso control, se mantuvo¹³¹.

Una estrategia similar es la que sigue KUGLER para la reforma de 1990 en Italia, que extendió ciertos aspectos de la regulación del despido a las empresas de menos de 15

¹²⁸ SAINT-PAUL, G., “Employment protection, international specialization, and innovation”, *European Economic Review*, vol. 46, 2, 2002.

¹²⁹ KOENIGER, W., “Dismissal costs and innovation”, *Economics Letters*, vol. 88, 1, 2005.

¹³⁰ KAN, K. Y LIN, Y.-L., “The Effects of Employment Protection on Labor Turnover”, cit.

¹³¹ Los autores sostienen que ello sugiere la existencia un “coste oculto” de la protección del empleo, pues la menor tasa de rotación implica una traba a la reasignación de recursos, lo que supone una forma de pérdida de eficiencia económica. No obstante, esa afirmación implica la aceptación de que no existen ineficiencias en el mercado de trabajo que generen una excesiva rotación (vid. supra. Capítulo I.- 1.2.3.-)

trabajadores, dejando inalterado el régimen de las de mayor tamaño¹³², y en Colombia, que redujo sustancialmente los costes asociados a la terminación del contrato de trabajo por voluntad empresarial¹³³. Tanto en uno como en otro caso se aprecian efectos relevantes en los flujos de entrada y salida en las empresas, pero los efectos en el nivel empleo son ciertamente reducidos: en el caso italiano son irrelevantes, y en el colombiano sólo explican una cuarta parte del descenso del desempleo producido en el periodo analizado, lo que supone un tercio de punto porcentual en más de una década. Sin embargo, sí que se aprecian efectos significativos en los flujos de entrada y salida del desempleo (y del empleo), lo que refuerza la intuición expuesta y refuerza la hipótesis de que los efectos agregados serán ambiguos, y dependerán de un sistema a otro.

2.1.3.- Otros aspectos de interés

La regulación del despido es una institución central de las relaciones laborales, que afecta a toda la lógica de alicientes y desincentivos de trabajadores y empresarios. Consecuencia de ello, los investigadores económicos han tratado de analizar el impacto de la protección del empleo sobre diversas variables. Algunas de ellas, como la productividad, no han dado lugar a resultados concluyentes¹³⁴, pues al tiempo que podría provocar una reducción del esfuerzo cuando este no es observable¹³⁵, puede generar mayores inversiones en la empresa para evitar llegar a la situación en que el despido sea costoso.

El punto de vista del estado del bienestar, la protección frente al despido y la inversión de tiempo y recursos por los trabajadores en formarse antes de entrar en el mercado de trabajo o durante su estancia en el mismo, también han sido objeto de atención, señalándose que la protección frente al despido favorece la inversión en formación específica para la empresa, mientras que la protección contra el desempleo favorece la específica de la industria o sector, de modo que en ausencia de ambas se reforzaría la formación de carácter inespecífico o general¹³⁶.

La introducción de medidas específicas de tutela contra la discriminación de algunos colectivos, que les proteja especialmente frente al despido, ha sido también

¹³² KUGLER, A. Y PICA, G., "Effects of employment protection on worker and job flows: Evidence from the 1990 Italian reform", *Labour Economics*, vol. 15, 1, 2008.

¹³³ KUGLER, A. D., "The Impact of Firing Costs on Turnover and Unemployment: Evidence from the Colombian Labour Market Reform.", *Department of Economics and Business, Universitat Pompeu Fabra, Economics Working Papers*, 2000.

¹³⁴ A este respecto, resulta de interés la revisión de la literatura que se realiza en BASSANINI, A.; NUNZIATA, L. Y VENN, D., "Job protection legislation and productivity growth in OECD countries", *Economic Policy*, vol. 24, 58, 2009, págs. 360-361.

¹³⁵ Vid. supra. Los epígrafes "Capítulo I.- 1.2.3.-C.-c).-i).- Los problemas de selección adversa y el despido reglado" y "Capítulo I.- 1.2.5.- Indeterminación judicial y otros efectos de la aversión bilateral al riesgo"

¹³⁶ ESTEVEZ-ABE, M.; IVERSEN, T. Y SOSKICE, D., "Social Protection and the formation of Skills: A reinterpretation on the Welfare State", en Peter A. Hall, David W. Soskice (dirs.), *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*, Oxford University Press, Oxford [England] ; New York, 2001, págs. 145-178.

objeto de análisis. En concreto, la aprobación en 1990 en EEUU de la Ley de americanos con discapacidad (American with Disabilities Act) y algunas modificaciones o extensiones posteriores de la misma, permiten analizar el impacto sobre el colectivo protegido de esta norma, que aunque no establece expresamente un coste por despido, sí que limita o dificulta la terminación de los contratos con las personas bajo su tutela, al tiempo que favorece su contratación, al otorgarles una acción por discriminación en caso de no ser contratados por razón de su incapacidad. Los resultados de las investigaciones al respecto muestran que pudo tener efectos contraproducentes sobre el colectivo protegido, especialmente en el caso de los trabajadores jóvenes (entre 21 y 39 años): tras la aprobación de la ley se redujeron sus niveles de empleo, tanto en términos absolutos como en relación a los trabajadores sin discapacidad¹³⁷. No obstante, el efecto acotado por edad puede explicarse, según los autores, por la existencia de normas específicas y anteriores para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad.

Más allá de la eficacia de una norma en un país extranjero –que a los efectos de esta investigación es irrelevante– resulta de interés el hecho de que una regulación tuitiva frente al despido de un determinado grupo de trabajadores pueda tener un efecto contrario al pretendido. Al encarecerse el coste laboral de las personas protegidas, el empresario tenderá a evitar su contratación, pues ante dos trabajadores igualmente productivos el que no tenga la característica especialmente protegida tendrá un coste esperado menor y, consecuentemente, un mayor beneficio; además, al tratarse de colectivos protegidos frente a la discriminación, será imposible repercutir en salarios este mayor coste laboral, pues esto supondría ofrecer a los trabajadores a los que la ley protege una menor remuneración, lo que sin lugar a dudas encontraría grandes problemas legales. Por el contrario, el establecimiento de menores niveles de indemnización para colectivos que tengan menos productividad esperada *ex ante* sí que puede resultar provechosa, no sólo dirigiendo el empleo hacia estos colectivos, sino incluso con efectos positivos –aunque reducidos– sobre el nivel global de desempleo¹³⁸.

Por último, es preciso mencionar que la forma de regular las terminaciones de los contratos de trabajo también tiene una influencia sobre las consecuencias que puede tener la legislación de protección del empleo. Particularmente, la distinción –común en el ámbito comunitario– entre despidos individuales y colectivos puede inclinar la balanza por uno u otro según el régimen jurídico. En la legislación americana, en que la

¹³⁷ ACEMOGLU, D. Y ANGRIST, J. D., “Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, 5, 2001.

¹³⁸ DOLADO, J. J.; JANSEN, M. Y JIMENO, J. F., “A positive analysis of targeted employment protection legislation”, *The BE Journal of Macroeconomics*, vol. 7, 1, 2007. En concreto, se refiere a la reforma española de 1997 (ver Capítulo II, epígrafe 4.3.2.E) que introdujo en Contrato de Fomento de la Contratación indefinida, con una indemnización inferior. Según sus estimaciones, esta medida supuso aproximadamente la reducción de un punto porcentual de desempleo, lo que no es excesivo dado el nivel de partida del 20%.

regla general es el despido libre o *at-will*, las limitaciones introducidas por la Ley de Derechos Civiles de 1991 (*Civil Rights Act*), que extendieron e hicieron explícita la legislación antidiscriminación para despidos colectivos autorizando la presentación de demandas incluyendo en la pretensión daños punitivos, desplazaron decisiones de reajuste hacia despidos colectivos, en los que acreditar la conducta discriminatoria hacia un trabajador concreto resulta más complicado¹³⁹. Por el contrario, en caso de que ambos despidos sean gravosos, si el procedimiento de despido colectivo tiene costes especialmente significativos (generalmente los derivados de retrasar la efectividad de la decisión por causa del procedimiento de negociación y, en su caso, autorización) puede desplazar despidos colectivos hacia otras formas de terminación, pactando indemnizaciones superiores con la pluralidad de trabajadores afectados.

2.2.- La temporalidad en el empleo como mecanismo de ajuste y la dualidad del mercado de trabajo

2.2.1.- Perspectiva general

En el desarrollo que se ha planteado hasta ahora en esta investigación se han tomado los costes del despido como una imposición legal al empresario, cuyas decisiones quedan limitadas a contratar o no contratar en las situaciones de crecimiento de su demanda, o de despedir o no despedir ante situaciones negativas. No obstante, la realidad es más compleja, y las legislaciones generalmente restringen la protección del empleo –al menos en su grado más intenso– al trabajo regular o estándar¹⁴⁰, posibilitando que el empleador eluda la regulación mediante el uso de determinadas formas contractuales, y siendo el ejemplo más común la contratación temporal. Este hecho supone la introducción de una distorsión adicional a la que eventualmente pudiera generar la existencia de costes de despido, especialmente si existen mecanismos que impiden la discriminación salarial entre unos y otros.

La existencia de un mercado dual, con elevadas tasas de temporalidad, supone en la práctica una menor resiliencia del mercado de trabajo, de modo que la reacción frente a un impacto negativo en el PIB tiene mucho mayor efecto sobre el nivel de desempleo: ante una situación adversa negativa los contratos temporales son fácilmente extinguidos o no renovados, mientras que los indefinidos, al tener un coste mayor asociado a su terminación, se mantienen en mayor medida¹⁴¹.

¹³⁹ OYER, P. Y SCHAEFER, S., “Layoffs and litigation”, *The Rand Journal of Economics*, 2000, pág. 357.

¹⁴⁰ Conforme a la definición de la Organización internacional del Trabajo, “empleados regulares son aquellos «empleados con contratos estables» ante quienes la organización empleadora es responsable por el pago de las cargas fiscales y de las contribuciones de la seguridad social y/o aquellos cuya relación contractual se rige por la legislación general del trabajo” (Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo, <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/class/icse.htm>)

¹⁴¹ OECD, *Chapter 2: What Makes Labour Markets Resilient During Recessions?*, Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), Paris, France, 2012, pág. 77.

El uso de formas de contratación flexibles, típicamente contratos temporales, guarda relación con los niveles de protección del empleo “estándar”, esto es, el contrato indefinido ordinario y a tiempo completo; cuanto mayor sea la rigidez de esta forma “normal” de contratar, mayor será la demanda de otras figuras, empleadas con el fin de eludir las restricciones que la legislación impone¹⁴². Políticamente, sin embargo, la introducción de políticas de flexibilidad en el margen, que mantengan la protección a los trabajadores ya contratados pero flexibilicen la tutela para quienes entren en la empresa, presenta sus ventajas: desde la perspectiva empresarial, permite conservar a los trabajadores con alta productividad al tiempo que facilita la “prueba” de los nuevos trabajadores, lo que potenciará la contratación, mientras que en el corto plazo los trabajadores no se verán especialmente perjudicados: los empleados mantienen su protección y los desempleados ven incrementada su posibilidad de ser contratados¹⁴³.

Desde un punto de vista microeconómico, esto es, centrandolo en el comportamiento de los agentes individuales, el empresario, a la hora de ampliar plantilla, dispone de la opción de escoger entre temporales con bajo coste de despido –aunque con otras desventajas como pérdida del capital humano específico y potencialmente menor productividad– e indefinidos, con plena protección legal. Adicionalmente, el empresario tiene fuertes incentivos a mantener la contratación temporal, con menores costes, de modo que el efecto esperado será un incremento de la rotación. Esto se debe a que se elevará el umbral de exigencia para mantener un trabajador como indefinido, pues no sólo tendrá que ser suficiente para mantener la rentabilidad de su puesto, sino que también se le exigirá que cubra el sobrecoste que supone frente a la alternativa de otro trabajador temporal.

Las consecuencias finales de la convivencia de un sistema de protección “fuerte” frente al despido con otro más flexible para los trabajadores en el nivel de entrada no están claras¹⁴⁴, por cuanto que facilita tanto la contratación en tiempos de bonanza como la extinción en momentos de crisis. Reforzando la idea del efecto ambiguo de la temporalidad, puede argumentarse que incentiva a las empresas a asumir mayores riesgos y diseñar empleos que, siempre que se encuentre al trabajador adecuado, serán más productivos al ser menos costoso probar las capacidades de cada uno mediante contratos temporales; por otra parte, los menores costes de los temporales favorecen la creación de puestos de trabajo de baja calidad (menores requisitos de formación de capital humano específico), lo que supone una pérdida de productividad

¹⁴² EMERSON, M., “Regulation or deregulation of the labour market”, cit., pág. 776.

¹⁴³ BLANCHARD, O. Y LANDIER, A., “The Perverse Effects of Partial Labour Market Reform: Fixed-Term Contracts in France”, *The Economic Journal*, vol. 112, 480, 2002, pág. F214.

¹⁴⁴ BENTOLILA, S. Y SAINT-PAUL, G., “The Macroeconomic Impact of Flexible Labor Contracts, with an Application to Spain”, *European Economic Review*, vol. 36, 5, 1992, pág. 1039.

media, con un incremento del nivel de desempleo y una reducción del bienestar agregado¹⁴⁵.

Desde un punto de vista opuesto, con modelizaciones diferentes, se ha llegado a la conclusión simétrica evaluando la eventual supresión de los contratos temporales, lo que supondría una reducción del desempleo¹⁴⁶. La explicación que se da –reflejada expresamente en el modelo– se relaciona con los flujos de entrada y salida. La eliminación de los contratos de trabajo temporales disminuye los pasos de la situación de trabajo a desempleo, y al suprimir el margen que las empresas tienen para ajustarse a los shocks negativos, mantendrán niveles más estables reduciéndose al menos el desempleo friccional. Al mismo tiempo, si todos los contratos son fijos tienen más valor para los trabajadores desempleados, aumentarán sus esfuerzos de búsqueda¹⁴⁷ y se darían posiblemente efectos positivos sobre la demanda agregada, especialmente en bienes de consumo duradero que por su elevado coste el trabajador no adquirirá si siente incertidumbre sobre su futuro laboral. Únicamente bajo salarios totalmente flexibles en los contratos de duración determinada cabría esperar la neutralización total de los potenciales efectos negativos que pudiera producir, en su caso, la existencia de los costes de despido¹⁴⁸.

Los sistemas jurídicos en los que conviven ambas clases de contratos tienden a configurar aquellos de duración determinada como mecanismo para atender necesidades temporales, mientras que los indefinidos están llamados formalmente a atender el funcionamiento ordinario y permanente de la empresa. Sin embargo, existe un cierto consenso en la literatura económica, que por otra parte refuerza la intuición generalizada, de que junto al uso para actividades puntuales y estacionales¹⁴⁹ existen al menos otros dos empleos de la contratación temporal: como mecanismo para prolongar la evaluación del trabajador antes de su contratación como indefinido por encima del periodo de prueba, y para disponer de un colchón de ajuste en caso de crisis que no suponga un coste elevado¹⁵⁰. El impacto del primero de estos dos tipos de

¹⁴⁵ La determinación de qué efecto es más intenso no es clara: mientras que algunos autores sostienen que la existencia de contratos temporales aumenta la productividad (ALONSO-BORREGO, C.; FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, J. Y GALDÓN-SÁNCHEZ, J. E., “Evaluating labor market reforms: a general equilibrium approach”, *NBER Working Paper*, 11519, 2005.) otros sostienen que la reduce (BLANCHARD, O. Y LANDIER, A., “The Perverse Effects of Partial Labour Market Reform”, cit.). Se ha señalado que si la brecha de costes entre fijos y temporales es demasiado elevada, incluso en épocas de crecimiento podría aumentar el desempleo, por la elevada rotación DOLADO, J. J. Y JIMENO, J. F., “Contratación temporal y costes de despido en España”, cit., pág. 16.

¹⁴⁶ ALONSO-BORREGO, C. ET AL., “Evaluating labor market reforms”, cit.

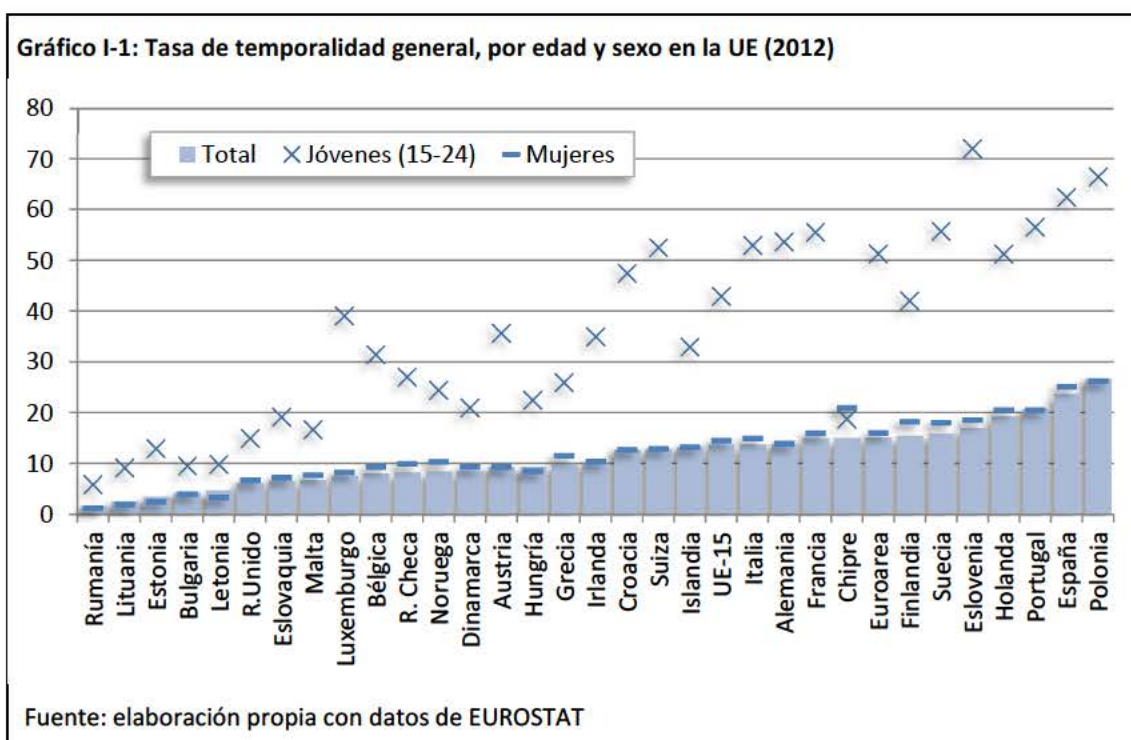
¹⁴⁷ *Ibid.*, pág. 4.

¹⁴⁸ GÜELL, M., “Fixed-term contracts and unemployment: An efficiency wage analysis”, *Industrial Relations Section Working Paper*, 433, 2000.

¹⁴⁹ Aun cuando algunos ordenamientos, como el español, disponen de figuras de contratación indefinida específicas para las necesidades cíclicas de la empresa. En las necesidades puntuales se incluyen tanto las que responden a picos de demanda o producción como las debidas a causas internas de la empresa, como puede ser una sustitución o la superación de algún problema que requiera más mano de obra.

¹⁵⁰ BOOTH, A. L.; FRANCESCONI, M. Y FRANK, J., “Temporary Jobs: Stepping Stones or Dead Ends?”, *The Economic Journal*, vol. 112, 480, 2002, pág. F192; DHYNE, E. Y MAHY, B., “Work organization, labour contracts and employment”, *International Journal of Manpower*, vol. 33, 3, 2012, pág. 253. Sin incluir la temporalidad

contratación temporal será relativamente limitado, pues aunque puede diferir el momento en que el trabajador comience a adquirir capital humano específico (esto es, útil sólo para esa empresa o industria, según los casos) se tratará sólo de una pérdida de eficiencia temporal. Por el contrario, la decisión de estructurar la plantilla en torno a dos grupos de trabajadores –un núcleo de indefinidos, con condiciones de trabajo bien concretadas y elevado nivel de cualificación o experiencia que les otorgan un alto valor, y un bloque de trabajadores “periféricos”, fácilmente reemplazables y con contratos de duración determinada– generará incentivos para alterar el propio proceso productivo de la empresa, dotando de mayor peso al grupo de temporales, que permiten un más sencillo ajuste a las vicisitudes del mercado¹⁵¹.



La contratación temporal, por otra parte, no afecta por igual a todos los trabajadores, sino que podría actuar como medida agravante de situaciones de desprotección o discriminación. Según muestra el Gráfico I-1, en el conjunto de los países de la UE la tasa de temporalidad de las trabajadoras es –con alguna excepción, sobre todo en países del este con baja temporalidad en general– algo superior para las mujeres que para el conjunto de la población, y la diferencia es notoria en lo referente a los jóvenes. La explicación teórica para la mayor incidencia de la temporalidad de las mujeres puede encontrarse una infravaloración de su productividad, que llevara a una subinversión en su formación (lo que supondría la existencia de un prejuicio) o simplemente en la mayor posibilidad –esta sí, observable–de que abandonen su

permanente, BOOTH, A. L.; DOLADO, J. J. Y FRANK, J., “Symposium on Temporary Work: Introduction”, *The Economic Journal*, vol. 112, 480, 2002, pág. 182.

¹⁵¹ DHYNE, E. Y MAHY, B., “Work organization, labour contracts and employment”, cit., pág. 254.

empleo por razones extralaborales (típicamente obligaciones familiares)¹⁵². Este hecho, haría menos rentable la inversión en su formación, con lo que el empresario estaría más interesado en ofrecerle trabajos en los que esta no sea necesaria, que son precisamente los cubiertos mediante formas contractuales de duración determinada.

La diferente incidencia en ciertos colectivos es especialmente relevante si se tiene en cuenta que la temporalidad no tiene consecuencias sólo en lo referente a la estabilidad del empleo. Los estudios muestran también como tienen menor satisfacción en el trabajo (conforme a las encuestas de apreciación subjetiva), como reciben menos formación y como reciben menores salarios, que en algunos casos determina también ingresos futuros menores¹⁵³. Además, dado que en caso de que algún shock requiera la reducción de la plantilla el empresario tomará la medida que menos costosa le resulta –prescindir de los trabajadores temporales– los que están bajo la protección de un contrato indefinido gozarán de mayor estabilidad que la que podrían esperar en un mercado de trabajo en el que no se permitiera el empleo temporal¹⁵⁴.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la preferencia empresarial por el empleo temporal como mecanismo de ajuste sólo existe cuando los costes laborales esperados de esta forma de empleo sean menores; si no existiera diferencia de costes, el empresario preferirá, con carácter general, dotar de estabilidad a su plantilla, dada la mayor adquisición de capital humano específico e integración de equipos.

2.2.2.- Efectos económicos de la temporalidad del trabajo en España

El gráfico presentado en el epígrafe anterior muestra unos niveles de temporalidad en España particularmente elevados: como se analiza en detalle en el Capítulo II, los datos actuales son incluso relativamente bajos si se comparan con nuestra historia reciente. Las reformas implementadas en las últimas décadas han tratado de reducir la dualidad del mercado de trabajo, lo que hace de España un escenario tristemente idóneo para el análisis de los efectos de la temporalidad, así como el que las reformas tienen sobre la misma. Aunque en este capítulo se está presentando un análisis genérico sobre los costes de despido, no ceñido a ningún modelo concreto, la abundancia de literatura sobre el caso español y el evidente interés que presenta en esta investigación, tanto desde el punto de vista analítico como el propositivo, justifican que se le preste especial atención.

¹⁵² BOOTH, A. L.; FRANCESCONI, M. Y FRANK, J., “Labour as a buffer: Do temporary workers suffer?”, *IZA Discussion Paper*, 673, 2002, pág. 19.

¹⁵³ Así, para Gran Bretaña se ha analizado que los hombres que comienzan en un trabajo de duración determinada sufren una reducción de sus ganancias esperadas en el largo plazo de hasta el 5%, efecto que no se produce en las mujeres, posiblemente por ser más frecuentes sus salidas voluntarias del mercado de trabajo. BOOTH, A. L. ET AL., “Temporary Jobs”, cit.

¹⁵⁴ SAINT-PAUL, G., *Dual labor markets: a macroeconomic perspective*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts) [etc.], 1996, pág. 92.

La flexibilización de la contratación temporal de los años 80 provocó un incremento notable de la rotación, como consecuencia lógica de la eliminación o reducción parcial de los costes despido para una parte importante de los trabajadores¹⁵⁵; comparando dos periodos de recesión, BENTOLILA Y DOLADO cuantifican el incremento de las demandas de trabajo sobre el total en un 91%, pasando de un 3,4% a principios de los 1980 a un 6,5% una década después. Este incremento de la rotación pudo tener, además un impacto negativo en la productividad en el largo plazo, debido a la menor inversión en capital humano y al menor grado de esfuerzo motivado por la certeza del despido en el contrato temporal¹⁵⁶. Por otra parte, los datos muestran que la introducción de contratos con costes de despidos más bajos tuvo más incidencia en el despido que en la contratación, aunque no lo suficiente para generar por sí mismo un nivel de empleo persistentemente más bajo¹⁵⁷.

Las consecuencias sobre los salarios de los trabajadores también fueron relevantes. A pesar de existir una prohibición expresa en la normativa, JIMENO Y TOHARIA, analizando las características observables de los trabajadores relacionadas con su productividad y el tipo de puesto ocupado, detectaron que los trabajadores temporales percibían salarios inferiores a los indefinidos, con una brecha de aproximadamente un 10%¹⁵⁸, que se sumaba al hecho de la menor estabilidad y menor indemnización en caso de despido. Esta diferencia, contraria al valor que para el trabajador tiene cada puesto –si la estabilidad es mayor el trabajador aceptará una menor retribución– se explica por la capacidad de negociación de unos y otros: los negociadores de salarios representan principalmente a los permanentes, y con un nivel suficientemente alto de trabajadores temporales en las áreas de la empresa más sensibles al ajuste ante un shock negativo pueden presionar los salarios al alza para las áreas ocupadas por indefinidos¹⁵⁹. Este hecho puede provocar que en determinados momentos de recesión, el ajuste se produzca sobre trabajadores indefinidos y no sobre temporales, pese a ser mayor el coste de despido de estos últimos: si la diferencia salarial con los temporales no se ajusta a las diferencias de productividad y el shock se prevé duradero, al empresario le compensará prescindir de los permanentes¹⁶⁰.

¹⁵⁵ BENTOLILA, S. Y SAINT-PAUL, G., “The Macroeconomic Impact of Flexible Labor Contracts, with an Application to Spain”, cit., pág. 1015; CABRALES, A. Y HOPENHAYN, H. A., “Labor-market flexibility and aggregate employment volatility”, cit.

¹⁵⁶ BENTOLILA, S. Y DOLADO, J. J., “Labour Flexibility and Wages: Lessons from Spain”, *Economic Policy: A European Forum*, vol. 9, 18, 1994, pág. 69.

¹⁵⁷ BENTOLILA, S. Y SAINT-PAUL, G., “The Macroeconomic Impact of Flexible Labor Contracts, with an Application to Spain”, cit., pág. 1039.

¹⁵⁸ JIMENO SERRANO, J. F. Y TOHARIA, L., “The Effects of Fixed-Term Employment on Wages: Theory and Evidence from Spain”, *Investigaciones Económicas*, vol. 17, 3, 1993.

¹⁵⁹ BENTOLILA, S. Y DOLADO, J. J., “Labour Flexibility and Wages”, cit., pág. 73.

¹⁶⁰ Esta explicación es la que se dio, como hipótesis, al mayor impacto que la EPA reflejó en empleo indefinido frente al temporal en la recesión de los años 90, según BENTOLILA, S. Y DOLADO, J. J., “La contratación temporal y sus efectos sobre la competitividad”, *Papeles de Economía Española*, vol. 56, 1993, pág. 117.

En un estudio más detallado ya entrado este siglo, DE LA RICA¹⁶¹ indica que la diferencia de salarios entre trabajadores temporales e indefinidos alcanza el 22%, estando algo más de la mitad explicada por su menor cualificación y por tratarse de puestos menos productivos. La diferencia no explicada es similar a la ofrecida por JIMENO Y TOHARIA una década antes (un 9%), destacando además que es notablemente más elevada para los hombres (11%) que para las mujeres (4%). DOLADO ET AL muestran, además, que la dualidad del mercado de trabajo amplió el rango de los salarios de los trabajadores permanentes, de modo que un incremento de un punto porcentual aumenta la tasa de crecimiento de la retribución de los indefinidos en tres décimas¹⁶².

Con ello, se refuerzan las intuiciones planteadas en el epígrafe anterior: los contratos de trabajo de duración determinada son destinados a puestos de menor productividad y ocupados por trabajadores de menos cualificación, lo que los hace fácilmente sustituibles, al tiempo que permite una diferenciación salarial en su perjuicio. Adicionalmente, la creación de dos colectivos tan claramente diferenciados genera una particular cautela en el empresario a la hora de celebrar un contrato indefinido: el trabajador será juzgado con más rigor, pues el coste de oportunidad de sustituir un temporal por un indefinido no es pequeño¹⁶³. Como consecuencia de ello, los trabajadores menos productivos se verán atrapados en una suerte de trampa de temporalidad en la que su falta de cualificación les obstaculiza la consecución de estabilidad y su temporalidad no favorece la adquisición de capital humano.

Las consecuencias de ello son claramente perjudiciales: reciben menos formación (25% de los temporales frente al 77% de los indefinidos, la mayor diferencia de Europa), tienen una probabilidad un 49% mayor de sufrir accidentes laborales¹⁶⁴ y, en general, están menos satisfechos con su puesto de trabajo y las oportunidades que les brinda¹⁶⁵. Además, las restricciones a la duración máxima de los contratos temporales –potenciadas por la conversión *ex lege* en indefinidos de los trabajadores que concatenen varios contratos temporales¹⁶⁶– refuerzan la rotación, con los consiguientes efectos negativos antes descritos: mayor paro friccional, con los

¹⁶¹ DE LA RICA, S. DE LA, “Wage gaps between workers with indefinite and fixed-term contracts: The impact of firm and occupational segregation”, *DFAE-II WP Series*, 6, 2003.

¹⁶² DOLADO, J. J.; GARCÍA-SERRANO, C. Y JIMENO, J. F., “Drawing Lessons from the Boom of Temporary Jobs in Spain”, *The Economic Journal*, vol. 112, 480, 2002.

¹⁶³ ALBA-RAMÍREZ, A., “How temporary is temporary employment in Spain?”, *Journal of Labor Research*, vol. 19, 4, 1998, págs. 707-708.

¹⁶⁴ En este caso, es evidente que la correlación no implica causalidad. La mayor probabilidad se explica por el tipo de puestos que ocupan y la experiencia de los trabajadores, entre otras características personales: la reducción de la temporalidad por sí misma no reduciría la siniestralidad –más que por el efecto indirecto de la mayor duración de los contratos y su impacto en la formación y experiencia de los trabajadores– pero sí que potencialmente generaría un reparto más equitativo de los riesgos.

¹⁶⁵ TOHARIA, L. (DIR) ET AL., *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, MTAS, 2005, cap. IV.

¹⁶⁶ De acuerdo con el art. 15.5 ET. Ver más adelante, en el Capítulo II.- 4.2.1.-C.-“Presunciones iuris tantum y iuris et de iure del carácter indefinido del contrato”.

consiguientes costes en prestaciones por desempleo¹⁶⁷, lo que a su vez merma los presupuestos disponibles para la realización de políticas activas de empleo¹⁶⁸.

La evidencia del caso español sirve para demostrar que la flexibilización en los márgenes, la introducción de figuras contractuales menos protectoras del empleo para los nuevos contratados, manteniendo los elevados costes del despido, no es equivalente a la reducción proporcional de la indemnización para todos los trabajadores¹⁶⁹.

El camino contrario, la lucha por reducir la dualidad, refuerza estas conclusiones. La reforma de 1997, que introdujo el CFCI, con menores costes de indemnización esperados¹⁷⁰, reduciendo para estos la diferencia de coste con los contratos temporales –y estableciendo un diferencial positivo respecto de los contratos indefinidos ordinarios–, pudo tener un efecto positivo en la búsqueda de empleo de los jóvenes de hasta un 22% en el caso de los varones, aunque muy limitado en el caso de las mujeres de esta edad¹⁷¹. Es decir, la flexibilización en los márgenes tiene, por tanto, un mayor impacto en los jóvenes, y específicamente en los varones, pero produce importantes distorsiones, sin resolver los potenciales problemas que los costes de despido pudieran generar.

Debe destacarse, por último, que la situación de los trabajadores temporales tiene cierta tendencia a persistir, o lo que es lo mismo, un porcentaje muy reducido de quienes entran en el mercado con relaciones de duración determinada logran la conversión en indefinidos. El descenso de la tasa de conversión, medido a través de la explotación de la EPA, a lo largo de la década siguiente a 1987 (cuando los datos comienzan a estar disponibles) es notable: pasa del 18% al 6%, elevándose ligeramente después¹⁷². Además, existen importantes diferencias por sexos, lo que refuerza la idea de que la temporalidad no perjudica por igual a todos los colectivos¹⁷³.

Los resultados presentados muestran que la introducción en España de un mercado de trabajo dual, en el que los costes de despido son muy distintos para unos y para otros, al margen de no tener un efecto positivo sobre el empleo respecto a la situación de partida, tiene importantes efectos colaterales negativos: fuerte incremento del carácter procíclico del empleo –que fluctúa un 21% más de lo que lo

¹⁶⁷ En un sentido similar, BENTOLILA, S. Y DOLADO, J. J., “La contratación temporal y sus efectos sobre la competitividad”, cit., págs. 118-119.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pág. 125.

¹⁶⁹ KUGLER, A.; JIMENO, J. F. Y HERNANZ, V., “Employment consequences of restrictive permanent contracts: evidence from Spanish labour market reforms”, *FEDEA, Documentos de trabajo*, vol. 2003-14, 2003, pág. 1.

¹⁷⁰ Ver Capítulo III, epígrafe 3.3.2-E

¹⁷¹ KUGLER, A. ET AL., “Employment consequences of restrictive permanent contracts”, cit., pág. 18.

¹⁷² GÜELL, M. Y PETRONGOLO, B., “How binding are legal limits? Transitions from temporary to permanent work in Spain”, *Labour Economics*, vol. 14, 2, 2007, págs. 162-163.

¹⁷³ *Ibid.*, pág. 173 y ss.

haría en una economía sin dualidad con los mismos costes de despido en promedio¹⁷⁴— y de la rotación, inequidades en la distribución de la renta, polarización del empleo de larga duración, etc.

3.- ELEMENTOS JURÍDICOS Y ELEMENTOS ECONÓMICOS NECESARIOS PARA UNA CONCEPCIÓN INTEGRAL DEL DESPIDO

3.1.- Un debate previo: la medición de los costes de despido

La exposición de los epígrafes anteriores deja claro que los efectos de una u otra opción normativa, en relación a los costes directos e indirectos de la extinción del contrato de trabajo, se desenvuelven en diferentes ámbitos. Así, aunque no existe consenso entre los economistas y la evidencia empírica no ofrece resultados concluyentes sobre el impacto de la regulación del despido sobre los niveles de desempleo, sí que se dan implicaciones claras en otras variables como el nivel de esfuerzo de los trabajadores, los niveles de consumo, la productividad de la empresa o la inversión en capital humano e innovación.

La comparación internacional de los niveles de rigidez del empleo es un argumento frecuentemente citado en ámbitos políticos e incluso periodísticos para justificar la implantación de reformas laborales, si bien debe señalarse que estas evaluaciones entre países presentan importantes dificultades. Muchos de los aspectos de la protección del trabajador frente al despido son cualitativos, de modo que los indicadores únicamente basados en factores numéricos son ciertamente incompletos. El marco institucional que sea de aplicación a una renegociación salarial o los procedimientos que deban seguirse para afectar o terminar la relación de trabajo tendrán, por tanto, una importancia capital.¹⁷⁵

No es extraño, por ello, que no exista un concepto técnico-económico generalizado de costes de despido, ni tampoco que las agencias internacionales no hayan establecido una definición precisa de qué conceptos deben entenderse incluidos, cuáles no, y de qué manera deben computarse las restricciones cualitativas¹⁷⁶. Todo ello, unido a las divergencias entre sistemas de relaciones laborales —incluyendo aspectos extrajurídicos— dificulta enormemente la generalización de los resultados de los estudios.

Este problema se agrava si se tienen en cuenta los problemas de medición: aun cuando se haga referencia al mismo parámetro (por ejemplo, indemnización abonada) no siempre será posible conocer con exactitud cuál es, y lo que es más importante,

¹⁷⁴ COSTAIN, J.; JIMENO, J. F.; THOMAS, C. Y DE ESPAÑA, B., “Employment fluctuations in a dual labor market”, *Banco de España, Working Paper*, vol. 1013, 2010.

¹⁷⁵ BERTOLA, G. ET AL., “Employment protection in industrialized countries”, cit., pág. 65.

¹⁷⁶ FREYENS, B. P., “Measuring Firing Costs: The Case for Direct Methods”, *International Labour Review*, vol. 149, 3, 2010, pág. 291.

difícilmente podrán realizarse comparaciones entre diferentes economías. Así, en el amplio análisis de países de la OCDE elaborado por BERTOLA ET AL. se explica cómo la elección de las estadísticas judiciales o arbitrales públicas como parámetro de evaluación de los despidos, que a priori pudiera parecer una buena forma de aproximarse al problema, puede conducir a errores. Ello se explica porque no en todos los ordenamientos existen los mismos incentivos a litigar –es paradigmático el papel que la conciliación administrativa ha jugado en España en relación a los salarios de tramitación– e incluso por la existencia de mecanismos de negociación preceptivos pero privados, como puede ser la consulta al comité de empresa, que pueden distorsionar los resultados del análisis¹⁷⁷. Las encuestas a empresarios y trabajadores podrían solucionar este problema, pues al margen de su elevado coste, pueden configurarse para salvar las diferencias entre sistemas, como ocurre con la Encuesta de Población Activa (*Labour Force survey*) en el ámbito de Eurostat. Sin embargo, al margen de que no existe un trabajo de campo semejante en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo, pueden presentarse problemas de percepción y exactitud en las respuestas.

Los intentos de creación de un índice omnicompreensivo son, por tanto, comprensibles, pero de difícil realización. La práctica de las relaciones laborales determinará la existencia de factores que alteren notablemente el régimen de despido y sus consecuencias; por otra parte, cada uno de los aspectos de la regulación del despido produce, según se ha visto en las páginas anteriores, efectos diferenciados, y en ocasiones en direcciones opuestas. La existencia de otras instituciones (protección por desempleo, negociación colectiva) a su vez pueden matizar o incluso cambiar el signo del impacto que determinada medida de tutela del trabajador pueda tener. Incluso el propio rigor con que se exija el cumplimiento de la normativa podrá ser esencial para determinar el efecto que la legislación de protección del empleo tiene en el mercado de trabajo¹⁷⁸.

La convivencia en un mismo sistema jurídico de diversas clases de terminación del contrato, con diferentes costes asociados, supone una dificultad añadida que provoca efectos engañosos a la hora de elaborar índices sintéticos que califiquen la rigidez o flexibilidad de ajuste cuantitativo de una economía¹⁷⁹. La elaboración de cualquier indicador, por complejo que sea en su formalización, siempre tendrá problemas para reflejar los matices y la mayor importancia de unos elementos u otros en cada concreto sistema de relaciones laborales.

¹⁷⁷ BERTOLA, G.; BOERI, T. Y CAZES, S., *Employment protection and labour market adjustment in OECD countries: evolving institutions and variable enforcement*, Internat. Labour Office, Employment and Training Department, Geneva, 1999, pág. 19 y ss.

¹⁷⁸ ALLARD, G., “Measuring job security over time: in search of a historical indicator for EPL (Employment Protection Legislation)”, 2007, pág. 4.

¹⁷⁹ En este sentido, ver el prólogo de GEK-BOO NG a BERTOLA, G. ET AL., *Employment protection and labour market adjustment in OECD countries*, cit.

Al margen de estas salvedades, posiblemente el mayor esfuerzo por la elaboración de un índice de protección del empleo es el realizado en el estudio anual de la OCDE correspondiente al año 1999¹⁸⁰ y replicado después¹⁸¹, cuya relevancia además es innegable, pues sirve de referencia para otros estudios de organismos internacionales e incluso para las recomendaciones que se emiten para cada país. El propio organismo reconoce las limitaciones de su estudio, pues señala expresamente que, en la construcción de su índice de restricciones al empleo, se enfrenta a graves dificultades por la naturaleza multidimensional de la regulación jurídico laboral y al hecho de que la información disponible a menudo es ambigua¹⁸². Las variables recogidas son, por tanto, de naturalezas diferentes, y la diversidad de regulaciones les lleva a estandarizar los grados de protección en distintas escalas (sobre un máximo de seis, según los casos, o en ocasiones simplemente sí o no). Es significativo que en la última versión del informe sobre el estado global del empleo, publicado en 2013, se reconoce expresamente que con el indicador utilizado hasta 2008 las resoluciones judiciales y los acuerdos colectivos sólo ocasionalmente se incorporaban al análisis, lo que lleva al organismo a afirmar que “no podía garantizarse un grado adecuado de comparación de los indicadores entre países sobre los cuales realizar recomendaciones significativas”¹⁸³. No obstante, debe matizarse que el resultado agregado no varía en grandes cantidades: únicamente en 10 países de los 33 analizados la diferencia en el índice agregado es de más de dos décimas (que es el 10% del índice conjunto para la OCDE). En el concreto caso de España, para el índice de 2008 se revisaron diez de los 21 indicadores

La OCDE elabora un indicador complejo, que incluye tres subíndices diferentes, que se descomponen en un total de veintiún parámetros¹⁸⁴, todos ellos ponderados con criterios poco explicados e iguales para todos los países: el de los trabajadores regulares o permanentes, el de los trabajadores contratados por tiempo determinado o a través de agencias de empleo y por último las disposiciones relativas al despido colectivo. El análisis del empleo indefinido se valora a través de tres amplias áreas; la primera es la que agrupa las dificultades procedimentales para llevar a cabo el despido, valorando el procedimiento (de cero a tres) y el tiempo que debe transcurrir hasta que pueda comenzar el plazo de preaviso en atención a las formalidades que deben llevarse a cabo, asignando un valor de hasta seis puntos.

¹⁸⁰ OECD, *OECD Employment Outlook 1999*, Organization for Economic Cooperation & Development, Washington, 1999, cap. 2. Este se inspira, a su vez, en los indicadores descritos seis años antes en GRUBB, D. Y WELLS, W., “Employment regulation and patterns of work in EC countries”, *OECD Economic studies*, 1993.

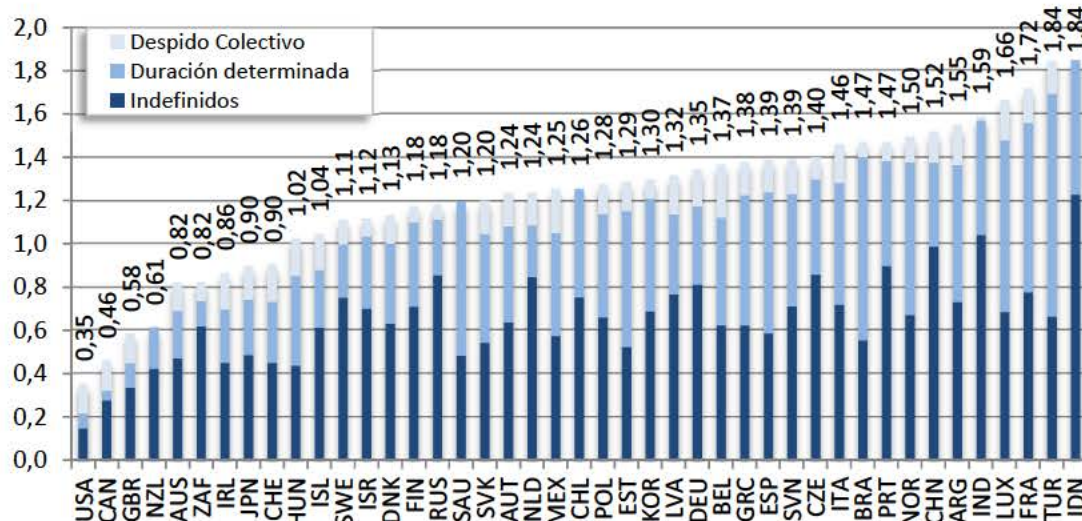
¹⁸¹ OECD, *OECD employment outlook: 2004.*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2004, cap. 2; *OECD Employment Outlook 2013.*, Organization for Economic Cooperation & Development, París, 2013, cap. 2.

¹⁸² OECD, *OECD Employment Outlook 1999*, cit., pág. 51.

¹⁸³ Traducción propia del documento OECD, *OECD Employment Outlook 2013.*, cit., pág. 76.

¹⁸⁴ Las escalas se ajustan en los diferentes estudios; se describe aquí la más reciente, que es la revisión de 2009 publicada en VENN, D., *Legislation, collective bargaining and enforcement: Updating the OECD employment protection indicators*, OECD, 2009, págs. 39-43.

Gráfico I-2: Índice de protección al empleo de la OCDE



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de protección al empleo de la OCDE¹⁸⁵

Leyenda: USA= Estados Unidos; CAN= Canadá; GBR= R.Unido; NZL= N. Zelanda; AUS= Australia; ZAF= Sudáfrica; IRL= Irlanda; JPN= Japón; CHE= Suiza; HUN= Hungría; ISL= Islandia; SWE= Suecia; ISR= Israel; DNK= Dinamarca; FIN= Finlandia; RUS= Rusia; SAU= Arabia Saudi; SVK= Eslovaquia; AUT= Austria; NLD= Holanda; MEX= México; CHL= Chile; POL= Polonia; EST= Estonia; KOR= Corea; LVA= Letonia; DEU= Alemania; BEL= Bélgica; GRC= Grecia; ESP= España; SVN= Eslovenia; CZE= R. Checa; ITA= Italia; BRA= Brasil; PRT= Portugal; NOR= Noruega; CHN= China; ARG= Argentina; IND= India; LUX= Luxemburgo; FRA= Francia; TUR= Turquía; IDN= Indonesia.

Dentro de la evaluación del empleo indefinido, la segunda de las áreas es la que constituyen el preaviso y la indemnización por despido procedente, evaluadas cada una de ellas a los nueve meses de comenzar la relación laboral, a los cuatro y a los veinte años, dando mayor importancia a las indemnizaciones que a los periodos de preaviso¹⁸⁶.

En tercer y último lugar, el índice de protección del empleo de los trabajadores permanentes se calcula atendiendo a la dificultad para despedir, que se desagrega en cinco puntos, a cada uno de los cuales se atribuye la misma importancia. Así, se atiende a la definición de despido procedente o justificado, penalizando la valoración de consideraciones extralaborales como la antigüedad o la edad del trabajador o la obligación de intentar la conservación del empleo mediante formación o movilidad funcional. También se toma en cuenta el periodo de prueba, los pagos adicionales a la indemnización (lucro cesante, daños psicológicos...), la obligación de readmisión o el plazo de prescripción de la acción del trabajador.

El índice de protección de los trabajadores no permanentes se calcula ponderando a partes iguales las "rigideces" relativas a los trabajadores temporales y las que afectan a los cedidos por agencias de empleo temporal. Para los primeros se valora, por una parte, la regulación de la causalidad de la contratación temporal, y por otra los indicadores relativos al máximo número de contratos que pueden concatenarse y la duración máxima de la suma de

¹⁸⁵ Los datos se toman de <http://www.oecd.org/els/emp/EPL-Figure2013.xlsx>; la reponderación se ha realizado conforme al índice corregido conforme se publicó en VENN, D., *Legislation, collective bargaining and enforcement*, cit.

¹⁸⁶ En concreto, los plazos de preaviso se computan con una importancia de tres cuartas partes respecto de la indemnización, o lo que es lo mismo, estos pagos tienen un tercio más de valor a la hora de determinar el impacto en el índice final.

ellos que se permite. Para las agencias de trabajo temporal, junto a estos criterios se valoran la necesidad de autorización previa y la obligación de rendir cuentas, así como la exigencia de igualdad de trato a los trabajadores cedidos respecto a los de la empresa en la que prestan servicios.

Por último, la tercera pata del indicador agregado lo constituye el análisis de los despidos colectivos, para los que se emplean los cuatro criterios restantes: definición de los mismos en relación al despido individual (ponderando según el número de extinciones requerido para que sea de aplicación el régimen de despido colectivo), las notificaciones y los retrasos adicionales que implica esta forma de terminación plural de contratos de trabajo, y el indicador para los costes adicionales.

Para la construcción del índice agregado que usa la OCDE se pondera cada una de estas áreas, de modo que a los despidos individuales y los contratos temporales se les asigna un peso de cinco doceavos, dejando los dos restantes para los despidos colectivos. Puede apreciarse que el peso atribuido a cada uno de los factores es casi arbitrario, e igual para todos los países, aun cuando las restantes instituciones del mercado de trabajo harán que sean distintas en cada caso las variables que más afectan, generando esas supuestas rigideces. La parametrización que se realiza, atribuyendo un valor numérico a cada uno de los grados de rigidez, incluso transformando en escalas discretas¹⁸⁷ las cantidades debidas o los plazos fijados por las normas, pueden introducir importantes distorsiones.

No quiere decirse que este índice sea inútil, ni mucho menos, pero sí que deben valorarse con cautela sus resultados, y que no puede ser el único elemento para establecer alternativas de regulación. Puede criticarse también a esta forma de medir el despido el hecho de que se ignoren las posibles externalidades que justificarían, conforme a los modelos expuestos más arriba¹⁸⁸, que lógicamente no tienen por qué ser las mismas en todas las economías ni afectar en la misma medida.

Por otra parte, resulta claro que los índices cualitativos, cualquiera que sea su forma de construcción —y en el caso del de la OCDE es ciertamente muy completo— ignoran un aspecto esencial del objeto de la regulación: el despido no puede tratarse sólo como una magnitud abstracta, pues afecta a sujetos, empresarios y trabajadores, cuyos intereses y derechos son dignos de tutela. Si la regulación del despido es, como se plantea en el Capítulo III de esta investigación, la solución de equilibrio entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa, el análisis no puede limitarse a las restricciones que sufre esta última, aunque tampoco pueden ser ignoradas.

3.2.- El derecho del trabajo como motor del cambio económico

Desde los años setenta del siglo pasado, como se desarrollará ampliamente en el Capítulo II, el régimen jurídico del despido ha sufrido en España innumerables reformas que expresa o implícitamente han tenido como objetivo mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y, fundamentalmente, reducir los niveles de desempleo, la tasa de temporalidad o ambas variables al mismo tiempo. Esta tendencia no es, por otra

¹⁸⁷ Debe tenerse en cuenta que los índices que reflejan el impacto de la indemnización se transforman en un número entre cero y seis, atendiendo al número de meses de salario; análoga operación se realiza para otras cantidades monetarias o los plazos de preaviso, negociación o prescripción.

¹⁸⁸ Vid. supra Capítulo I.- 1.2.3.-

parte, un fenómeno puramente doméstico, sino que, con particular intensidad desde los años noventa del siglo pasado, ha existido en las últimas décadas una importante presión para relajar la legislación de protección del empleo a lo largo de toda la OCDE¹⁸⁹.

Este planteamiento supone una progresiva “economización” del derecho laboral, una concepción de la regulación normativa como un instrumento subordinado al buen funcionamiento del mercado de trabajo que, a su vez, está al servicio de la organización productiva¹⁹⁰. Esta perspectiva es una tendencia cierta y cuya existencia resulta difícilmente objetable –sin que ello implique que deba considerarse por ello acertada o errónea–, dado que expresamente el propio legislador atiende, a modo de declaración de intenciones en las propias exposiciones de motivos de las normas que han regulado el despido, a razones puramente económicas. Salvo contadas excepciones, los cambios en el régimen jurídico del despido en los últimos cuarenta años, tal y como se recoge en el Capítulo II, no responden a la necesidad de mejorar técnicamente la forma y causas de extinción del contrato, sino de adaptarlo a las necesidades coyunturales de la economía.

El legislador (y, como se verá en el Capítulo V, también ciertos organismos internacionales y nacionales) parecen tener una fe ciega en el Derecho del trabajo como herramienta para solucionar los problemas de la economía; la confianza en la eficacia del marco jurídico institucional se convierte así en una suerte de *fetichismo jurídico*¹⁹¹, atribuyéndose a la ley laboral un poder casi mágico para solucionar por sí misma la práctica totalidad de los problemas que sufre el mercado de trabajo.

Al tiempo que el legislador depositaba sus esperanzas en una regulación más flexible del despido –y sin que sea posible determinar qué es causa y qué es efecto, mientras calaba en la sociedad que la reducción de costes de extinción era el precio que había que pagar inevitablemente para reducir el elevado desempleo que cíclicamente ha azotado la economía española– se ha producido en el ámbito de la práctica jurídica la consolidación del despido libre, siempre que se pague el precio marcado por la ley. Pese a la conveniencia desde la perspectiva jurídica de que el despido sea causal, como base misma del Derecho del Trabajo¹⁹², lo cierto es que, salvo los casos tasados de nulidad de la decisión extintiva, el empresario puede dar por

¹⁸⁹ FREYENS, B. P., “Measuring Firing Costs”, cit., pág. 290.

¹⁹⁰ PÉREZ REY, J., “Derecho y Mercado de Trabajo: Evolución y contextualización en el escenario económico actual”, cit., pág. 12.

¹⁹¹ En expresión de MONEREO PÉREZ, J. L., “La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la «Reforma del mercado de trabajo»: La normativa sobre despidos colectivos”, en José Luis Monereo Pérez (dir.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996 (Monográfica ; Derecho), pág. 385.

¹⁹² Una exposición argumentada de los motivos que justifican que en un modelo ideal el despido fuera estrictamente causal puede encontrarse en GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 35 y ss. En general, debe tenerse en cuenta que sin costes disuasorios de despido, en un contexto de desempleo elevado, la capacidad de negociación del trabajador es prácticamente nula.

terminada la relación laboral en cualquier momento sin más requisito que el abono de la cantidad prefijada por la ley.

La importancia de la regulación no radica sólo en su contenido, en qué coste impone al despido para determinados supuestos o contratos, sino que la técnica legislativa juega un papel crucial. La rigidez o flexibilidad de una normativa no puede medirse sólo por el número de días de salario que recibe un trabajador que es despedido, sino que la propia complejidad de la normativa (procedimientos, definición de las causas) puede tener un efecto muy relevante en la conducta de las empresas¹⁹³. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la legislación en materia de terminación del contrato de trabajo no opera aisladamente. Sus efectos dependen de las alternativas legales de las que disponga el empresario para reorganizar su empresa. En este sentido, como se verá en el Capítulo II, el legislador ha tratado, sobre todo en los últimos años con motivo de la crisis financiera global, de potenciar las medidas alternativas al despido, o al menos de ofrecer un catálogo de opciones disponibles.

No obstante, una visión integral no puede obviar los componentes de psicología social que se dan en las relaciones laborales; la modificación de condiciones de trabajo, la reducción salarial o la reducción del tiempo de trabajo, aun cuando pudieran bastar para hacer frente a una situación de crisis, a menudo son difíciles de implantar – además de por los trámites o restricciones que pueda proceder de la legislación– por factores extrajurídicos y relacionados con problemas de racionalidad limitada. Los argumentos ofrecidos por los empresarios para preferir los despidos a la reducción salarial son diversos: en los casos en que la medida se dirige a un colectivo dentro de la empresa, se teme que los trabajadores lo valoren como una medida arbitraria o que simplemente les minusvalora, lo que repercutirá en sus niveles de compromiso y esfuerzo; la existencia de economías próximas a la subsistencia, con gran parte del salario destinado al pago de productos de consumo duradero financiados, hace que una reducción en la nómina tenga un coste personal elevado, por el impago de hipotecas u otros préstamos personales. En este caso, los trabajadores preferirán que la medida se concentre en unos pocos (perdiendo su empleo), pues la alternativa es perjudicial para todos¹⁹⁴.

Los análisis que se realizan de las reformas laborales, tanto desde el ámbito del derecho del trabajo como sobre todo desde la perspectiva económica, tienden a tomar una perspectiva relativamente simplificada de la norma, considerando los efectos que en el mercado ha de tener el cumplimiento de la misma. Sin embargo –aunque cada vez son más las excepciones–, a menudo se ignora la interacción entre los distintos tipos de contrato establecidos en la legislación, sin tomar en consideración que

¹⁹³ BERTOLA, G. ET AL., “Employment protection in industrialized countries”, cit., pág. 58.

¹⁹⁴ BEWLEY, T. F., *Why wages don't fall during a recession*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, cap. 11.

empresarios y trabajadores actuarán estratégicamente para obtener el resultado más acorde a sus intereses¹⁹⁵. En este sentido, algunos autores como MALO OCAÑA han planteado con acierto el proceso de despido como una negociación, en el que la regulación ofrece una asignación de poderes y facultades, de mínimos y máximos, que los agentes utilizan para logra el resultado que más les conviene según el poder de negociación que les atribuye la ley¹⁹⁶.

El valor del cumplimiento de la ley es un parámetro que los juristas a menudo toman en cuenta, casi siempre de forma implícita, y que desde la perspectiva económica suele ignorarse, posiblemente por la dificultad de su medición. Sin embargo, resulta difícil negar que el ciudadano percibe un cierto malestar cuando observa que determinadas normas son ignoradas, malestar que va más allá de del perjuicio que directamente pueda sufrir: el carácter democrático de las leyes hace que el despido que se produce sin que concurren las causas previstas por la ley, aunque se cumpla la sanción establecida en la misma –abono de la indemnización correspondiente– se configure como una vulneración de la voluntad popular, posiblemente percibida más negativamente por cuanto que supone el triunfo del que se presume fuerte –el empresario– sobre el débil –el trabajador asalariado–, aun cuando las relaciones laborales no puedan reducirse a un esquema tan simple. Pero el desagrado del jurista por el cumplimiento de la norma no se queda ahí: también es contrario a derecho que el empresario abone –ya voluntariamente, ya por resolución judicial que se lo imponga– las indemnizaciones previstas para el caso de la improcedencia en supuestos en que sí concurre causa. La justicia material se ve atacada cuando, por evitar los costes de un proceso de resultado incierto, el empresario prefiere reconocer la improcedencia que defender la decisión que ha adoptado sin que concorra arbitrariedad alguna y atendiendo al interés de su empresa: no es el resultado querido por el legislador que, en ese caso, se abone la misma sanción que en el supuesto de verdadera arbitrariedad o simple animadversión del empresario hacia el trabajador.

La regulación del despido tiene ante sí, por tanto, una difícil tarea: la de conjugar los innumerables elementos presentes en las relaciones laborales con los del mercado de trabajo, estableciendo no sólo una regulación que atienda de manera equilibrada a los diferentes intereses en juego, sin perder por ello una sencillez que permita su correcta aplicación¹⁹⁷, sino también un sistema eficiente desde la perspectiva económica. El Derecho del Trabajo debe ser, al mismo tiempo, consciente de sus

¹⁹⁵ GARCÍA-MARTÍNEZ, P. Y MALO, M. Á., “The strategic use of dismissal legislation: an empirical analysis using Spanish data”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 23, 2, 2007, págs. 151-152.

¹⁹⁶ MALO OCAÑA, M. Á., *Las indemnizaciones por despido*, cit.; el mismo autor también en *Costes de despido y creación de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 1999.

¹⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “La regulación del despido: funciones y articulación jurídica”, en Valeriano Gómez (dir.), *La reforma laboral en España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, pág. 35.

límites: los agentes afectados, como en cualquier otra normativa, no se comportarán como la norma les ordena, sino como mejor convenga a sus intereses en función de lo que marca la ley: el funcionamiento efectivo del mercado de trabajo vendrá determinado por los incentivos y desincentivos que los individuos perciban de la ley, y si no se tiene en cuenta esto es posible que no sólo no se alcancen los objetivos del legislador, sino que los efectos de la normativa sean precisamente los opuestos. Así, la formulación de cualquier regulación sobre el despido debe establecer con claridad cuáles son sus objetivos, cuáles son los límites que no debe traspasar, y a partir de ahí, conociendo adecuadamente la realidad y el contexto jurídico social sobre el que va a aplicarse, establecer sus mandatos y los incentivos adecuados para su cumplimiento.

Capítulo II.- LÓGICA EVOLUTIVA DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.- DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA A LA ECONÓMICA: OCHENTA AÑOS DE EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.1.- La tardía regulación del despido como mecanismo de protección del trabajador.

Las primeras manifestaciones de regulación de la extinción del contrato de trabajo a instancias del empleador pueden remontarse al Siglo XIII –en el Fuero Viejo se encuentra, en palabras de HOSTENCH, “el *ius in initium* de los principios que informan la ciencia del Derecho del Trabajo”¹, en referencia a la regulación de los “*mancebos cojidos a plazo*”²–, dónde ya se plantea la relación de trabajo entre hombres libres. Sin embargo, la concepción de la extinción del contrato está vinculada aún a una perspectiva netamente contractualista, en la que el trabajo no tiene valor en sí mismo: el derecho no protege particularmente a una de las partes, sino el mero cumplimiento de los derechos y obligaciones que nacen del vínculo contractual. Evidentemente, tampoco hay incidencia de la política económica en la regulación de la terminación del contrato, que en este sentido no tiene una especial significación en este momento.

El lento pero progresivo desarrollo económico de España, con la modernización agraria y las sucesivas desamortizaciones, unidas al tardío proceso de industrialización³

¹ HOSTENCH, F., *El Derecho del despido en el contrato de trabajo*, cit., pág. 69.

² Ortografía original

³ CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, Crítica, Barcelona, 2003, págs. 98-100.

y a la concentración de tierras en grandes latifundios supusieron que la mayor parte de la mano de obra se concentrara en el sector primario⁴. La modernización de este sector se realiza en la lógica de una ideología liberal-capitalista, en la que las relaciones laborales no se ven alteradas en sus parámetros esenciales, de tal modo que la fuente de regulación es, básicamente, la autonomía de la voluntad, con un rechazo a cualquier injerencia o intervencionismo estatal⁵.

Al margen de algunas relaciones específicas, tales como la del servicio doméstico⁶ por su naturaleza especialmente fiduciaria⁷ y los “factores y mancebos” regidos por el derecho mercantil⁸, así como establecimiento por vía de costumbre de un preaviso en las extinciones de contratos de duración indeterminada, la protección de la estabilidad en el empleo era prácticamente inexistente. La aplicación extensiva e incluso analógica del régimen jurídico de los dependientes de comercio a otros obreros, aunque fuera una vía para la ampliación de la protección de los trabajadores⁹, generó una cierta inseguridad jurídica¹⁰.

El primer desarrollo industrial, y la consecuente presión social provocada por los movimientos obreros y el llamado “elemento intelectual”¹¹, unidos a otros factores tales como el intervencionismo social auspiciado por influencias cristianas¹², dieron lugar a la creación de la Comisión de Reformas Sociales, precursora del Instituto de Reformas Sociales. Así, desde comienzos del siglo XX comienzan a aprobarse algunas normas tuitivas, y paralelamente a desarrollarse los diferentes proyectos de Ley de Contrato de Trabajo, aun basadas en la protección de la libertad por encima de cualquier otro valor, con lo que más allá de la legalización del preaviso no se perseguía

⁴ Mientras que en 1870 Francia y Alemania ya habían reducido el peso de la población activa dedicada a la Agricultura y Pesca a un 50%, y en Gran Bretaña suponía menos de la cuarta parte (COMÍN COMÍN, F.; HERNÁNDEZ BENÍTEZ, M. Y LLOPIS AGELÁN, E. (DIRS.), *Historia económica de España: siglos X-XX*, Critica, Barcelona, 2002, pág. 205.), en 1887, según SOTO CARMONA, Á., *El trabajo industrial en la España contemporánea: (1874-1936)*, Anthropos, Barcelona, 1989, pág. 57. El sector primario suponía un 65,3%, manteniéndose en el 66% en los inicios del siglo XX; en CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X. (DIRS.), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, 2. ed. rev. y ampliada, Fundación BBVA, Bilbao, 2005, pág. 149. Se recoge una desagregación más detallada, basada en censos, conforme a la cual en 1900 5,2 de los 7,4 millones de ocupados en España lo estaban en la agricultura (un 70%)

⁵ MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del Derecho del Trabajo en España”, en *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XXXII.

⁶ Art. 1584 CC, formalmente aún vigente, que prevé una indemnización de 15 días.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, *Revista de Política Social*, vol. 74, 1967, pág. 28.

⁸ Art. 196 del Código de Comercio de 30 de mayo de 1830; tanto en este como en el posterior y aún vigente de 1885 –el 30 de junio de 2013 la Comisión General de Codificación presentó su propuesta para un nuevo Código Mercantil– se establecían las causas válidas para el despido.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El régimen jurídico del despido”, cit., pág. 30.

¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La estabilidad en el empleo: La prevención frente a la contingencia del paro. Un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del derecho”, 2008, ESADE - Universitat Ramon Llull, Pamplona, pág. 80.

¹¹ MONTROYA MELGAR, A., “Cien años de reformas sociales (en el centenario del Instituto de Reformas Sociales: 1903-2003)”, en *Publicaciones del Instituto de Reformas Sociales (1903-1924) [Archivo de ordenador]*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

¹² MERCADER UGUINA, J. R. M., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 137, 2008, págs. 39-43,62.

propriadamente una regulación del despido. A pesar de contemplarse expresamente la posibilidad de resarcimiento de daños y perjuicios por la terminación irregular del contrato de trabajo en las leyes de Tribunales industriales¹³, al margen de la regulación de los contratos cuya duración pactada fuera determinada –en los que el respeto a lo pactado obliga a indemnizar el salario por el tiempo restante en caso de extinción anticipada– el primer gran hito en la configuración del despido se encuentra en el RD-L estableciendo la Organización Corporativa Nacional¹⁴. En él se prevén indemnizaciones para el caso de incumplimiento de la obligación de readmitir al trabajador despedido sin justa causa, aun cuando en los contratos de duración indeterminada se mantiene el desistimiento empresarial como posible motivo para la terminación del contrato, con lo que la protección contra el despido injustificado queda restringida a los contratos temporales. Aparece además en esta norma un elemento que va a ser consustancial al régimen jurídico del despido: el establecimiento de un tope máximo a la indemnización, fijado legalmente en la norma –tres mensualidades en este primer momento–, que al tiempo que dota de seguridad jurídica a la ruptura de la relación laboral va a suponer el nacimiento de lo que se puede considerar un “cierto derecho de despido del empleador”¹⁵, aun cuando no se establezca aún qué debe entenderse por “despido injusto”¹⁶.

1.2.- El principio de estabilidad del empleo o la causalización del despido

La aprobación de la Constitución Republicana¹⁷, que configura a la nación como una “República Democrática de trabajadores de toda clase”, al margen del sostén político del nuevo régimen¹⁸, pone de manifiesto la centralidad de lo laboral, lo que en la materia objeto de este estudio va a suponer cambios ciertamente relevantes: de Ley de Contrato de trabajo de 1931¹⁹, norma básica de la época en lo relativo al contrato de trabajo, se ha resaltado que de su “excepcional valor dice sobradamente la vigencia material de casi todos sus preceptos con posterioridad a la derogación formal de la misma”²⁰, y se ha afirmado que se trata “de una regulación completa y sistemática que supera sin duda a las ordenaciones anteriores y también a las posteriores sobre la

¹³ Leyes de 20 de mayo de 1908 (Gaceta de Madrid de 20 de mayo de 1908) y 22 de julio de 1912 (Gaceta de Madrid de 23 de julio de 1912).

¹⁴ Gaceta de Madrid de 27 de noviembre de 1926

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El régimen jurídico del despido”, cit., pág. 41.

¹⁶ Entre los comentaristas de la época comienzan a introducirse nociones relacionadas con el abuso de derecho por parte del empleador; así HOSTENCH, F., *El Derecho del despido en el contrato de trabajo*, cit., pág. 135.

¹⁷ Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931

¹⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El Derecho del Trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1996, pág. 86.

¹⁹ Cuya denominación completa es la de Ley relativa al Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931, publicada en la Gaceta de Madrid el 22 de noviembre de 1931

²⁰ VILLA GIL, L. E. DE LA, *La formación histórica del derecho español del trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 309.

materia²¹, y se ha situado en la misma “el origen vertebrador de toda la futura legislación española referida al contrato de trabajo”²². En ella, en lo que aquí ahora es relevante, se recoge por primera vez, aunque no de forma explícita, la prohibición del despido *ad nutum* o por la sola voluntad empresarial, con una enumeración de causas que lo permiten en su art. 89 ET, referidas con carácter general a la conducta del trabajador (causas disciplinarias), con la excepción de la referida a la “ineptitud del trabajador respecto de la ocupación o trabajo para el que fue contratado”²³.

La legislación procesal, como ya antes ocurriera con las leyes de Tribunales Industriales o de la Organización Corporativa Nacional, va a precisar y ampliar la regulación relativa a las consecuencias del despido: en la casi simultánea Ley de Jurados Mixtos²⁴ se distinguen ya expresamente las causas imputables al trabajador de las ajenas a su voluntad, aunque la enumeración tienen un carácter abierto. La causalización del despido para toda clase de contratos obliga al legislador a tomar en consideración aspectos de carácter marcadamente económico, como lo es la “crisis de trabajo” o la “cesación de la industria o profesión”, en los que mediante el establecimiento del preaviso se obliga al empresario a soportar parte del riesgo de su propia actividad²⁵. La legalización de la crisis empresarial como causa de despido, aunque importante desde una perspectiva evolutiva, tiene una importancia relativa, pues ya antes se contemplaba en diversos contratos colectivos²⁶. Es igualmente en esta legislación adjetiva en la que se va establecer el mecanismo de resarcimiento del interés del trabajador ante un despido injusto: si el patrono opta por no readmitir –la configuración legal abiertamente sitúa las obligaciones de readmitir o indemnizar como facultativas frente a la subsidiariedad del RD-L de Organización Corporativa Nacional²⁷–, se fijará discrecionalmente en atención a circunstancias del trabajador y a su relación laboral una indemnización (adicional a los salarios dejados de abonar hasta

²¹ MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 218.

²² GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El Derecho del Trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica*, cit., pág. 89.

²³ Se trata de un motivo estrictamente relacionado con el interés productivo de la empresa y no con un reproche del trabajador. Si fuera sobrevenida, tendrá lugar un “hecho obstativo que definitivamente impide la ejecución de la prestación pactada”, y en otro caso existiría dolo del trabajador o error del empresario, ambas causas de anulación del contrato por sí mismas conforme a los arts. 1261, 1263 y 1266 CC, como con acierto se señalara en ALONSO OLEA, M., *El Despido*, cit., págs. 133-135.

²⁴ Ley relativa a los Jurados mixtos, del trabajo industrial y rural, de la propiedad rústica y de la producción y las industrias agrarias, de 27 de noviembre de 1931, generalmente conocida con el título más sintético “Ley de Jurados Mixtos Profesionales”, título bajo el que la propia norma engloba a todos los mencionados, fue publicada en la Gaceta de Madrid del 28 de noviembre de 1931

²⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La estabilidad en el empleo (2008)”, cit., págs. 106-107.

²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El régimen jurídico del despido (II); Leyes de contrato de trabajo y de jurados mixtos”, *Revista de Política Social*, 77, 1968, pág. 35.

²⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, pág. 63.

un máximo de 24 días) con un mínimo de 15 días de jornal y un máximo de seis meses²⁸.

La exposición que se ha hecho hasta ahora pone de manifiesto la existencia de distintas concepciones del despido y la respuesta del derecho ante la decisión extintiva empresarial no justificada en la ley: la civilista inicial que se refleja en los proyectos de Ley de principios del siglo XX y en el Código de 1926, dando paso a la propiamente laboralista de la LCT31.

La transición desde el régimen republicano al franquista no supuso grandes cambios: el trabajo, en la concepción falangista de relación moral²⁹ que contempla el Fuero del Trabajo³⁰ (frente a la contractual, con intereses opuestos entre las partes), no implicó en la práctica una alteración de la legislación relativa al despido, aunque sí de la terminología; sobre todo en el primer franquismo, se evitan los términos que hagan patente la naturaleza sinalagmática del vínculo y la consiguiente contraposición de intereses³¹, pero se mantienen los parámetros esenciales; sí se producen, no obstante, alteraciones procesales y posteriormente cuantitativas en lo relativo a los mínimos y topes indemnizatorios. A lo largo de esas cuatro décadas, al margen de mejoras técnicas, refundición de diferentes leyes e incorporación de criterios jurisprudenciales, se mantiene el esquema básico: la terminación del contrato de trabajo debe encontrar justificación en alguna de las causas legales, y de no ser así, deberá procederse a la readmisión o a la indemnización, calculándose discrecionalmente atendiendo a criterios relacionados con el contrato (modalidad, antigüedad), el trabajador (dificultad para encontrar un nuevo empleo) y sus propias circunstancias familiares, e incorporando eventualmente otras como la conducta social o los móviles del despido, dentro de unos topes mínimos y máximos³².

Dos son los cambios cualitativos relevantes en el régimen de la extinción del contrato que se producen durante esta época: el primero de ellos, aunque se refiera únicamente a la denominación legal, tiene una importante carga simbólica; en el Decreto de 26 de octubre de 1956³³ sustituyó la calificación tradicional del despido como justo o injusto por procedente o improcedente, al tiempo que reguló el incidente

²⁸ Salvo que el despido fuera vocal de organismo mixto, en cuyo caso los límites eran superiores.

²⁹ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación contractual)*, cit., pág. 20.

³⁰ Aprobado por Decreto de 9 de marzo de 1938 (BOE de 10 de marzo de 1938) y posteriormente, en el art. 10 de la Ley de Sucesión de Jefatura del Estado, de 26 de Julio de 1947 (BOE de 27 de julio de 1947) declarado “Ley Fundamental de la Nación”)

³¹ MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, cit., pág. 330.

³² Una descripción de la normativa laboral existente, con alguna atención a la evolución puede encontrarse en GRUPO DE ESTUDIO DE LA OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La situación laboral y sindical en España.*; OIT, Ginebra, Suiza, 1969, págs. 40-63. Particularmente, sobre la terminación del contrato de trabajo, en las páginas 49-53.

³³ Decreto por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo, BOE de 25 de diciembre de 1956

de no readmisión para este último caso. La regulación conjunta de estos elementos responde a un cambio de la forma de entender la decisión empresarial de despedir: cuando no responde a las causas legales no es ya un ataque a la concepción político-social del trabajo como principio del movimiento, sino una simple decisión contraria a derecho: el problema pasa de ser ético a estrictamente jurídico. En consecuencia, resulta posible asumir que la decisión empresarial de despedir produzca sus efectos aun cuando no concurra una de las causas que la ley prevé, con la única consecuencia de conllevar una indemnización, incluso en los supuestos en los que formalmente la opción entre ésta y la readmisión se atribuye formalmente al trabajador³⁴.

Por otra parte, la regulación franquista del despido por crisis de 1944³⁵, entendida entonces como meramente transitoria para responder a la mala situación de la economía³⁶, establece por primera vez la necesidad de indemnizar al trabajador por la pérdida de su trabajo a pesar de que la conducta empresarial estuviera justificada, más allá del simple preaviso: en caso de extinción del contrato por este motivo –cuyo alcance no se definía en la norma– se fija en una cuantía de entre 15 días y una anualidad de salario. Esta indemnización responde a la introducción en el ordenamiento español de la responsabilidad por asunción de las “esferas de riesgo” de la actividad empresarial, en adaptación de la doctrina desarrollada anteriormente en Alemania³⁷. Frente a una lógica civilista del estricto cumplimiento del contrato –incluida la “cláusula” de estabilidad que supone el carácter indefinido de la relación laboral– se reconoce la necesidad empresarial de responder a las circunstancias cambiantes de su economía, al tiempo que se atiende al valor del puesto de trabajo como un bien jurídico digno de protección. El despido por crisis, aunque aún desde una perspectiva netamente jurídica, supone un importante cambio de lógica: se permite la extinción del contrato por voluntad del empresario en circunstancias en las que no existe (necesariamente) culpa de ninguna de las partes, pero el trabajador recibe una “indemnización” por el daño que sufre.

En los últimos años del franquismo va a sustituirse la denominación de esta clase de despidos por la de “extinción de la relación jurídico laboral por causas tecnológicas o económicas”, introduciendo formalmente el concepto de regulación de empleo³⁸.

³⁴ Este es precisamente el efecto de la regulación del incidente de no readmisión: simplemente implica un nuevo conocimiento de la cuestión por el Magistrado de Trabajo y una mayor indemnización (ALONSO OLEA, M., *El Despido*, cit., pág. 51).

³⁵ Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se establecen los requisitos que deben cumplirse para la suspensión o cese de empresas (BOE de 7 de febrero de 1944)

³⁶ En este sentido, ALONSO OLEA, M., *El Despido*, cit., pág. 99; ; MARAVALL CASESNOVES, H., “El despido por Crisis en el derecho español”, cit., pág. 56.

³⁷ VILLA GIL, L. E. DE LA, “El despido en el Real Decreto-Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo”, en *Relaciones de trabajo. Comentarios al Real Decreto-Ley 17/1977*, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, Madrid, 1977, pág. 32.

³⁸ El RD 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo (BOE de 15 de noviembre de 1972) se refiere en su Capítulo II también a la modificación y suspensión de los contratos

Este cambio nominal responde no tanto a la voluntad de introducir una “denominación eufemística”³⁹, como al comienzo de una tendencia que aún continúa: la utilización de la legislación laboral como herramienta de política económica. La exposición de motivos del Real Decreto expresamente reconoce que su “primera y prioritaria finalidad” es el pleno empleo, que califica como uno de los objetivos básicos del desarrollo económico y social.

Consecuencia de esta evolución, transcurridas tres cuartas partes del siglo XX, el despido progresivamente se configura como un instrumento de gestión empresarial: la decisión del empresario se produce ya en un ámbito de libertad casi absoluta, en el que salvo los escasos supuestos de nulidad –causados por defectos formales, por lo que fácilmente pueden remediarse– la única consecuencia será una mayor o menor indemnización para el trabajador, en atención no sólo a la “justicia” o razonabilidad del despido, sino también a sus propias circunstancias particulares, empleadas para determinar el daño causado. Aunque aún es tímida la regulación del despido como un instrumento de la política económica –pese a los importantes cambios en la economía española no se produce una modificación realmente intensa del régimen jurídico, en el sentido de hacer frente a situaciones coyunturales, por lo que el despido (procedente) se reserva para situaciones en las que el mantenimiento de la relación laboral es casi imposible– se despoja la decisión empresarial del carácter reprobable de la injusticia, mediante su sustitución por la improcedencia. No se atenta ya ni contra los derechos de una clase obrera oprimida –como ocurría en el régimen republicano– ni contra el valor fundamental del trabajo –en la concepción falangista que inspira el Fuero del Trabajo–, sino que, simplemente, el empresario a quien corresponde la toma de decisiones en la empresa, debe paliar los daños que cause al trabajador al privarle del puesto de trabajo, atendiendo para ello a la razonabilidad social de la medida extintiva; esto es, sin configurarse como un derecho sustantivo del empresario, la facultad de despedir se articula jurídicamente como una mera tolerancia para garantizar un bien superior: la armonía de la empresa⁴⁰.

2.- LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

2.1.- Un cambio de perspectiva

Se ha planteado en las páginas anteriores como a lo largo del franquismo se produjeron importantes cambios económicos en el país, debidos tanto a la evolución global del sistema productivo como al desarrollo del programa del Movimiento

³⁹ Como la calificó MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo en España”, *Revista de Política Social*, 118, 1978, pág. 58.

⁴⁰ BAYÓN CHACÓN, G., “La indemnización expropiatoria en el despido sin causa”, *Revista de trabajo*, 13, 1966, pág. 69.

franquista, pasando por diversas fases en direcciones diversas (autarquía, aperturismo, neoliberalismo, planificación...). El desempleo –concebido por como un problema de orden público y paz social más que de política económica– se mantuvo en niveles elevados, sin que se recuperaran los niveles de preguerra hasta entrados los años 50⁴¹. Sin embargo, no se concibió la regulación del despido como un impedimento para la creación de empleo, sino como un mecanismo de pacificación de las relaciones laborales, articulado entre el objetivo explícito del derecho-deber al trabajo consagrado en el Fuero de los Españoles, y el implícito de tutelar los intereses patronales y la capacidad de gestionar con cierto grado de libertad la propia empresa.

Tras los primeros pasos de la Transición, más dirigidos a la tutela de los derechos de los trabajadores, la legislación sobre la terminación del contrato va a emplearse como mecanismo para actuar sobre el funcionamiento del mercado laboral: se produce, como se verá, un elevadísimo número de reformas legislativas sobre esta materia, frecuentemente por (Real) Decreto-Ley, manteniendo así lo que parece ser ya una tradición en nuestra historia: la regulación por normas emanadas del ejecutivo de las relaciones laborales, con un reducido papel del legislador como regla general⁴², estableciéndose un patrón normativo de secuencia legislativa doble (RD-L tramitado como proyecto legislativo)⁴³.

Los efectos de los costes de la extinción de la relación laboral, ya sean en forma de indemnización por despido objetivo, por despido improcedente, e incluso de terminación de los contratos temporales, así como los derivados del proceso, progresivamente han ido transformando su concepción de mecanismo exclusivamente encaminado a la tutela de la estabilidad del trabajo asalariado para tratarse desde una perspectiva esencialmente económica, de forma más o menos explícita. Con la regulación de distintas modalidades contractuales diferenciadas por los costes de terminación cuando esta se produce por decisión del empresario, se ha tratado de influir, con resultados diversos, en las decisiones empresariales.

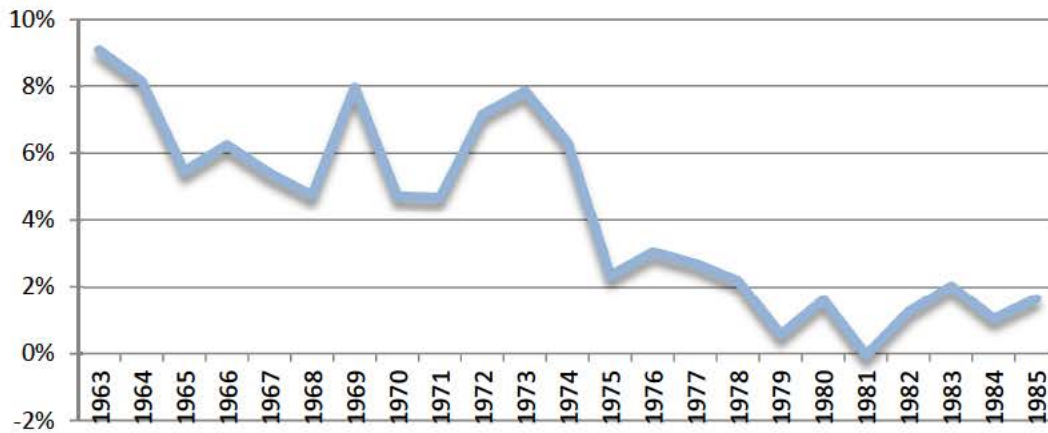
⁴¹ GONZÁLEZ MURILLO, P., “El problema del paro en el Franquismo: causas y remedios (1947-1957)”, en Carlos Arenas Posada, Antonio Florencio Puntas, Jerònia Pons Pons (dirs.), *Trabajo y relaciones laborales en la España contemporánea*, Mergablu, Sevilla, 2001, págs. 225-229.

⁴² De hecho, con excepción de la reforma de la L32/84 y la L11/ 1994, todas la grandes reformas laborales se han aprobado por RD-L; de hecho, precisamente sobre el abuso de esta figura, debe mencionarse la STC 68/2007 de 28 de marzo (BOE de 26 de abril de 2007) anuló el RD-L 5/2002 por carecer de la extrema y urgente necesidad que impone el art. 86.1 CE.

⁴³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Una ruta bajo sospecha, hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos: acerca de la reforma laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (versión electrónica)*, 34, 2013, pág. 10.

2.2.- El contexto histórico: crisis política y económica

Gráfico II-1: Variación anual de la tasa de PIB a precios constantes de 1995 (1963-1985)



Fuente: Elaboración propia con datos tomados de CARRERAS Y TAFUNELL (EDS)⁴⁴

Tras la muerte de Franco, se abre en España una época de cambios, en un contexto de crisis económica global motivada por la elevación del precio del carburante, que puso de manifiesto la rigidez de los sistemas económicos occidentales en general, y del español en particular⁴⁵. En 1974, la actividad económica, que venía creciendo a ritmos superiores al 8% (Gráfico II-1) sufre una fuerte desaceleración, pasando a niveles de aproximadamente la mitad, como consecuencia de la primera crisis del petróleo⁴⁶: debido a la escasez de recursos financieros y la falta de recursos técnicos para mejorar la eficiencia del uso de este combustible⁴⁷ y a la lenta reacción de los poderes públicos –que evitaron tomar drásticas medidas de ajuste que habrían sido socialmente duras en un momento políticamente convulso–⁴⁸ el alza del precio del carburante supuso un especial perjuicio para España. La situación relativa a los países de nuestro entorno no era tampoco positiva, con una renta per cápita un 20%

⁴⁴ CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X. (DIRS.), *Estadísticas históricas de España*, cit., pág. 1337. En épocas con fuertes cambios en los precios relativos, resulta complicado medir con precisión la evolución del PIB real (pues el ajuste de precios se lleva a cabo combinando una “cesta” de productos en proporción a su importancia en la producción; al alterarse los precios relativos –en este caso por el diferente impacto del precio del petróleo sobre los mismos, y la consiguiente sustitución en el consumo de productos que se había encarecido más por otros que lo habían hecho en menor medida– la aplicación de una cesta constante de precios para medir la inflación puede producir distorsiones (CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, cit., pág. 365.) En todo caso, a los efectos que aquí interesan las conclusiones que se extraen en el texto no se ven alteradas.

⁴⁵ RAMÓN DANGLA, R., “Las relaciones laborales durante la transición democrática: el papel del fondo de garantía salarial”, en Carlos Arenas Posada, Antonio Florencio Puntas, Jerònia Pons Pons (dirs.), *Trabajo y relaciones laborales en la España contemporánea*, Mergablum, Sevilla, 2001, pág. 285.

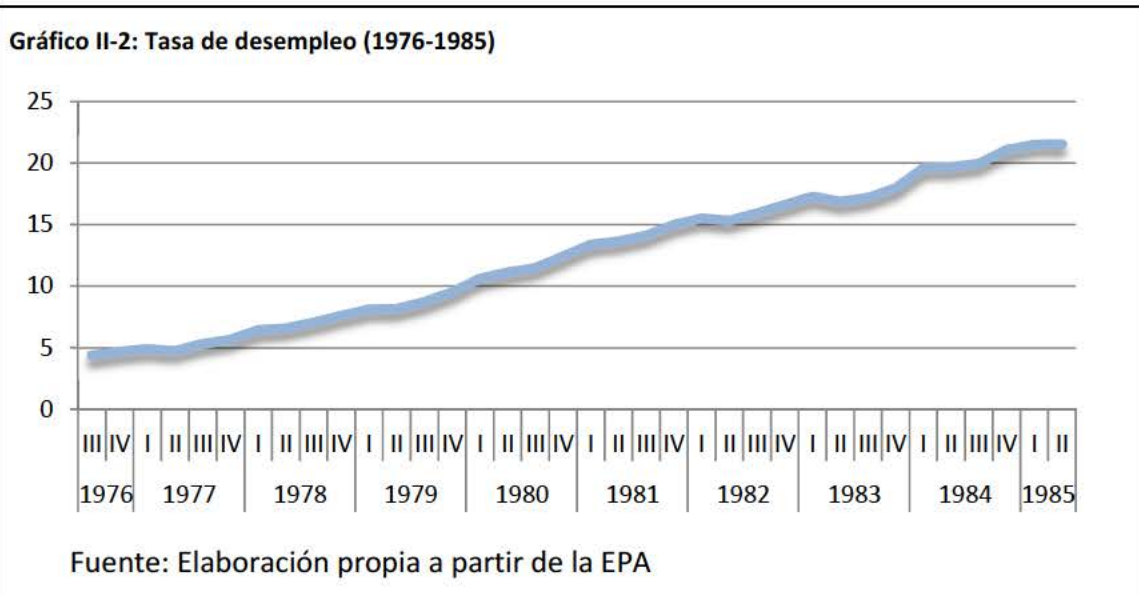
⁴⁶ CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, cit., pág. 365.

⁴⁷ BRODER, A., *Historia económica de la España contemporánea*, Alianza, Barcelona, 2000, pág. 222.

⁴⁸ CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, cit., pág. 371.

inferior a la media de los países comunitarios y una larga tradición de intervencionismo y proteccionismo, algo atenuada en los años sesenta⁴⁹.

Al mismo tiempo, se producía una progresiva apertura política, en un contexto de fuerte confrontación social y cierta inestabilidad, ya comenzado tras el asesinato de Carrero Blanco en diciembre de 1973; a partir de 1976 el número las huelgas sufren un crecimiento exponencial: el número de jornadas de trabajo perdidas, que había crecido ligeramente en 1974 hasta aproximadamente dos millones al año, tras la legalización de su uso como medida de conflicto⁵⁰, supera ampliamente los diez millones durante todo el periodo previo a la aprobación de la constitución, y no se reduce de nuevo hasta 1980. El número de trabajadores participantes también crece de forma notable; si en los primeros años setenta habían sido en torno a trescientos mil, este número se duplica en los dos últimos años del franquismo y se dispara hasta los dos millones y medio en 1976, llegando a los cinco millones en 1979.



Por su parte, la tasa de desempleo, representada en el Gráfico II-2, que partía de niveles relativamente bajos, inferiores al 5%, comienza una rápida senda creciente, superando el 10% en el primer trimestre de 1980, el 15% dos años después, y e incluso el 20% en 1985. Esto responde a una fuerte crisis industrial, provocada por la conjunción de la elevación de costes de producción y la reducción de la demanda

⁴⁹ COMÍN COMÍN, F. ET AL. (DIRS.), *Historia económica de España*, cit., pág. 398.

⁵⁰ Esta legalización se produce en los últimos meses del franquismo, mediante Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo (BOE de 28 de mayo de 1975). Antes, el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo (BOE de 24 de septiembre de 1962) ya había permitido las huelgas, con terminología poco clara; al respecto, vid. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El nuevo procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo", *Revista de Política Social*, 56, 1962.

mundial, y agravada por el rápido ritmo de crecimiento de los salarios⁵¹, que se pudo salvar inicialmente a través de un fuerte endeudamiento, incentivado por unos tipos de interés reales de magnitudes excepcionalmente elevadas⁵².

La Ley 1/1977, de 4 de enero para la reforma política⁵³, al margen de declarar que “la democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo”, con todas las implicaciones que esto conlleva, posibilita la legalización de los sindicatos por la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, muchos de cuyos miembros, por otra parte, ya se habían visto beneficiados por la amnistía⁵⁴, siguiendo así a la de los partidos políticos, que culmina simbólicamente con la legalización del PCE el 9 de abril de ese mismo año.

En estas circunstancias, se empiezan a producir importantes reformas económicas, permitidas por la circunstancia de gozar el Gobierno de la legitimidad de la que carecían los anteriores: no sólo por la reforma política sino también gracias al consenso formado a partir de los llamados “Pactos de la Moncloa”, en los que se ratifica un gran acuerdo de rentas, que determina una política antiinflacionista y la fuerte devaluación de la peseta del 20% frente al dólar para recuperar competitividad⁵⁵, además de otras medidas fiscales que no es este el lugar para detallar.

2.3.- La legislación sobre el despido y relaciones laborales de la Transición

2.3.1.- El punto de partida: La Ley de Relaciones Laborales de 1976

Tras la muerte del General Franco en noviembre de 1975 y la asunción de la Jefatura del Estado por el Rey Juan Carlos, hasta su dimisión y el nombramiento de Adolfo Suárez como presidente del Gobierno en julio del año siguiente, se mantiene en este puesto quien lo fuera desde 1974⁵⁶ D. Carlos Arias Navarro. En este breve periodo, que no puede calificarse propiamente como “Transición” pero tampoco es, en términos estrictos, parte del franquismo, se publicó la Ley de relaciones Labores⁵⁷, que en 35 artículos regula múltiples facetas de las relaciones de trabajo, ordenando la

⁵¹ CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, cit., págs. 382-384.

⁵² *Ibid.*, pág. 387.

⁵³ BOE de 5 de enero de 1977

⁵⁴ Real Decreto-ley 10/1976, de 10 de julio, sobre amnistía (BOE de 4 de agosto de 1976), y posteriormente en desarrollo de la misma, el Acuerdo sobre aplicación de amnistía en el ámbito sindical y reconocimiento pleno de los derechos de sindicado, publicado en el BOE de 10 de agosto de 1976.

⁵⁵ CARRERAS, A. Y TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, cit., pág. 374.

⁵⁶ El nombramiento, realizado por Decreto 3213/1973, de 29 de diciembre se publica en el BOE del 31 de diciembre de 1973.

⁵⁷ Ley 16/1976, de 8 de abril (BOE de 21 de abril de 1976).

publicación de un texto refundido⁵⁸ que responde a la conjunción de circunstancias políticas y económicas, junto con la convicción de la apertura de una nueva etapa institucional⁵⁹. Esta norma, de la que con acierto se ha dicho que “nació vieja”⁶⁰ o más drásticamente “con su ataúd bajo el brazo”⁶¹, responde más a la lógica de los años precedentes, en los que se produce la expansión del derecho del trabajo como disciplina tuitiva, que a la del momento que nace, en el que ésta comienza a ajustarse a las circunstancias de crisis económica⁶².

Destaca, en lo relacionado con el objeto de esta investigación, la Sección IV, que bajo la rúbrica “Garantías de la estabilidad de la relación de trabajo” consagra por primera vez en el ordenamiento español el principio de preferencia de la contratación indefinida y la excepcionalidad o causalidad de la contratación temporal, frente a la libertad de pactos de las Leyes de contrato de Trabajo, sin perjuicio de que la jurisprudencia y las Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo hubieran sentado el principio de que la duración determinada requería estar apoyada en una necesidad temporal⁶³. Expresamente, el art 14 afirma que “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido”; se produce una causalización formalmente estricta, por cuanto que a partir de esta ley –y va a ser una constante en el ordenamiento del trabajo español– sólo se va a admitir la contratación temporal motivada en una de las razones previstas en la ley, a las que literalmente se les da tratamiento de excepción a la regla general de la contratación indefinida. De este modo, se recogen ya el contrato de obra los trabajos eventuales y la sustitución de trabajadores con reserva de puesto, además de dos supuestos en atención a la naturaleza: el concreto del “personal artístico y técnico de la producción de espectáculos y en los relativos a deportes profesionales”, y una cláusula genérica de habilitación por actividades que así lo requiera, siempre que se habilite por disposición legal.

Estos contratos temporales se extinguen, como regla general, por el hecho de la desaparición de la necesidad temporal que en cada caso se diera, sin que proceda el abono de indemnizaciones. Sin embargo, en el caso de las obras o servicios determinados que excedieran de dos años de duración, sí se prevé un pago al

⁵⁸ Esta norma tiene su origen en el anuncio de la “Ley Básica de Trabajo” que con reiteración se venía anunciando desde el principio de la década, y que ya con la denominación de “Ley de relaciones Laborales” fue presentada como proyecto de Ley por el Ministro Fernando Suárez en 1975, conforme indica MONTROYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo en España”, cit., pág. 64.

⁵⁹ MONTROYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, cit., pág. 412.

⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Ley de Relaciones Laborales, diez años después”, cit., pág. 27.

⁶¹ OJEDA AVILÉS, A., “El fin de un principio, el de estabilidad en el empleo”, en *Estudios de derecho del trabajo: en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 468.

⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Ley de Relaciones Laborales, diez años después”, cit., pág. 27.

⁶³ SEGURA, J.; DURÁN LÓPEZ, F.; TOHARIA CORTÉS, L. Y BENTOLILA, S., *Análisis de la contratación temporal en España*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 20.

trabajador en este concepto, “que no será inferior al importe de un mes del salario real por cada año o fracción superior a un semestre”. En esta regulación se aprecia la configuración de la indemnización como contrapartida a la pérdida de un puesto de trabajo que se concibe en la práctica como una propiedad –de ahí la indemnización sólo para el trabajador indefinido que la pierde–, mientras que en la contratación temporal, la naturaleza conocidamente finita de la relación hace que la terminación no pueda entenderse como una lesión a los derechos del trabajador, sino en cierto modo el curso natural de las cosas. Sin embargo, cuando la relación se prolonga por la complejidad de la obra o servicio, el legislador de 1976 sí encuentra la necesidad de dar una cierta protección al trabajador, con la estructura que posteriormente adquirirán todas las indemnizaciones por despido: una cantidad fijada en relación al salario percibido por cada año trabajado.

Frente a ello, para el contrato indefinido se establece una estabilidad casi absoluta. Así, además de eliminarse la automaticidad del periodo de prueba, transformado ahora en una pura facultad negocial para los contratantes⁶⁴, y aunque no se alteran las razones para el despido disciplinario, en caso de que el despido se califique como improcedente, el art. 35 de esta Ley preveía que se condenara a la empresa a la readmisión, con independencia de su tamaño, y lo que es más sorprendente, sin dar si quiera la opción al trabajador. Se realizan únicamente dos correcciones, ambas recordando a la lógica del mantenimiento de la “armonía de la empresa” que había justificado en regulaciones anteriores la opción por la indemnización sin readmisión: la primera es la contenida en la regla tercera de este artículo, al permitirse en caso de comisión de una falta muy grave que no fuera por sí misma suficiente para justificar el despido (si el Magistrado lo estima oportuno) que se admita la existencia de una causa justa si el mismo trabajador hubiera cometido dos o más faltas muy graves en los últimos dieciocho meses.

La segunda excepción, de carácter más amplio, es la posibilidad de que en atención a “circunstancias excepcionales apreciadas en el juicio que impidan la normal convivencia laboral, [el Magistrado] resuelva dejar sin efecto la readmisión mediante el señalamiento de una compensación económica”. Esta será fijada por el Magistrado de Trabajo, sin que se indiquen los criterios y dentro de un intervalo ciertamente generoso: un mínimo de dos mensualidades de salario por año de servicio, y un máximo de doce anualidades⁶⁵ con el mínimo adicional de seis mensualidades. Además, se establece un coeficiente corrector para familias numerosas, mayores de 45

⁶⁴ MONTROYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo en España”, cit., pág. 57.

⁶⁵ Lo que supone, por facilitar la comparación con los regímenes posteriores, 144 mensualidades.

años y minusválidos, incrementándose los mínimos hasta tres o cuatro meses por año de servicio, garantizando al menos nueve o doce mensualidades⁶⁶.

Esta estabilidad no se limita a la existencia de la relación laboral, sino que se extiende a su contenido: la modificación de condiciones de trabajo “que sean sustanciales o que puedan redundar en perjuicio grave de su formación profesional o menoscabo de su dignidad” dan lugar a la resolución del contrato si el trabajador así lo solicita, “con derecho a indemnización como si se tratase de un despido improcedente” (art. 21 LRL); teniendo en cuenta el régimen jurídico de ésta clase de extinción, la referencia ha de entenderse hecha, necesariamente, a la indemnización sustitutiva de la readmisión. Debe destacarse que, a diferencia del régimen jurídico actual, lo sustancial es la condición y no la modificación, y que el tratamiento es especialmente tuitivo, pues no se equipara a la extinción por motivos económicos, sino al despido improcedente. Más flexible es esta norma con la movilidad geográfica, pues cuando supusiera el traslado de residencia, el ejercicio de la facultad rescisoria por el trabajador conlleva, ahora sí, la misma indemnización que la prevista en caso de “crisis laboral o económica”.

Al margen de las consecuencias del despido improcedente, se modifica el procedimiento, volviendo a imponer como obligatoria “la tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado”, sustituyendo así a la mera carta de despido en la que se indiquen la fecha y los motivos de tal decisión. Con ello, tras veinte años se vuelve a introducir una traba al despido, que obliga al empresario a escuchar al trabajador antes de tomar la decisión de despedirle, con el objetivo de aclarar la realidad de los hechos que se pretenden sancionar y e incluso la pertinencia de la imposición de la sanción⁶⁷.

En materia de despidos individuales fundados en razones ajenas a las circunstancias subjetivas del trabajador⁶⁸, se mantiene la expresión por “causas tecnológicas o económicas”, frente a la tradicional “crisis”, como ya había hecho el Decreto sobre Política de Empleo. Aunque no se recoge expresamente y no se indican los motivos que justifican el despido, la nueva redacción reduce la exigencia de gravedad de la situación: no es necesario que la situación sea crítica, ni por tanto la “inevitabilidad” de la medida⁶⁹ sino únicamente que la razón del despido sea

⁶⁶ Resultado de aplicar a los mínimos señalados el coeficiente de uno coma cinco o dos, previstos en el penúltimo párrafo del art. 35 LRL.

⁶⁷ MONTÓYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo en España”, cit., pág. 61.

⁶⁸ Aunque hoy el concepto de despido por causas objetivas está plenamente integrada en la legislación y doctrina laborales, su uso en este contexto podría dar lugar a equívocos, por lo que resulta más adecuado el uso de expresiones alternativas.

⁶⁹ Nos referimos aquí a la imposibilidad de impedir efectos en el momento en el que se toma la decisión extintiva, no a la inevitabilidad propia de la fuerza mayor. Ya se ha expuesto que, en el caso de los despidos por crisis, ésta podría haberse producido no sólo por razones evitables, sino incluso por causa de las decisiones directas del empresario.

económica o tecnológica, es decir, motivada por una necesidad del buen curso de la empresa o de la evolución de la ciencia aplicada a los medios de producción.

En todo caso, en relación al procedimiento, pese al carácter generalmente ultraprotector de esta norma, la LRL suprime la obligatoriedad del informe de la Inspección de Trabajo, manteniendo únicamente los de la Organización Sindical y el Jurado de Empresa o los enlaces sindicales, y no eleva la indemnización prevista, pues se remite a la LPL73, que en su art. 114 (y posteriormente en el art. 116, tras la adaptación de su texto a la LRL) establece la facultad discrecional del magistrado para establecerla entre 15 días y un año de sueldo o jornal.

De manera consecuente con las importantes modificaciones sustantivas de la legislación procesal, dado el carácter adjetivo de la legislación procesal, se procedió de manera casi inmediata a la modificación del texto refundido de la LPL73, introduciendo en su art. 97 la exigencia del expediente previo (en sustitución de la simple carta de despido), cuyo contenido mínimo habría de incluir el pliego de cargos (dirigido por el empresario al trabajador) y el de descargos (en respuesta al mismo, dentro del plazo de cinco días), junto con la comunicación formal del despido, emitida al menos transcurrido este plazo pero antes de quince días (so pena de no interrumpir el plazo de prescripción de la falta y en caso de suspensión de empleo y sueldo, de abono de los salarios correspondientes, pero no de nulidad del despido realizado más allá del plazo), y necesariamente basado en los hechos recogidos en el pliego inicial. Igualmente, se introdujo el nuevo régimen indemnizatorio sustitutivo de la readmisión y la nueva regulación de la ejecución del despido, que abandona la lógica del expediente de no readmisión, sustituyendo las indemnizaciones en él previstas por medidas coercitivas: el abono de los salarios y cotizaciones sociales y en su caso la imposición de sanciones por infracción del ordenamiento laboral por la Delegación provincial del Trabajo, lo que en consonancia con el art. 33 LRL, suponía la cuantía máxima de 100.000 pesetas, esto es, la de menor gravedad.

Las importantes modificaciones del régimen sustantivo del despido introducidas por la LRL exigieron, lógicamente, la adaptación de la legislación adjetiva. Por ello, en agosto de ese año se dicta el RD 1925/1976⁷⁰ modificando la LPL73. De esta forma, se incluyen nuevos requisitos en la demanda (art. 71 LPL73) para que en la misma se incluya, con mayor precisión, la antigüedad del trabajador en la prestación de servicios –ya no es un criterio orientativo sino un factor aritmético que debe conocerse con detalle–, y la expresión de las circunstancias que a juicio del trabajador puedan “impedir la normal convivencia laboral” -a los efectos de que se decrete la extinción indemnizada y no la readmisión.

⁷⁰ Real Decreto 1925/1976, de 16 de julio, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido, aprobado por Decreto 2381/1973, de 17 de agosto (BOE de 14 de agosto de 1976)

De la misma forma, añade el legislador el requisito del expediente previo al despido en el art. 97 LPL73, y recoge el deber de readmisión con carácter general, que en el caso señalado de imposibilidad de convivencia se sustituye por la generosa indemnización mínima de seis meses de salario y dos mensualidades por año de servicio, con el límite de cinco anualidades, incrementadas en los supuestos previstos en la LRL. En el caso de los despidos por cese de las actividades de empresa –que se extiende como se ha dicho a otros supuestos– se mantiene el régimen previo: nulidad en caso de no haberse seguido el procedimiento y obtener la autorización administrativa correspondiente, y en caso de sea conforme a derecho (por haberlo declarado así la autorización administrativa), se fijará una indemnización no inferior a quince días de salario ni superior a un año.

2.3.2.- La reforma laboral como medida económica

A.- Las medidas “coyunturales” del RD-L de medidas económicas

El punto de partida recién expuesto plantea una situación de protección absoluta del empleo del trabajador: sólo cuando exista una causa real y probada, que se pueda subsumir en alguno de los supuestos previstos para ello por el legislador, se extinguirá la relación laboral por decisión del empresario. Para la ley, en ese contexto, la articulación del interés empresarial resulta del todo irrelevante: las razones del patrono para despedir, si no son las de la ley, no producirán ningún efecto: si la decisión de prescindir del trabajador no es conforme a derecho, se trata de mantener a toda costa la vigencia de la relación laboral, pues el empresario estaba obligado a seguir abonando los salarios y cotizaciones sociales sin percibir a cambio la prestación de servicios del trabajador. Sólo en situaciones límite, en las que sin darse las circunstancias que impidan “la normal convivencia laboral” la readmisión pudiera tener un efecto negativo mayor que la pérdida de salarios (por reafirmación de la autoridad empresarial frente a otros trabajadores u otras consideraciones similares), la decisión económica del empresario de dar por terminada la relación laboral podría producir sus efectos más allá de los límites de causalidad del despido marcados por la ley.

Esta situación, que ciertamente limita la flexibilidad numérica de la que dispone el empresario y pone en una situación de fuerza al trabajador en el desarrollo de las relaciones laborales, se mantuvo durante un tiempo realmente reducido, posiblemente por no contemplar vías de ajuste ante la nueva coyuntura económica y productiva⁷¹: el mismo año 1976, apenas seis meses después, ya bajo el gobierno de

⁷¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Ley de Relaciones Laborales, diez años después”, cit., pág. 28.

Adolfo Suárez, y fruto de la ofensiva patronal contra el régimen de despido de la LRL⁷², se dicta el Real Decreto Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, en el que por primera vez se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico que la regulación de las relaciones laborales tiene efectos sobre el conjunto de la actividad económica, siendo algo más que normas que articulan el vínculo jurídico entre empresarios y trabajadores. A partir de este momento, aunque con ritmos diversos y periodos de cierta estabilidad, el trabajo asalariado va a ser progresivamente desplazado del centro de regulación del Derecho Laboral, para ser sustituido por el empleo⁷³.

La exposición de Motivos de este RD-L, afirma el carácter “preferentemente coyuntural” de sus medidas, que se dirigen “al objetivo primordial de reducir la inflación sin incidir negativamente en la reactivación económica”, aunque los acontecimientos jurídicos inmediatamente posteriores permiten calificar esta temporalidad como “insincera”⁷⁴. Con ese fin, entre otras cosas, “se revisan algunos aspectos de la política laboral y de empleo, abordando con ello el problema fundamental de la productividad de nuestro sistema económico”. El giro es evidente: no se trata ya de consumir los altos fines de dignificación del trabajo a que hace referencia el Fuero del Trabajo y otros valores heredados de la ideología falangista, sino de establecer un régimen jurídico que contribuya a la mejora de la situación económica: la tutela de los intereses, derechos y deberes de los trabajadores y empresarios se subordina con claridad a la actividad económica. No se quiere decir con esto que antes no se tuvieran en cuenta consideraciones económicas en el régimen jurídico laboral (estas resultan claras, por ejemplo, en las políticas franquistas de regulación de límites salariales o incluso en los despidos por crisis), pero nunca de manera tan explícita. En todo caso, las referencias que se realizan en esta exposición de motivos se refieren a contención de precios y políticas salariales, lo que explica las restricciones a la negociación colectiva en relación a los incrementos (que se extienden también a rentas del capital, al prohibirse el aumento de las cuantías de participaciones en beneficios), pero no se justifica expresamente ni la vuelta al régimen de la carta de despido (y la eliminación del expediente previo, a la que no se

⁷² MONTROYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo en España”, cit., pág. 63. Como “apocalíptica reacción empresarial” la calificó DESDENTADO BONETE, A., “Despido”, en *Relaciones de trabajo. Comentarios al Real Decreto-Ley 17/1977*, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, Madrid, 1977, pág. 192. En el mismo sentido, señalando que la novedad no se encuentra tanto en la crítica desde sectores empresariales sino en su intensidad, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Ley de Relaciones Laborales, diez años después”, cit., pág. 29. Señala este autor además que confluyen una asunción de la necesidad de flexibilizar las condiciones de protección desde quienes tradicionalmente habían defendido los derechos de los trabajadores.

⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes”, *Revista de derecho social*, 57, 2012, pág. 199.

⁷⁴ DURÁN LÓPEZ, F., “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, *Revista de Política Social*, 117, 1978, pág. 77.

da carácter transitorio) ni la modificación temporal del art. 35 de la LRL, relativo a los despidos.

El art. 10 del RD-L que ahora se analiza suspende el régimen jurídico de readmisión forzosa con excepciones limitadas: aunque formalmente no se elimina la reincorporación del trabajador como consecuencia inmediata de la declaración de la improcedencia del despido, para el caso de que se produzca la regla tercera prevé que el propio Magistrado sustituya esa obligación principal “por el resarcimiento de perjuicios y declarará extinguida la relación laboral”, fijándose la cuantía como un mínimo de dos meses de salario por año de servicio y hasta un máximo de cinco anualidades, que igual que en la LRL podían incrementarse en un cincuenta por ciento o duplicarse en caso de titulares de familia numerosa, mayores de 45 años y trabajadores minusválidos, con un máximo de siete anualidades⁷⁵, pero sin operar el mínimo de seis meses. Esta medida, a la que se atribuye en este momento un carácter temporal –la sustitución de la regulación de la readmisión en este RD-L se debía haber mantenido únicamente hasta el treinta de septiembre de 1977– va a suponer en realidad la vuelta definitiva a una suerte de despido libre pagado, aunque manteniéndose todavía un precio que, a la vista de los estándares actuales, resulta ciertamente elevado.

B.- La consolidación de la legislación de crisis: el RD-L de relaciones de trabajo

Antes de finalizarse el plazo transitorio recién mencionado, se dictó el RD-L 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo⁷⁶, que con una estructurada Exposición de Motivos dio nueva regulación a distintas materias. Con carácter general, la norma se autojustifica señalando que, si bien el ordenamiento laboral vigente hasta entonces había “propiciado toda una larga etapa de importantes avances sociales”, “el nuevo marco político hacia el que aceleradamente discurre la Nación aconseja una profunda reforma normativa, inspirada en el principio de liberalización de las relaciones de trabajo”, frente al intervencionismo precedente. El Gobierno justificó, por tanto, este Decreto-Ley en la necesidad de instaurar un nuevo modelo neocapitalista de relaciones laborales en sustitución del autoritario propio del nacionalsindicalismo⁷⁷.

Con esta lógica, el apartado quinto de la Exposición de Motivos justifica una nueva regulación del despido “siguiendo los criterios señalados al respecto por la O.I.T. y teniendo en cuenta los imperantes en los países de la Comunidad Europea”. Al respecto, puede señalarse que al margen de la vaga expresión al derecho comparado,

⁷⁵ De esta forma, las indemnizaciones podrían alcanzar las 60 u 84 mensualidades, respectivamente.

⁷⁶ BOE de 9 de marzo de 1977.

⁷⁷ VILLA GIL, L. E. DE LA, “El despido en el Real Decreto-Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo”, cit., pág. 23.

tres años antes se había aprobado la primera Directiva sobre despidos colectivos⁷⁸, aunque evidentemente no era de aplicación a España, cuya incorporación a las Comunidades Europeas no se produciría hasta 1986 (si bien la solicitud para la apertura de negociaciones se realizaría el 27 de julio de 1977, pocos meses después de la aprobación de este RD-LRT⁷⁹). En dicha Directiva, aunque se regulaba el procedimiento para el despido colectivo, se establecía que “no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores”, por lo que en ningún caso puede entenderse que obligara (entendiendo que la voluntad del gobierno era converger hacia la normativa comunitaria) a establecer indemnizaciones y no readmisiones en caso de despido objetivo improcedente.

De la misma manera, la Recomendación 119 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo de 1963⁸⁰ resulta algo más ambigua, pues después de exigir que la extinción se realice por causa justificada –lo que sin duda cumplía sobradamente la legislación española de la LRL– señala en su disposición 5.(2) que esto “no debería interpretarse en el sentido de que el organismo neutral [que valore la justificación de la causa] debería estar facultado para intervenir en la determinación del número de trabajadores de la empresa, del establecimiento o del servicio”, lo que en cierto modo podría ser un argumento a favor de la supresión de la readmisión forzosa, al menos en el caso de los despidos por razones objetivas, aun estimados improcedentes. Pues aunque se estimara que no hay una razón suficiente para la terminación, si se impide el efecto extintivo del despido, resulta claro que el empresario estaría limitado para decidir el tamaño de su empresa. De hecho, expresamente se indica en esta recomendación que estos organismos neutrales “deberían estar facultados para ordenar que el trabajador interesado, de no ser reintegrado en su empleo, pagándole, cuando proceda, el salario no percibido, reciba una indemnización adecuada, o bien una reparación de otro género”. En todo caso, la disposición decimonovena de la Recomendación recuerda el principio de norma más favorable consagrado en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del

⁷⁸ Directiva del consejo de 17 de febrero de 1975 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE de 22 de febrero de 1975, Serie L)

⁷⁹ En dicha fecha se remitieron tres solicitudes por el presidente Adolfo Suárez, solicitando el ingreso en la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (<http://www.cvce.eu/viewer/-/content/aa457f56-5fb8-4ed8-9a64-5f514ff1c40f/en>), la Comunidad Económica Europea (<http://www.cvce.eu/viewer/-/content/10dd4f97-5dd1-4bba-967e-fab86d746cd2/en>) y la Comunidad Europea para la Energía atómica (<http://www.cvce.eu/viewer/-/content/8dcd9c8b-af98-49bc-8173-b2431f29d2af/en>), aunque las negociaciones no comenzaron formalmente hasta el 5 de febrero de 1979 PEREIRA, J. C., *From democratic transition to Spain's accession to the European Communities (1975– 1985)*, Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe, Luxemburgo, 2012, pág. 3.

⁸⁰ Esta resolución se aprobó en Ginebra el 26 de junio de 1963, en la cuadragésima séptima reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. El convenio 158, sobre esta misma materia y al que se presta atención específica en el Capítulo siguiente, es posterior, pues no se firmaría hasta 1982.

Trabajo, por lo que resultan aquí de aplicación las mismas consideraciones que se han hecho respecto de la Directiva comunitaria.

Al margen de las declaraciones de intenciones, que son más una justificación que motivos reales⁸¹, la regulación del despido (y de otras materias) en el RD-LRT responde a la extensión de una cierta contestación al principio de estabilidad en el empleo, desde la óptica de que es el Estado y no el empresario el que debe soportarla, e incluso desde sectores sindicales, por ser –en un contexto como el de la época de fuerte crisis económica– una fuente de conflicto entre ocupados y parados, y una rémora para la flexibilidad de funcionamiento del sistema capitalista⁸².

El nuevo régimen jurídico del despido, ya con vocación de permanencia, se contiene en el Título V del RD-LRT, que comienza con una remisión, para las extinciones por causas tecnológicas o económicas, a “las normas específicas en esta materia”. En el art. 31 RD-LRT se consagra la división entre despido por motivos subjetivos (“causa relacionada con la conducta del trabajador”) y objetivos (“circunstancias objetivas derivadas de la capacidad profesional del mismo o de necesidades del funcionamiento de la Empresa”), cuestiones a las que dedica sendos capítulos.

En relación al despido disciplinario, en el RD-LRT destaca la supresión, no sólo de cualquier expediente previo (en caso de que el trabajador ostente un cargo electivo, únicamente se debe “poner en conocimiento” de los representantes de los trabajadores en la empresa, sin siquiera dárseles trámite de audiencia), sino también de cualquier clase de conciliación previa a la demanda impugnatoria que pudiera presentar el empleado, aunque sería restaurada poco después con la creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación⁸³. Se mantiene el tradicional plazo de quince días para la interposición de la demanda, extensibles por otros tres, y las consecuencias de la improcedencia de la LRL, con la excepción del factor de corrección en caso de indemnización por no readmisión para familias numerosas, mayores de 45 años y minusválidos, que ahora pasa a ser simplemente un elemento que el juzgador debe tener en cuenta para fijar la limitación, pero que no alteran los límites inferior (dos meses de salario por año de servicio) ni superior (cinco anualidades), lo que consolida la eliminación del límite de seis meses que “provisionalmente” había llevado a cabo el RD-L de Medidas Económicas. No obstante, se incluyen entre los criterios de

⁸¹ Así, dos años después de la aprobación se llegó a calificar la alusión a la democratización y europeización del sistema de relaciones laborales como “ni siquiera atendibles con un mínimo de seriedad” DURÁN LÓPEZ, F., “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, cit., pág. 78.

⁸² *Ibid.*, págs. 74-75.

⁸³ Creado por el RD-L 5/1979, de 26 de enero (BOE de 6 de febrero de 1979), que en su DA1ª derogó el art. 35 del RD-LRL “en lo que se refiere a la supresión de la conciliación obligatoria”, y estableció en el art. 5 la celebración del acto de conciliación como requisito previo de procedibilidad para cualquier asunto presentado frente a la Magistratura de Trabajo.

determinación de la indemnización (además de los ya señalados) el tamaño y características de la empresa, lo que puede entenderse como que se hace depender de esta forma la indemnización de la capacidad de pago del empresario, o bien que el empleo en una empresa solvente y de gran tamaño tiene un particular valor que tiene que ser indemnizado.

Además, se introduce una importante novedad en relación a las empresas de menos de veinticinco trabajadores, al permitirse en el art. 37.5 la modulación –al prudente arbitrio del magistrado– del tope mínimo de dos meses de salario por año de servicio. En la legislación franquista se había dado ya un cierto trato de favor a las pequeñas empresas (con el límite de 50 trabajadores) al invertir la titularidad de la opción entre readmisión e indemnización, pero si entonces se basaba en la naturaleza de las relaciones personales en empresas de poca dimensión y el mantenimiento la armonía en las mismas, ahora se trata pura y simplemente de una reducción de costes. Debe tenerse en cuenta que ya entonces las empresas de esta dimensión, que suponían el 98% del total, ocupaban a aproximadamente la mitad de la población activa trabajadora, por lo que en la práctica suponía limitar en gran medida la eficacia de este tope inferior de las indemnizaciones⁸⁴.

La readmisión obligatoria se mantiene únicamente para el caso de despido de representantes sindicales, pero no para supuestos de despido nulo –que se limita a la ausencia de carta de despido y cuyos efectos se equiparan a la improcedencia⁸⁵, vaciando en cierto modo de contenido la distinción con la nulidad⁸⁶–, ni tampoco para los supuestos en que la causa del despido sea la pertenencia o participación sindical, por raza, color, sexo, estado matrimonial, religión, opinión política u origen social, ni en los de represalia frente a quejas contra el empresario, casos todos ellos en los que, aunque expresamente se rechaza su carácter de justa causa, solo determinarán la improcedencia.

En el supuesto de los despidos objetivos, se plantean cuatro causas “suficientes” para el mismo, entre las que se incluyen tres relacionadas con el trabajador y otra con la actividad empresarial, como es la necesidad de amortizar un puesto de trabajo, aunque en este caso se permite la extinción sólo si no procede utilizar al trabajador en otras tareas. Entre los motivos relacionados con el empleado se incluye la ineptitud del trabajador, ya sea sobrevenida u originaria, distinguiendo este supuesto de la falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas, que se recoge en otro apartado. En último lugar, el absentismo justificado, cuando tenga cierta entidad (30% de las

⁸⁴ VILLA GIL, L. E. DE LA, “El despido en el Real Decreto-Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo”, cit., pág. 66.

⁸⁵ En la legislación anterior, aunque la decisión extintiva quedaba sin efectos, simplemente suponía la obligación de cumplimentar la forma, elevando el coste del despido al retrasar el momento de la terminación del contrato.

⁸⁶ VILLA GIL, L. E. DE LA, “El despido en el Real Decreto-Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo”, cit., pág. 63.

jornadas anuales, con carácter intermitente, pues se excluyen las bajas de larga duración), también se recoge entre las “circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador”. La novedad de la introducción de esta nueva clase de despido objetivo⁸⁷ supone extender de manera nítida el poder de autotutela del empresario para dar por terminado el contrato basándose en motivos inherentes a la actividad productiva, si bien, a diferencia de lo que sucedía en otros ordenamientos y de los antecedentes de derecho interno, se procede a una catalogación de los motivos por el propio legislador, exonerando de la delimitación de un concepto de justicia o suficiencia de los motivos a doctrina y jurisprudencia⁸⁸.

En relación a estas causas, no resulta una novedad la incapacidad del trabajador originaria o sobrevenida, si bien se elimina el carácter de reproche existente en las legislaciones precedentes, con acierto técnico (pues si fuera culpable, los efectos serían otros: nulidad si es originaria y se generó error grave en el empresario, y despido disciplinario si la pérdida de capacidad sobrevenida es dolosa). Mayor interés presenta la introducción de la falta de adaptación al puesto: en una época de constantes innovaciones tecnológicas, no resulta extraño el supuesto en el que un trabajador, apto y diligente, se encuentre sin los conocimientos necesarios para desempeñar su trabajo por un hecho sobre el que no tienen control: el cambio en los medios o métodos de producción que realiza el empresario. Por otra parte, para este resulta imprescindible, si no quiere perder su competitividad y con ella el valor de su empresa, disponer de trabajadores capaces de prestar sus servicios de acuerdo con el estado de evolución de la tecnología del momento⁸⁹. La solución dada por el legislador trata por tanto de equilibrar ambos intereses, permitiendo la extinción como justificada, pero indemnizando al trabajador que pierde su empleo.

De la misma forma, una respuesta similar se da en el caso de que, por necesidades de la empresa, el puesto de trabajo (y por tanto quien lo ocupa) dejen de aportar el suficiente valor y sea por tanto necesaria su amortización, siempre que no sea posible la recolocación, opción esta preferida por el legislador, supuesto que se puede calificar como un caso extremo de despido conceptualmente colectivo, pero de concreción individual⁹⁰. Se excluye la justificación para extinguir por esta causa cuando “sea

⁸⁷ Sin perjuicio de la discusión sobre sus antecedentes en el art. 81.2 LCT44, cuando se refería a los motivos justificados de despido independientes de la voluntad del trabajador, que únicamente generaban derecho al preaviso que pudiera corresponder por reglamentación de trabajo o costumbre.

⁸⁸ BAYLOS GRAU, A. P., “Algunos aspectos de la interpretación jurisprudencial del despido objetivo”, *Revista de Política Social*, 122, 1979, pág. 307.

⁸⁹ Describiendo con más detalle este conflicto, vid. DURÁN LÓPEZ, F., “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, cit., pág. 90.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 93.

procedente” el cambio de puesto, lo que si bien para la doctrina ocurría siempre que existiera posibilidad⁹¹, fue interpretado restrictivamente por la jurisprudencia⁹².

La última de las razones, que vela sin disimulo por los intereses empresariales, es la relativa a las faltas justificadas del trabajador, que cuantitativamente superen el límite fijado. Al margen de los problemas relativos a qué supuestos puedan entrar en el cómputo y cuales quedan excluidos, en los que no procede entrar desde los objetivos de esta perspectiva histórica, destaca que en este caso no se produce ni una disminución ni una pérdida del valor del trabajo (como en las otras tres causas), sino una cantidad menor del mismo. Lo que se consigue de esta forma es limitar la socialización del coste de la enfermedad; aunque la relación laboral y por tanto el abono de salarios queden en suspenso, resulta claro que un trabajador que con frecuencia falte a su puesto de trabajo genera una serie de costes de organización. Con esta nueva causa de despido se permite al empresario que prescindiera de los trabajadores que eleven este coste por encima de un determinado umbral, que se objetiva en un 30% de la jornada.

En este caso, establece el legislador un preaviso de uno a tres meses, en función de la antigüedad del trabajador, durante el que se concede un permiso de seis horas semanales para la búsqueda de empleo, y una indemnización por despido improcedente de una semana de salario por año de servicio, que en caso de que se declare improcedente la decisión extintiva y el empresario lleve a cabo la readmisión, deberá ser reintegrada; en caso contrario, se aplican las mismas indemnizaciones que para el despido disciplinario calificado como improcedente. Además, al tratarse de motivos en los que el trabajador no aparece como responsable de una conducta antijurídica, la interpretación del alcance las causas debe realizarse de forma restrictiva⁹³.

La reestructuración de plantillas, que es como califica el RD-LRT a las extinciones (y suspensiones) fundadas en causas económicas o tecnológicas, se regula de forma separada al despido, término que parece reservarse a la terminación individual del contrato. Así, el Título VI del RD-LRT se remite al art. 18 LRL, aunque introduciendo algunos cambios: se exige exclusivamente como necesario el informe de la

⁹¹ Entre otros, BAYLOS GRAU, A. P., “Resoluciones administrativas. Ministerio de Sanidad y Seguridad Social”, cit., pág. 313, ; DURÁN LÓPEZ, F., “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, cit., pág. 96.

⁹² En este sentido, la STCT de 19 de enero de 1978 (A.248) omite la constatación de este requisito, la STCT de 29 de mayo de 1978 (Ar. 3025) admite la validez de la declaración empresarial de la necesidad de amortizar unida a la demostración de malos resultados económicos; la STCT de 7 de diciembre de 1977 (Ar. 6.292) admite la mera desaparición de la herramienta de trabajo –avería de un camión que obliga a su desguace– como necesidad de amortizar, sin entrar a valorar si la función de conducción seguirá siendo necesaria para la empresa. Todas ellas citadas recogidas por BAYLOS GRAU, A. P., “Resoluciones administrativas. Ministerio de Sanidad y Seguridad Social”, cit., págs. 314-316..

⁹³ En este sentido, la STCT de 23 de febrero de 1978 (Ar. 1171), citada por *Ibid.*, pág. 308.

representación de los trabajadores en la empresa, se habilita la regulación convencional del procedimiento de reestructuración, incluyendo las indemnizaciones que en su caso procedan. Es preciso indicar que no se contiene una definición cuantitativa para la aplicación de uno u otro régimen, sino que parece más bien responder a criterios cualitativos; el régimen del despido por causas objetivas se aplicará a aquellos casos en que el motivo se refiere al trabajador en particular (que no se adapta al puesto, que pierde sin culpa su valor productivo...) mientras que, en las llamadas reestructuraciones, la necesidad de prescindir del trabajador encuentra su origen en él indirectamente, en cuanto que ocupa el puesto de trabajo que ya no es necesario⁹⁴.

El conjunto de medidas establecidas tiene por objeto evidente la facilitación y abaratamiento del despido, con la finalidad de promover las inversiones y la salida de la crisis. Ya en los comentarios inmediatos a la norma se llegó a decir que “el nivel de protección al trabajador no ha estado nunca a tan bajo nivel como el establecido a partir del Decreto-ley 17/1977”⁹⁵. Aunque esta afirmación resulta ciertamente exagerada, sí que es cierto que con esta norma de urgencia comienza una tendencia hacia la flexibilización y abaratamiento del despido que se ha mantenido, con algunas fluctuaciones, hasta nuestros días. En palabras de DURÁN LÓPEZ, se produce una “parábola incompleta de desregulación del despido”⁹⁶, pues tras incrementarse progresivamente la tutela de la estabilidad del trabajador, comienza a recorrerse el camino inverso, aunque sin llegar, evidentemente, a los niveles iniciales de absoluta desregulación.

Como se ha visto en el Capítulo I, la simplificación y clarificación de los procedimientos de despido no sólo sirve para permitir ajustes cuantitativos (es decir, reducir plantillas) en momentos de crisis como el que padecía España a finales de los 70, permitiendo así la finalidad de la empresa, sino que la regulación del despido, incluso por motivos disciplinarios, puede tener un cierto efecto en las decisiones de inversión y contratación, aun cuando el resultado agregado de los costes de despido sobre el nivel total de empleo sea ambiguo. No obstante, tanto entonces como ahora⁹⁷ no faltan voces autorizadas que criticaban esta clase medidas por tratarse de “un

⁹⁴ DURÁN LÓPEZ, F., “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, cit., pág. 82.

⁹⁵ VILLA GIL, L. E. DE LA, “El despido en el Real Decreto-Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo”, cit., pág. 22.

⁹⁶ DURÁN LÓPEZ, F., “El despido objetivo: causas, forma y efectos (en tonro a los artículos 52 y 53)”, en *El estatuto de los trabajadores: veinte años después*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1992, pág. 1089.

⁹⁷ Con diversos argumentos, y desde diferentes puntos de vista, se han criticado las medidas de “fomento del empleo” basadas (total o parcialmente) en el abaratamiento del despido improcedente. Se harán múltiples referencias en los epígrafes siguientes que hacen ocioso personalizar aquí este pensamiento, lo que por otra parte requeriría una explicación contextual reiterativa.

reforzamiento de los poderes empresariales que va más allá de lo que podrían, en su caso, considerarse legítimas pretensiones empresariales”⁹⁸.

La discusión de política económica y laboral acerca de la conveniencia e idoneidad de la reducción de costes de despido (procedente e improcedente) como medida de creación de empleo va a ser una constante desde estas reformas. El RD-L de Medidas Económicas y el RD-LRT van a abrir así una senda en la que, como se verá, aún hoy se avanza, sin perjuicio de los múltiples cambios que se producen en direcciones diversas. Estas normas de 1977 ya producen con claridad el cambio de paradigma: la legislación del despido es desde ese momento un instrumento de política económica, por encima de la función social de protección de la estabilidad en el empleo. En todo caso, es destacable como se mantiene una clarísima diferenciación entre los despidos procedentes e improcedentes en orden a sus consecuencias: en los supuestos en que el trabajador no es responsable de su despido, si el empresario actúa de forma justificada tendría que abonar una indemnización de algo menos de un octavo de la que correspondería en caso de improcedencia, en caso de que se impusiera en su cuantía mínima.

C.- La creación del Fondo de Garantía Salarial

Al margen de la consolidación de la legislación transitoria y la apertura de un nuevo periodo en el que la legislación laboral es utilizada como instrumento de política económica, el RD-LRL supuso el origen del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), que como se analizará más adelante ha sido una importante herramienta para reducir el impacto sobre las empresas de los costes de despido.

Este organismo nace, a imagen de figuras similares creadas en países de nuestro entorno, con una cierta finalidad de redistribución de la riqueza entre regiones y sectores de actividad, al establecerse como un mecanismo de aseguramiento colectivo frente a impagos cuya financiación se hace única y exclusivamente en atención a la masa salarial⁹⁹. El papel del FOGASA en su función de garante frente a insolvencias lo largo de los años 70 fue realmente activo, puesto que la situación económica del país realmente lo requirió: en 1978, un año después de su creación, respondió de la insolvencia de 3.954 empresas frente a 48.792 trabajadores, incrementándose en más de un 20% ambas magnitudes en el año siguiente¹⁰⁰.

El art. 31 RD-LRL ordena su constitución “para garantizar y anticipar a los trabajadores contratados el percibo de sus remuneraciones correspondientes a tres

⁹⁸ DURÁN LÓPEZ, F., “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, cit., pág. 78.

⁹⁹ GARCÍA MURCIA, J., *El fondo de garantía salarial*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, págs. 25-28.

¹⁰⁰ RAMÓN DANGLA, R., “Las relaciones laborales durante la transición democrática: el papel del fondo de garantía salarial”, cit., pág. 292.

meses como máximo”, remitiéndose al desarrollo reglamentario para su regulación, y sin perjuicio de remitir a las cotizaciones empresariales para su financiación (con un tope del 0,3% de los “salarios de cotización”), sin que en ningún caso el Fondo pudiera acumular una cuantía superior al 0,15% –el RD-LRL se refiere al “uno coma cinco por mil”– del volumen anual nacional de la remuneración de los asalariados.

Esta previsión se desarrolló por el RD 317/1977¹⁰¹, en el que al margen de reiterar su configuración jurídica básica –personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, así como participación paritaria de empresarios y trabajadores– y establecer la composición y funciones de sus órganos de funcionamiento (con un Consejo Rector presidido por el Ministro de Trabajo), lo articula como una entidad llamada a responder exclusivamente de los impagos en materia salarial y de Seguridad Social de los empresarios.

Al margen de la responsabilidad en caso de insolvencia del empresario por los salarios debidos correspondientes a un máximo de tres meses, el art. 20 de este reglamento incluye bajo su ámbito de protección las “indemnizaciones sustitutivas del salario”, con las que incluía a los salarios de tramitación, pero no tan claramente a la indemnización por despido propiamente dicha, puesto que difícilmente puede encuadrarse en esa definición¹⁰². En todo caso, ya en el art. 45.4 RD-LRT y pocos días después mediante Orden Ministerial¹⁰³, se incluyeron expresamente las indemnizaciones reconocidas en “reestructuraciones de plantillas por causas tecnológicas y económicas en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos o quiebra”.

Resulta razonable entender que las indemnizaciones por despido seguían protegidas por la prestación recogida por las normas de Seguridad Social de los años 60¹⁰⁴, pues en ellas ya se contemplaba el abono por el Instituto Nacional de Previsión de las indemnizaciones por despido reconocidas por sentencia firme cuando su cobro no pudiera realizarse por insolvencia del empresario, amparando el derecho de repetición contra el empresario, “si viniera a mejor fortuna”. Este derecho además,

¹⁰¹ De 4 de marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial (BOE de 8 de marzo de 1977). Nótese que la fecha es la misma que la del RD-LRT.

¹⁰² BRAGADO ALFAGEME, J. C., “El Fondo de Garantía Salarial: Un estudio comparado”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 7, 1981, pág. 338.

¹⁰³ Orden de 28 de marzo de 1977, por la que se dictan normas de aplicación del Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial (BOE de 9 de marzo de 1977)

¹⁰⁴ En particular, el art. 20 de la Orden de 5 de mayo de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por desempleo en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 19 de mayo de 1967) desarrollando el art. 176 de la Ley sobre Bases de la Seguridad Social (aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, BOE de 22 de abril de 1966). El punto 52 de la señalada Ley de Bases (BOE de 30 de diciembre de 1963), hacía ya referencia a una prestación complementaria para “el abono de las indemnizaciones reconocidas por sentencia de la Magistratura de Trabajo en favor de trabajadores despedidos, cuando éstos no puedan hacerlas efectivas por insolvencia del deudor”.

se amplió en 1970¹⁰⁵ a los casos de suspensión de pagos (provisional o definitiva) y quiebra (fortuita o fraudulenta), momento en el que expresamente se hace referencia al instituto de la subrogación del Instituto Nacional de Previsión frente al empresario deudor¹⁰⁶. En todo caso, la convivencia de ambos regímenes no estuvo exenta de problemas de determinación de la responsabilidad del INP o del FOGASA, que finalmente se inclinaron hacia éste¹⁰⁷.

La concreción de los conceptos protegidos y en gran medida los problemas financieros¹⁰⁸ que afectaban al FOGASA motivaron su pronta reforma; así, mediante RD-L 34/1978, de 16 de Noviembre¹⁰⁹ –que deroga la prestación a la que se acaba de hacer referencia–, se limitan las indemnizaciones por despido garantizadas a las reconocidas judicial o administrativamente, las producidas en virtud de expediente de regulación de empleo, incumplimiento empresarial o resolución del contrato por modificación sustancial de condiciones de trabajo, con el límite en todos los casos de un año de salario. Los salarios de tramitación, al equipararse a estos efectos a las deudas salariales ordinarias, resultan igualmente limitados, en la suma de unos y otras, a un máximo de cuatro mensualidades.

En todo caso, la incidencia inicial de este organismo sobre los costes de despido es nula: únicamente supone una mayor protección del trabajador, pero en ningún caso supone liberar al empresario, en todo o en parte, de la deuda con aquel, pues siempre se mantendrá el crédito por las cantidades pagadas. No obstante, la creación del FOGASA va a suponer un primer paso de participación del Estado en la modulación directa de las indemnizaciones de despido, pues como se verá en las siguientes páginas, llegará a ser obligado principal –y no meramente subsidiario y con derecho de repetición– de parte de las deudas nacidas de la indemnización por despido, alcanzando su máxima intensidad en las reformas de 2010. Sin embargo, en la LPGE 2014 va a volver a su papel de estricto garante de las obligaciones empresariales, al eliminarse la responsabilidad directa, como más adelante se verá.

3.- EL DERECHO DEL DESPIDO DEL COMIENZO DEL PERIODO CONSTITUCIONAL

3.1.- La Constitución Española de 1978

En el Capítulo III de esta investigación analiza con cierto grado de detalle la afectación de la norma constitucional en el ámbito del despido, fijando cuáles son los

¹⁰⁵ Orden de 15 de julio de 1970 por la que se modifica el artículo 20 de la de 5 de mayo de 1967 sobre prestaciones por desempleo de la Seguridad Social (BOE de 21 de julio de 1970).

¹⁰⁶ BRAGADO ALFAGEME, J. C., “El Fondo de Garantía Salarial”, cit., pág. 335.

¹⁰⁷ GARCÍA MURCIA, J., *El fondo de garantía salarial*, cit., pág. 84.

¹⁰⁸ RAMÓN DANGLA, R., “Las relaciones laborales durante la transición democrática: el papel del fondo de garantía salarial”, cit., pág. 290.

¹⁰⁹ Por el que se reforma el Fondo de Garantía Salarial (BOE de 18 de noviembre de 1978)

límites que el legislador tiene que respetar conforme a la CE en la regulación de la terminación de la relación de trabajo, por lo que no resulta necesario reiterar aquí sus normas desde la perspectiva material. En general, dado que el régimen jurídico vigente, del que se dará cuenta en los capítulos posteriores, es en gran medida tributario de las normas que se fueron aprobando a partir de este momento histórico, no resultará necesario detenerse en el contenido de las mismas de la forma que se ha hecho hasta ahora durante este recorrido histórico, sino en la lógica de las mismas y los objetivos que llevaron a su promulgación.

Hecha esta remisión, no puede negarse que la CE tiene un importante alcance en todos los niveles del derecho del trabajo, como en la mayor parte de las ramas del ordenamiento jurídico. El modelo de sociedad que propone el constituyente, a diferencia del régimen precedente, no se declara como una carta otorgada, sino que se legitima en la voluntad popular; frente al fuerte intervencionismo de la legislación franquista, se sustenta sobre la idea de libertad, que junto a la justicia, la seguridad y la promoción del bien común de cuantos integran la Nación española, abre el preámbulo de esta norma fundamental. Frente a las constituciones de la mitad del siglo XX, en las que el centro de atención se encuentra en la libertad y el pluralismo –lógica reacción frente al autoritarismo de los países del bando vencido que amenazó Europa– la Constitución española, como también lo harían la portuguesa o la griega, responde también a las necesidades sociales, en la línea de las diferentes declaraciones de derechos¹¹⁰.

La concepción del trabajo se altera notablemente; aunque la lógica relacional del vínculo laboral proclamada en los primeros años del franquismo fuera más teórica que real, como se ha ido desgranando en páginas anteriores, es inevitable la comparación: la Constitución sigue entendiendo el trabajo como un deber, pero no lo es ya evidentemente por imposición divina como en el Fuero de 1938. El deber de trabajar responde ahora a una obligación de carácter cívico, de contribución al progreso económico de la sociedad en su conjunto, y su coercibilidad es prácticamente nula, sin perjuicio de que pueda darse un tratamiento jurídico menos ventajoso a quienes no lo cumplen¹¹¹; el derecho al trabajo, que guarda una estrecha relación con la obligación de los poderes públicos de perseguir el pleno empleo, se orienta a la satisfacción de necesidades económicas, más que a la realización como ser humano. Aunque indudablemente el derecho “a la libre elección de profesión u oficio” guarda relación

¹¹⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “El mundo del trabajo en la constitución”, en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 1336.

¹¹¹ MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”, en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 193-194.

con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), no parece ser esta la dimensión principal del art. 35 CE.

Al mismo tiempo, se configura el nuevo régimen democrático como un Estado social y democrático de derecho (art. 1 CE), lo que determina el equilibrio entre la libertad en sus múltiples manifestaciones y la intervención de poder público en la economía y las relaciones jurídico privadas para el cumplimiento de sus fines. Así, centrándonos en el ámbito del derecho del trabajo y particularmente en la regulación del despido, se conjugan diversas manifestaciones del valor superior “libertad” que pueden confluir entre sí: la libertad de empresa (art. 38 CE) íntimamente vinculada con el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) y atemperado por la invocación a las exigencias de la economía general, y en su caso de la planificación del mismo artículo¹¹², se conjuga con la realización de los fines de justicia social (art. 9.2 CE) y el derecho al trabajo del art. 35 CE.

Ello conlleva una concepción del despido como un equilibrio de derechos entre empresario y trabajador que corresponde resolver, con los límites ya vistos, al legislador en desarrollo del “Estatuto de los Trabajadores” al que mandata el art. 35 CE. Sin embargo, no puede decirse que la Constitución establezca propiamente un modelo concreto de relaciones laborales¹¹³, sino que se limita a establecer ciertos límites al legislador, derivados del respeto a los equilibrios antes señalados y la preservación del conjunto de garantías y derechos, sin perjuicio del efecto de los principios rectores de la política social y económica. Es por tanto, precisamente este conjunto de límites y garantías lo que conforma el modelo constitucional de relaciones laborales, entendido como el conjunto de reglas directamente aplicables emanadas de la Constitución, particularmente en lo relativo al contenido esencial de los derechos fundamentales¹¹⁴.

En lo relativo a la regulación de la extinción del contrato de trabajo, va a suponer la protección máxima frente a los despidos vulneradores de Derechos Fundamentales, y la exigencia de un cierto grado de tutela frente a los despidos contrarios a derecho¹¹⁵, pues del “derecho al trabajo” recogido en el art. 35 CE se deriva¹¹⁶, como

¹¹² MONTOYA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 42.

¹¹³ BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 451.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ En los momentos próximos a la aprobación de la constitución se llegó a defender que debiera derivarse incluso la readmisión forzosa para todos los supuestos de despido injustificado; MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 288.

¹¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”, cit., pág. 202.

tempranamente señaló el Tribunal Constitucional una necesaria causalidad del despido¹¹⁷. No quiere decirse con ello que la Constitución no tenga un impacto de suma relevancia en el Derecho del trabajo, pues resulta evidente que en otros aspectos el texto constitucional supone un verdadero punto de inflexión, como es el caso del derecho colectivo del trabajo¹¹⁸.

Al margen de ello, la necesidad del que el Estatuto de los Trabajadores sea regulado por ley (art. 35.2 CE), aunque no suponga una reserva absoluta¹¹⁹, sí va a suponer un importante cambio respecto a la práctica franquista, en la que las regulaciones relativas al despido aparecen en normas de muy distinto rango. La regulación en la ley de los elementos básicos del contrato, unido a los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa (art. 9.3 CE) van a servir para evitar la dispersión normativa. Al margen de ciertas normas de desarrollo en materia de despido colectivo –por otra parte expresamente previstas por la ley– la regulación relativa a la extinción del contrato de trabajo va a gozar en democracia de una cierta unidad, solo rota por la separación (no siempre clara) del régimen sustantivo y el procesal, así como por la creación de medidas coyunturales en leyes específicas, pero en todo caso resulta indudable que se da un proceso de recuperación del espacio normativo por parte de la ley¹²⁰.

3.2.- El Estatuto de los trabajadores de 1980: el esquema básico de indemnizaciones por despido

3.2.1.- Los antecedentes y el proyecto del Gobierno

La necesidad de regular las relaciones de trabajo conforme a un marco más moderno, (puesta de manifiesto en los sucesivos Decretos Leyes descritos) ya se estableció en los Pactos de la Moncloa¹²¹ como una de las áreas en las que era precisa una transformación de fondo en el sistema económico el desarrollo de un “código de derechos y obligaciones de los trabajadores en la empresa”, que el PCE trató de llevar a efecto (sin éxito) en la legislatura constituyente mediante una proposición legislativa

¹¹⁷ STC 22/1981, de 8 de julio, Fj. 8º.

¹¹⁸ MONTOYA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, cit., pág. 51.

¹¹⁹ BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, cit., pág. 437.

¹²⁰ MARTÍN VALVERDE, A., “Las transformaciones de derecho del trabajo en España (1976-1984) y la ley 32/1984 de reforma del Estatuto de los trabajadores”, en Miguel Rodríguez-Piñero (dir.), *Comentarios a la nueva legislación laboral: Ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 18.

¹²¹ Particularmente en el documento de “Criterios previos” al “Acuerdo sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía”, aprobado el 27 de octubre de 1977, que fueron aprobados el 9 de octubre de ese mismo año.

de idéntico título¹²², que consagraba esencialmente derechos y proclamaba la estabilidad en el empleo.

Al margen de estos intentos previos, el mandato Constitucional de regular un Estatuto de los trabajadores fue pronto objeto de atención por los poderes políticos; el 19 de abril de 1979 el Grupo Parlamentario comunista presentaba un primer texto¹²³, rechazado por la mayoría gubernamental en pleno de 12 de septiembre de 1979¹²⁴, en el que seguía abogando por una estabilidad casi absoluta en el contrato de trabajo: el tiempo indefinido se configura como regla general (art. 7), admitiendo la contratación temporal con carácter excepcional, restringida a los casos en que los convenios colectivos lo previeran (art. 8). La estabilidad en el empleo se completa en esta malograda proposición legislativa con la readmisión obligatoria en caso de despido declarado como improcedente (art. 10).

Frente a esta propuesta, el Gobierno de Suárez aprobó el 1 de junio en Consejo de Ministros el texto del Proyecto de Ley sobre el Estatuto de los Trabajadores, elaborado por el Instituto de Estudios Sociales, presidido entonces por el profesor SAGARDOY BENGOCHEA. Este texto, que según el gobierno admite no había sido planteado con carácter previo a los agentes sociales¹²⁵, recoge importantes novedades en la materia que es objeto de esta investigación, a pesar de que en la motivación presentada a las Cortes se ignore este tema, al margen de la breve enunciación del contenido del Título I, dedicándose casi por completo al régimen jurídico del derecho colectivo, posiblemente por ser este radicalmente distinto al sistema corporativo nacional del régimen precedente. En líneas generales, se procede a una flexibilización de la contratación de trabajo, ampliando el marco de contratación temporal¹²⁶, y a una mayor concreción de las consecuencias del despido.

En este proyecto de Estatuto se mantiene la presunción del carácter indefinido con las excepciones de temporalidad que hoy se mantienen (obra o servicio

¹²² Presentada el 13 de diciembre de 1977, fue informada negativamente para su toma en consideración por la Comisión de Trabajo el 31 de enero de 1978 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 9) y posteriormente rechazada por el pleno el 1 de febrero de 1978 (Diario de sesiones núm. 11).

¹²³ Proposición de Ley sobre el Estatuto de los trabajadores, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, Serie B, el 7 de mayo de 1979, con una modificación posterior publicada en el mismo Boletín Oficial con fecha de 9 de julio de 1979, con objeto de salvar el veto gubernamental por el potencial incremento de créditos o disminución de ingresos que pudiera suponer, sobre la base del art. 134 CE.

¹²⁴ Diario de Sesiones núm.28. En la votación contó con el voto en contra de los grupos parlamentarios integrados por UCD y AP, y la abstención de los socialistas, justificada en que al mismo tiempo ya se tramitaba en comisión el texto propuesto por el Gobierno, que sería el que finalmente vería la luz.

¹²⁵ Tanto el entonces Ministro de Trabajo (CALVO ORTEGA) como el propio SAGARDOY, encargado de su redacción, negaron haber recibido presiones de la patronal o haberlo consensuado con ésta antes de su aprobación por el Consejo de Ministros (*vid.*, “El estatuto de los trabajadores reconoce la contraposición de intereses en las relaciones laborales” y “El Gobierno incorporará al estatuto de los trabajadores los acuerdos entre patronales y sindicatos”, en el *diario EL PAÍS* de 2 de junio de 1979)

¹²⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La política de empleo en España (1977-1982): un quinquenio de política centrista ante la crisis económica*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1985, págs. 60-64.

determinado, circunstancias de la producción e interinidad) junto con la posibilidad fomento del empleo por parte del gobierno. La enunciación de las causas de terminación del contrato de trabajo (art. 47) recogen, diversos supuestos derivados directa o indirectamente de la voluntad del empresario: la fuerza mayor (pues no opera automáticamente sino que meramente habilita al empresario para la extinción), la cesación causal de la industria, el incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones (siempre que el trabajador ejerza la acción correspondiente) y por despido, que en esta enunciación no se acompaña de ningún adjetivo que lo califique.

En el caso de los despidos por causas “tecnológicas, económicas y fuerza mayor” se ajusta el procedimiento a la nueva estructura de representación de los trabajadores en la empresa: así, se prevé un procedimiento de consultas de 30 días (salvo en caso de fuerza mayor) con los representantes legales, con el objeto de buscar alternativas. Tras éste periodo, se comunicará el resultado de la negociación a la Autoridad Laboral, que dispone de 15 días para acordar “sin más trámite” la extinción de los contratos que se hubiera acordado, y en defecto de pacto resolverá lo que proceda en 30 días ampliables, estableciéndose ciertas garantías para evitar el alzamiento de bienes y las quiebras fraudulentas en perjuicio de los trabajadores.

En relación a la causalidad del despido objetivo, no se introducen nuevas razones, manteniendo los rasgos principales del procedimiento y el preaviso variable en función de la antigüedad de la empresa; en relación al despido disciplinario, tampoco hay cambios sustanciales, aunque las causas se sistematizan de nuevo, posiblemente con una mejor técnica legislativa. Tampoco en la forma y efectos innova el proyecto del gobierno de Suárez, calificando aún como nulo únicamente el despido que adolezca de defectos formales, y dotándolo además de los mismos efectos que el despido improcedente.

Las principales diferencias se encuentran en lo referente a los efectos del despido improcedente; aunque se mantiene el doble juego de la indemnización por la extinción y por los salarios dejados de percibir, se reduce notablemente la cuantía y sobre todo se elimina toda discrecionalidad judicial en la fijación del montante que deberá abonar el empresario. El proyecto establece una cuantía fija y más reducida que la vigente en ese momento: el trabajador improcedentemente despedido percibirá 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades. De esta forma, se reduce el módulo que multiplica al salario y la antigüedad en una cuarta parte (desde las dos mensualidades completas), y además no es ya un mínimo a partir del cual el juez discrecionalmente y en atención a ciertos parámetros cuantifica el perjuicio del trabajador, sino una regla absoluta que no admite valoración alguna. Además, la indemnización máxima que puede obtener el trabajador se reduce en un treinta por ciento desde las cinco anualidades (60 mensualidades) del RD-LRT. El ámbito de

decisión judicial, sin embargo, no desaparece completamente, sino que se conserva en perjuicio del trabajador, aunque dentro de los topes que introduce este proyecto de Estatuto: establece la reducción de entre un 15 y un 30% en el caso de empresas de menos de 25 trabajadores fijos. Igualmente, se limita la responsabilidad empresarial en cuanto a los salarios de tramitación, pues el tiempo que exceda de 60 días (o dos meses, pues el precepto usa ambas referencias indistintamente) “será por cuenta del Estado”.

Por último, cabe mencionar que en lo referente a lo que en esta investigación se denominarán como “extinciones inducidas” se produce una reclasificación de los efectos de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, con los consiguientes efectos económicos; sólo en caso de que éstas supongan un perjuicio de su formación profesional o un menoscabo de su dignidad darán lugar a una indemnización como la prevista para el despido improcedente; en otro caso, cuando la modificación sea sustancial (y no la condición modificada), si afecta a determinadas materias, dará lugar a una rescisión indemnizada con una cuantía calculada del mismo modo que la del despido procedente por causas objetivas (veinte días de salario por año de servicio), pero con un tope inferior: nueve mensualidades de salario.

3.2.2.- La tramitación parlamentaria del ET80 y el coste despido en la política de empleo

En el proceso de debate parlamentario fueron muchos los cambios que se realizaron al texto, siendo presentadas en total 803 enmiendas al articulado¹²⁷. En materia de despido, sin embargo, debe destacarse que la mayor parte de ellas respondían únicamente a una mejora técnica o gramatical del proyecto gubernamental, sin importantes cambios en el fondo, con las excepciones que a continuación se detallarán. No obstante, un seguimiento de los debates parlamentarios permite apuntar líneas argumentativas que se van a mantener durante las siguientes décadas, y que incluso llegan hasta hoy. Así, ya aparecen las críticas y proyecciones que aún aparecen ante las reformas laborales: el fracaso de la norma por carecer del suficiente apoyo social¹²⁸; la idea de que la rigidez para despedir impide la contratación¹²⁹ o la concepción de la regulación más permisiva del despido como destructora de empleo cuando se produce en un contexto de crisis¹³⁰.

¹²⁷ Informe de la Ponencia, BOCG-Congreso, núm. 62-I 3, Serie A, de 23 de octubre de 1979.

¹²⁸ El Diputado de Euskadiko Ezquerria BANDRÉS MOLET, en la primera sesión de la Comisión de Trabajo aventuró que la nueva norma sería “un rotundo fracaso” por haber sido aprobada sin el apoyo de los trabajadores, según reflejó GALLEGU-DÍAZ, S. “Socialistas y Comunistas, enfrentados respecto al estatuto del trabajador”. *El País*, 7 de septiembre de 1979.

¹²⁹ El entonces diputado y posteriormente Ministro de Trabajo PÉREZ MIYARES sostuvo lo siguiente: “Todo esto no tiene más que una filosofía: ¿Estamos nosotros aquí por la defensa de los puestos de trabajo, puesto a puesto? ¿Se trata de hacer tan rígida la situación de los trabajadores en la empresa que por el hecho de ser casi imposible que a un trabajador se le pueda despedir estemos cerrando el mercado de empleo de tal manera que en este país no se coloque

Aparece, por tanto, claramente definido en el debate político el doble efecto económico de la reducción de los costes de despido que se ha expuesto en el Capítulo I: por una parte, al abaratar la decisión extintiva al empresario, puede incrementar el desempleo en momentos de crisis, pues se reduce el coste de ajustar el nivel de empleo a la demanda de productos o servicios de la empresa. Por otra parte, al limitarse la indemnización que potencialmente tendrá que abonar el empresario en caso de necesitar prescindir de un trabajador, se reduce el riesgo de su contratación, aumentando por tanto el beneficio esperado de dicho incremento de plantilla. Puede también destacarse cómo ya en este momento se atribuye a la normativa laboral – particularmente a la regulación de las formas de extinción del contrato– aunque sea implícitamente, la capacidad de generar un efecto positivo o negativo de gran magnitud en los niveles de empleo, ya sea para crearlo o destruirlo con unos menores costes de despido.

En este sentido, puede destacarse que la concepción de la contratación temporal –que en este momento aún permitía la extinción del contrato a coste cero en todos los casos– como mecanismo de fomento del empleo responde a la lógica expuesta: en un momento de crisis de empleo, la eliminación de los costes de despido para contratos temporales supone un estímulo a la demanda de trabajo, al reducir el coste total estimado. Así, en el verano de 1981, poco más de un año después de la sanción del Estatuto, se aprobarían los primeros contratos temporales de fomento del empleo, al amparo de las previsiones del art. 17.3 y 15.1.d ET80. De este modo, mediante Real Decreto, el Gobierno autorizó la contratación temporal acausal por periodos de entre tres meses y tres años para determinados colectivos, que dada su amplitud¹³¹ supuso en la práctica una permisividad total para estos contratos sin coste extintivo¹³².

a nadie? ¿Es que no nos estamos dando cuenta de que esta legislación que estamos queriendo ahora consagrar como la mejor es, entre otras cosas, la que está haciendo que el país no sea capaz de salir de la crisis de empleo que tiene, producida por las causas que sean, éstas y otras? Pero este mecanismo no está operando a favor de la solución del problema y cuando queramos dar solución al mismo al final resulta que las cuantificaciones y las nostalgias que yo sin duda respeto, pero no comparto, me parece que no son las respuestas lógicas, coherentes y válidas para el problema con que nos estamos enfrentando”¹²⁹; argumento, por otra parte, inmediatamente respondido por el líder sindical (y diputado comunista) CAMACHO, negando tal efecto al sostener que “los empleos no se crean despidiendo con más facilidad a los trabajadores” *Ibíd.* Pág. 3747.

¹³⁰ El dirigente comunista Carrillo, en el pleno, refiriéndose a la mayoría, y en relación con el texto presentado, afirmó que “abren las compuertas al despido en este Estatuto, al despido objetivo, al despido disciplinario, bajo múltiples formas, sin control, que van a servir para que los empresarios pongan en la calle a un gran número de obreros” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados num. 51, de 11 de diciembre de 1979, pág 3398)

¹³¹ Trabajadores mayores de 45 años, incluidos en el registro de Minusválidos o que tenga el grado de incapacidad permanente total o parcial, inscritos como demandantes de empleo en las Oficinas de Empleo, quienes no hubieran realizado actividades por cuenta ajena de forma habitual, y quienes hubieran trabajado por cuenta propia y cesado en dicha actividad con al menos tres meses de antelación, habiéndose inscrito en la oficina de empleo.

¹³² Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo (BOE de 11 de julio de 1981), refundido posteriormente en el Real Decreto 1145/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo (BOE de 1 de julio de 1982). En este último se recogieron conjuntamente normas relativa a la contratación a tiempo parcial, contratos formativos, y fomento

Volviendo al contenido de la sección IV del Capítulo III del Título I del Estatuto de los Trabajadores –que como en la versión actual tiene por objeto la extinción del contrato de trabajo– la principal modificación del texto en relación al proyecto es la relativa al procedimiento de despido objetivo por causas económicas o tecnológicas, pues se invierte el efecto de la falta de resolución de la autoridad administrativa ante la solicitud empresarial, que pasa a ser negativo, salvo que el silencio se mantenga también en el recurso de alzada correspondiente, en cuyo caso sí que se entiende autorizada la extinción solicitada. Se incluye, además, entre las capacidades de la autoridad laboral, la posibilidad de estimar de oficio o a instancia de parte la existencia de dolo, coacción o abuso de derecho en los casos en los que se presentara un acuerdo.

Otro cambio relevante es el relativo a los efectos del despido nulo, pues se amplía su ámbito al que, sin ser procedente, se produzca durante la suspensión del contrato del trabajador, y se impone la readmisión obligatoria, rompiendo así la equiparación con el despido improcedente. Respecto a este último, sin cambiar lo fundamental, se eliminó en la tramitación parlamentaria el último resquicio de discrecionalidad judicial¹³³, al fijarse taxativamente la reducción de la indemnización en un veinte por ciento, asumiendo de la resultante el FOGASA el abono del cuarenta por ciento. En consecuencia, la indemnización en este caso se reduce a 36 días de salario por año de servicio, de los cuales sólo 21,6 son abonados por el pequeño empresario, de tal modo que la distinción entre despido objetivo procedente e improcedente prácticamente es inexistente, pues en el primer caso, en este primer Estatuto de los Trabajadores, el FOGASA no abonaba ninguna parte de la indemnización.

En algunos casos se incrementaron las garantías para el trabajador, como con la exigencia del transcurso de dos meses desde la modificación para apreciar la falta de adaptación como causa de despido objetivo, la restricción a empresas de menos de 50 trabajadores para la amortización individualizada de puesto y la preferencia para el reingreso del trabajador despedido en caso de que se reviviera la plaza amortizada en el año siguiente.

3.3.- La consolidación del modelo: la reforma de 1984

Tras las elecciones de octubre de 1982, en las que el Partido Socialista obtiene una amplia mayoría absoluta, se plantea una doble posibilidad: o bien la defensa de sus posturas de tutela del trabajador, que había defendido durante la tramitación del

orientado a determinados colectivos (desempleados sin prestación o con responsabilidades familiares, y minusválidos y mujeres con responsabilidades familiares), así como los trabajos de colaboración social.

¹³³ SAGARDY BENGOCHEA, J. A., *La terminación del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pág. 176.

ET80, o bien la consolidación definitiva del modelo y la continuidad de la apuesta por el abaratamiento del coste del despido, como política de fomento del empleo. El año 1983 (el nombramiento de Felipe González como presidente se publica en el BOE del 1 de diciembre de 1982) comienza con una tasa de desempleo del 17,28%, lo que resulta un problema ciertamente grave, dado que en 1978 era inferior al 5%, y la tendencia muy negativa. En ese mismo año, una primera reforma¹³⁴ que combina la intención tuitiva con la de reparto del empleo¹³⁵, mejoró los derechos de los trabajadores en materia de jornada máxima y vacaciones anuales, pero no alteró el régimen jurídico de la extinción contractual, y las posteriores reformas van a suponer una consolidación del modelo ucedista, e incluso una profundización en el mismo¹³⁶.

La Ley 32/1984¹³⁷, que afectó también al régimen jurídico de la representación de los trabajadores, supone un cambio de mayor calado y va a producir algunos efectos claros sobre el mercado de trabajo. En la Exposición de Motivos se recoge la misma idea que en las normas anteriores: el derecho del trabajo es un mecanismo económico de lucha frente a la crisis; en este sentido, el primer párrafo es altamente ilustrativo: “La adaptación del marco institucional que regula el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía española, tras la crisis económica del último decenio, constituye una necesidad imperiosa en orden a conseguir que las perspectivas de un crecimiento económico futuro, más sustancial que el de los últimos años, se traduzcan en la creación del mayor número de empleos posibles, objetivo fundamental y prioritario del programa del Gobierno”. Para ello, continua la norma, se pretende dotar de mayor claridad y estabilidad a la legislación, así como centrar los esfuerzos en el desempleo juvenil a través de los contratos formativos, y fomentar el reparto del trabajo por medio de los contratos a tiempo parcial y la introducción del contrato de relevo.

En la articulación de todo este nuevo régimen jurídico laboral de fomento del empleo los costes de despido van a tener un papel crucial. No se trata sólo de que los contratos formativos que se potencian tengan un coste nulo a su terminación –pues el colectivo destinatario es relativamente reducido– sino que se va a intentar generar empleo a costa del incremento de la temporalidad. Así, la nueva redacción del art. 15 ET80 incluyó entre las modalidades de duración determinada el contrato de

¹³⁴ Operada por la Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días (BOE de 30 de junio de 1983)

¹³⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La contratación temporal en la ley 32/1984 y en los decretos de desarrollo”, en Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la nueva legislación laboral: Ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 86.

¹³⁶ CASAS BAAMONDE, M. E. ET AL., “Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español”, cit., pág. 327.

¹³⁷ Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 4 de agosto de 1984)

lanzamiento de nueva actividad, que al igual que el resto de los contratos temporales se extinguía sin indemnización; al mismo tiempo, se amplía a través del art. 17.3 la capacidad gubernamental para establecer “medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo”, al suprimir la referencia a colectivos concretos y sustituirla por la genérica expresión “trabajadores demandantes de empleo”. Se puede afirmar que esta reforma es el punto de máxima expresión de la flexibilidad normativa –flexibilidad externa o de ajuste de cantidad de trabajo– de la legislación española¹³⁸.

Tanto en este como en otros ámbitos de la reforma de 1984, el objetivo de la norma es, como ya se ha planteado, claramente flexibilizador, profundizando por tanto en la línea de actuación de los gobiernos precedentes, aunque con un predominio de lo adaptativo a la situación de crisis sobre otros elementos de carácter ideológico. De esta forma, no se produce formalmente una descausalización total de la contratación temporal ni se elimina la norma de la contratación indefinida como regla general, sino que simplemente se admite que, en un contexto de incertidumbre, la puesta en marcha de un nuevo negocio o el lanzamiento de un nuevo producto o servicio suponen un riesgo para el empresario, que se puede verse disuadido de su inversión si además el derecho le impide extinguir fácilmente las relaciones laborales en caso de que no se obtengan los resultados esperados¹³⁹.

El desarrollo reglamentario de esta reforma, tanto en la delimitación del concepto de “nueva actividad” como, sobre todo, en el uso de la facultad de permitir la contratación temporal para el fomento del empleo (vid. infra), constituye una configuración que, aunque formalmente mantiene la preferencia por el contrato indefinido, supuso una apuesta por la temporalidad y eventualidad como única vía para la creación de empleo¹⁴⁰, lo que se tradujo en un aumento de la ocupación –que no guarda necesariamente relación de causalidad con la reducción de los costes de despido, sino que coincide con un periodo de expansión económica¹⁴¹– a costa de un incremento espectacular del uso de la contratación indefinida temporal, que aún hoy no ha logrado revertirse.

Aun cuando no existen datos sobre los niveles de temporalidad anteriores al segundo trimestre de 1987, en el Gráfico II-3 puede apreciarse con claridad como desde este momento (y con toda probabilidad manteniendo la tendencia iniciada en los primeros años 80) y hasta el año 1995, la totalidad de la creación de empleo se

¹³⁸ CASAS BAAMONDE, M. E. Y VALDÉS DAL-RÉ, F., “Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. I, 1989, pág. 246.

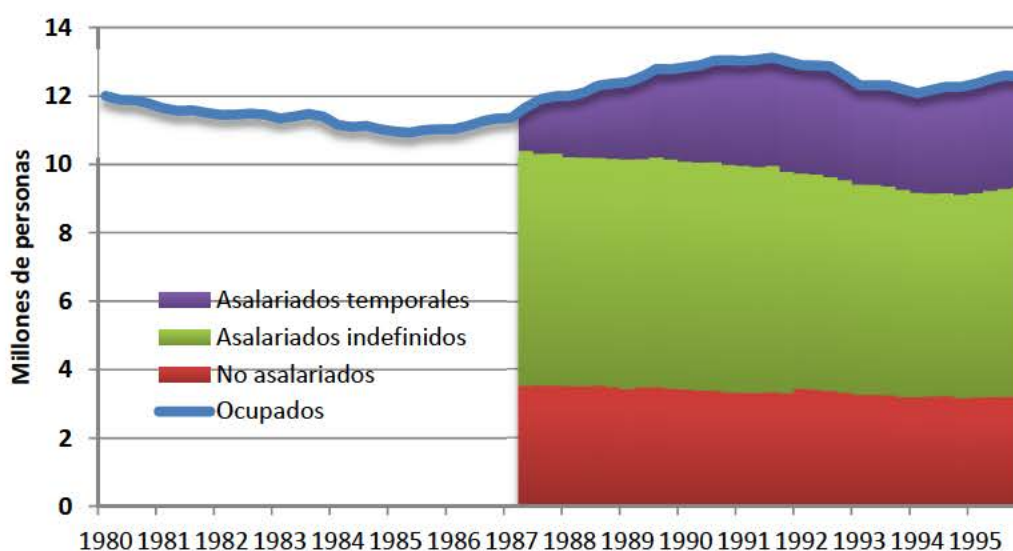
¹³⁹ MARTÍN VALVERDE, A., “Las transformaciones de derecho del trabajo en España...”, cit., págs. 33-34.

¹⁴⁰ CASAS BAAMONDE, M. E. ET AL., “Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español”, cit., pág. 329.

¹⁴¹ TOHARIA CORTÉS, L., “El modelo español de contratación temporal”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 64, 2002, pág. 120.

concentra en la contratación de duración determinada. De esta forma, el primer dato disponible arroja una tasa de temporalidad del 15,5%, que crece de manera casi constante hasta el tercer trimestre de 1995, momento en que alcanza un 35,2% de los asalariados, lo que supuso que más de la cuarta parte de los ocupados lo estuvieran bajo alguna modalidad de empleo asalariado de duración determinada. De este modo, entre el segundo trimestre de 1987 y el mismo periodo de 1995 se destruyeron casi 860.000 empleos indefinidos y se crearon algo menos de 2 millones de puestos de trabajo de carácter temporal. De un modo algo simplificado, puede afirmarse que a partir de ese momento existe una macrodivisión del mercado de trabajo: los de antes y los de después de los decretos de flexibilización de la duración del contrato de 1982¹⁴².

Gráfico II-3: Evolución del número de ocupados por tipo de ocupación



Fuente: Elaboración propia a partir de la EPA

3.4.- La contratación temporal para crear empleo

3.4.1.- El contrato de lanzamiento de nueva actividad

La ley 32/1984, adaptando la figura prevista en el borrador de Directiva Comunitaria presentado en 1982, aunque yendo algo más allá¹⁴³, introduce entre las causas válidas para la contratación temporal en el art. 15 ET80 el “lanzamiento de nueva actividad”, con una duración máxima de tres años; esta modalidad se mantendría en este precepto (y en igual ordinal en el texto refundido de 1995) hasta

¹⁴² SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral”, en Juan Rivero Lamas (dir.), *La Flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, pág. 187.

¹⁴³ El contrato de lanzamiento de actividad en este borrador –desaparecería después en la versión de 1984– exigía duración incierta, lo que no hizo el legislador español; MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “El contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, I, 1985, pág. 121.

1997, cuando el gobierno lo suprimió¹⁴⁴ en ejecución del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo (AIEE), firmado el 7 de abril de 1997 entre las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las sindicales CCOO y UGT. Con ello se continúa una línea tímidamente iniciada en los años de la Transición, durante la que se habían previsto, como medida anticrisis y de fomento del empleo sendos decretos dirigidos a determinados parados perceptores de prestaciones de desempleo¹⁴⁵ o jóvenes¹⁴⁶ que fueran contratadas por empresas que no hubieran realizado expedientes de crisis.

Este tipo de contrato de duración determinada no limita su objeto al nacimiento de nuevas empresas, como podría parecer a primera vista, sino que tiene un alcance notablemente más amplio. Aunque en gran medida supone una cierta descausalización de la contratación temporal estructural¹⁴⁷ –no puede olvidarse que no se configura como una herramienta coyuntural–, el punto de partida es la existencia de una circunstancia “objetiva” que motiva una necesidad de carácter potencialmente temporal. A diferencia de las modalidades estrictamente estructurales reguladas en las tres primeras letras del art. 15 ET80, no es la prestación de servicios que realizará el trabajador la que quedará sin objeto por el transcurso del tiempo (por finalización de la obra o servicio, por desaparición de la necesidad eventual o por reincorporación del trabajador sustituido) sino la falta de certidumbre de la continuidad de la actividad¹⁴⁸, con lo que en la práctica queda a medio camino entre lo estructural y la mera descausalización de fin coyuntural¹⁴⁹.

El desarrollo reglamentario de esta forma contractual, realizado pocos meses después de la aprobación de la ley¹⁵⁰, precisa que concurra la causa habilitante para llevarlo a cabo “en los casos de las Empresas de nuevo establecimiento”, pero también “de aquellas ya existentes que amplíen sus actividades como consecuencia del lanzamiento de una nueva línea de producción, un nuevo producto o servicio o de la

¹⁴⁴ Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE de 17 de mayo de 1997)

¹⁴⁵ RD 3280/1977, de 9 de diciembre, por el que se dictan normas sobre derecho de bonificación en las cuotas a la Seguridad Social (BOE de 26 de diciembre de 1977)

¹⁴⁶ RD 3281/1977, de 16 de diciembre, sobre política salarial y empleo (sobre empleo juvenil) para desarrollo de la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 43/1977, de 25 de noviembre. (BOE de 26 de diciembre de 1977), sustituido posteriormente por el RD 883/1978, de 2 de mayo, de promoción del empleo juvenil (BOE de 3 de mayo de 1978), y este a su vez por el Rd 41/1979, de 5 de enero, de promoción del empleo juvenil (BOE de 12 de enero de 1979). Una visión crítica de todos ellos puede encontrarse en OJEDA AVILÉS, A., “El fin de un principio, el de estabilidad en el empleo”, cit., págs. 474-479.

¹⁴⁷ CASAS BAAMONDE, M. E. Y VALDÉS DAL-RÉ, F., “Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España”, cit., pág. 248. De “causalidad relativa” lo califica LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 59.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La contratación temporal en la Ley 32/1984”, cit., pág. 97.

¹⁴⁹ GARCÍA VIÑA, J., “Los nuevos contratos laborales de duración determinada (y II)”, *Actualidad laboral*, 1, 1995, pág. 197.

¹⁵⁰ Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos (BOE de 23 de noviembre de 1984), en concreto en el art. 5.

apertura de un nuevo centro de trabajo”. En cierta medida, se produce una acumulación de tareas, pero a diferencia del contrato eventual por circunstancias de la producción, no se acota en el tiempo, sino que simplemente se ignora si tendrá continuidad. En el caso de empresas de nueva creación, de hecho, la expectativa del empresario será, con carácter general, de permanencia en el tiempo, pero el empleador no se verá obligado por la ley a formalizar el contrato indefinido hasta que transcurra el plazo máximo legal antes indicado. Lo cierto es que incluso aunque el empresario tenga un elevado grado de certeza sobre la continuidad en el tiempo de la actividad y de esa necesidad de mano de obra podrá emplearse esta figura, pues aunque la incertidumbre subyace a la lógica de la figura legal, no se establece como requisito¹⁵¹.

El Real Decreto no acoge una definición del término “lanzamiento” similar al usado comúnmente en el lenguaje empresarial, pues este no es otra cosa que la puesta en el mercado de un nuevo producto o servicio, una fase concreta dentro de la ampliación o mejora de la actividad; en el caso de este contrato, ese momento de comercialización es jurídicamente irrelevante, pues se entiende que la referencia es realmente la “nueva actividad” más que su lanzamiento¹⁵². De esta forma, durante un plazo de dos años y medio desde el “lanzamiento” (dado que los tres años son el límite durante el cual el contrato puede estar vigente sin transformarse en indefinido y que la duración mínima del mismo ha de ser de seis meses), se permite la contratación temporal sin necesidad de más justificaciones¹⁵³.

La finalidad de esta figura resulta clara: se quiere facilitar al máximo la inversión y la puesta en marcha de nuevas líneas de negocio que puedan generar empleo, estableciendo en cierto modo un periodo de exención de la aplicación del régimen imperativo sobre la extinción del contrato de trabajo indefinido. Para evitar la precarización absoluta que supondría permitir al empleador prescindir en cualquier momento del trabajador, se fija una duración mínima para el contrato y cada una de sus prórrogas, con un preaviso de 15 días en caso de que se quiera dar por terminada la relación laboral. De esta forma, se crea una figura contractual mediante la que lícitamente se puede despedir sin coste al trabajador (siempre que se haga al final de cada una de las prórrogas) durante los primeros años de la actividad. Al no prohibirse la rotación de trabajadores en los puestos de la nueva actividad¹⁵⁴, puede operar como

¹⁵¹ SEGURA, J. ET AL., *Análisis de la contratación temporal en España*, cit., pág. 23.

¹⁵² RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La contratación temporal en la Ley 32/1984”, cit., pág. 99. En el mismo sentido, MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “El contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad”, cit., pág. 126.

¹⁵³ SEGURA, J. ET AL., *Análisis de la contratación temporal en España*, cit., pág. 24.

¹⁵⁴ En la versión preliminar del Real Decreto sí se contenían mecanismos para prevenir que el contrato se empleara para sustituir a trabajadores despedidos improcedentemente, por causas económicas o por Expediente de Regulación de Empleo, pero finalmente no fueron recogidos por el texto aprobado, posiblemente por los problemas prácticos que

un dilatado periodo de prueba, en el más amplio sentido: el empresario dispone de tres años durante los cuales evaluar la conveniencia del mantenimiento del puesto de trabajo en sí mismo y del trabajador o trabajadores individualmente considerados.

En todo caso, el impacto real de esta figura sobre el empleo fue ciertamente reducido, pues pese a la flexibilidad de la causa de temporalidad, ajena a toda incertidumbre de la actividad empresarial e interpretada generosamente por los tribunales¹⁵⁵, la convivencia con la figura del contrato temporal de Fomento del Empleo, en el que ni siquiera concurre un requisito causal, resultó más atractivo: mientras que dicha figura acausal que a continuación se estudiará supuso entre 1985 y 1992 aproximadamente el 20% de los contratos temporales firmados, el contrato de lanzamiento de nueva actividad nunca superó el 1,3%¹⁵⁶. Únicamente a partir del endurecimiento del contrato temporal de Fomento en 1992 y su posterior supresión en 1994 va a incrementarse levemente su uso, como se expone más adelante.

3.4.2.- El contrato temporal de Fomento del Empleo

El art. 17.3 ET80 inicialmente aprobado, al que se remitía el art. 15.1.d, ya establecía la posibilidad de que el gobierno pudiera establecer medidas, entre otras, “de duración” para facilitar la colocación de trabajadores “de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo”, indicando el segundo párrafo del mismo apartado que, en este caso, la duración máxima del contrato de trabajo no podría exceder de tres años.

El gobierno de Suárez ya hizo uso de esta facultad en términos bastante amplios – mediante el RD 1363/1981¹⁵⁷, admitiendo la duración máxima permitida por la ley. Los trabajadores susceptibles de ser contratados por esta vía, en la práctica, no estaban restringidos, pues entre otros colectivos se dirige además del ya amplio de “trabajadores inscritos como demandantes de empleo en las oficinas de empleo”, a mayores de 45 años, trabajadores minusválidos, quienes no hayan realizado actividades por cuenta ajena de forma habitual y a quienes habiendo realizado actividades por cuenta propia permanezcan tres meses inscritos como parados. La generosidad de los incluidos, unida a la posibilidad de realizar ofertas nominativas a los inscritos en las oficinas de empleo, supone en la práctica la descausalización casi plena de la temporalidad.

habría acarreado, según indica MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “El contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad”, cit., pág. 130.

¹⁵⁵ Una revisión de la jurisprudencia sobre este contrato puede encontrarse en SANGUINETI RAYMOND, W., “Reforma del mercado de trabajo y restablecimiento del principio de causalidad de la contratación temporal: Un interrogante específico: el contrato por lanzamiento de nueva actividad”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 66, 1994, págs. 574-576.

¹⁵⁶ Datos del INEM tomados de SEGURA, J. ET AL., *Análisis de la contratación temporal en España*, cit., pág. 93.

¹⁵⁷ Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo (BOE de 11 de julio de 1981)

Este primer contrato de fomento del empleo puede realizarse por un periodo mínimo de tres meses, con periodo de prueba conforme a la regulación general, prorrogable hasta el tope de los tres años, aunque si no se procede ni a la denuncia ni a la prórroga, el contrato se considera “prorrogado tácitamente por tiempo indefinido”. Para el caso de que alguna de las partes decidiera dar por terminada la relación, únicamente se exige un preaviso de 15 días para el caso de contratos de duración superior a un año, sustituible por el abono de los correspondientes salarios.

La principal limitación de esta primera versión del contrato temporal para el fomento del empleo se encontraba en el art. 5 del RD, donde se fijaban unos topes en relación a la plantilla del centro de trabajo, inversamente proporcionales al tamaño del mismo (es decir, no podía superar el cinco por ciento en los de más de mil trabajadores, pero podía alcanzar el treinta por ciento en los de menos de 30 empleados en plantilla)¹⁵⁸. Esta limitación fue suavizada en el verano de 1982¹⁵⁹, ampliando los límites en un 5% para todos los tamaños de plantilla excepto para las más pequeñas: para los centros de trabajo de menos de cincuenta trabajadores se extendió hasta el 50% con la posibilidad de llegar a la totalidad de la plantilla “previa comunicación” a la Dirección Provincial del INEM.

Tanto en uno como en otro caso, estos contratos temporales acausales se previeron con carácter coyuntural, pudiendo celebrarse hasta el 31 de diciembre de 1982, límite este que fue posteriormente ampliado, ya bajo el Gobierno de González¹⁶⁰, durante un año más, al tiempo que se reducían los topes de proporción de plantilla para las empresas medianas y grandes, pero no así para las más pequeñas¹⁶¹. Ya se aprecia en esta misma norma que el legislador tema la temporalización del empleo asalariado, entendido como una sustitución de fijos por indefinidos que, como se ha expuesto más arriba, efectivamente se produjo: el nuevo apartado segundo del art. 6 prohíbe la contratación bajo esta modalidad para cubrir puestos de trabajo vacantes por terminación de otro contrato temporal, despido improcedente o ERE durante el año precedente, y además se duplica la duración mínima hasta los seis meses y se reduce la máxima a los dos años.

La consolidación definitiva de esta modalidad contractual de duración determinada sin causa de temporalidad se produce en 1984, tras la modificación del ET

¹⁵⁸ En el caso del sector de la construcción, se hizo necesario “interpretar” el alcance del concepto de plantilla, entendiendo que incluía también a los “fijos de obra”; Real Decreto 1838/1981, de 3 de agosto, por el que se interpreta el artículo 5. del Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio (BOE de 27 de agosto de 1981)

¹⁵⁹ El Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo (BOE de 1 de julio de 1982), al margen de refundir diversas disposiciones de fomento, tanto por colectivos como por regiones, tuvo por objeto “agilizar” la utilización de dichas medidas.

¹⁶⁰ Real Decreto 3887/1982, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, que regula diversas medidas de fomento del empleo (BOE de 31 de diciembre de 1982).

¹⁶¹ En el caso de las de menos de cincuenta trabajadores, se introdujo una distinción, limitando temporalidad acausal del 40% para los centros de trabajo de más de 26 empleados.

en la que se simplifican los destinatarios de los contratos –demandantes de empleo– en lo que supone la práctica universalización¹⁶², y sobre todo se exige que la reglamentación (infralegal) establezca una “compensación económica” por la terminación de estos contratos.

El RD 1989/1984¹⁶³ deroga la normativa anterior, aunque mantiene los rasgos esenciales (acausalidad, efectos de la falta de denuncia, preaviso...), regresando a la duración máxima (inicial o prorrogada) de tres años. No obstante, los cambios introducidos, aunque sean pocos, tienen una relevancia notable, pues van a suponer una ampliación y estabilización de unas medidas inicialmente transitorias¹⁶⁴. La principal novedad radica, por mandato de la ley, en la introducción de la compensación por terminación (se evita el uso del término indemnización, que sí se emplea en el caso de que no se respete el preaviso), equivalente a 12 días de salario por año de servicio. Por otra parte, se asume que la situación de alto desempleo en que sustenta la descausalización de la contratación temporal, aun siendo un aspecto “coyuntural”, no es un problema de corto plazo, por lo que se dota de permanencia a la figura contractual, eliminando la limitación temporal de su vigencia¹⁶⁵. En último término, pero no menos relevante, se suprime la restricción del uso de esta figura a un porcentaje de la plantilla, con lo que se abre la puerta a que, cualquiera que sea el tamaño de la empresa (en realidad, del centro de trabajo), puedan realizarse contratos temporales ilimitados.

Por otra parte, para tratar de evitar una persistencia en el tiempo de la temporalidad en la contratación, se veda el uso de este contrato para la cobertura de vacantes dejadas por otro contrato temporal que hubiera agotado la duración máxima legalmente prevista.

En este contexto, la temporalidad acausal pronto alcanzó niveles de uso de la contratación temporal similares a las formas más comunes de causalidad estructura (obra o servicio y eventuales), llegando incluso a situarse en niveles próximos a la contratación eventual por circunstancias de la producción, a principios de la década de los 90. Con una tasa de desempleo del 17,4%, y con tendencia creciente, se dicta el RD-L 1/1992, de 3 de abril, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo¹⁶⁶.

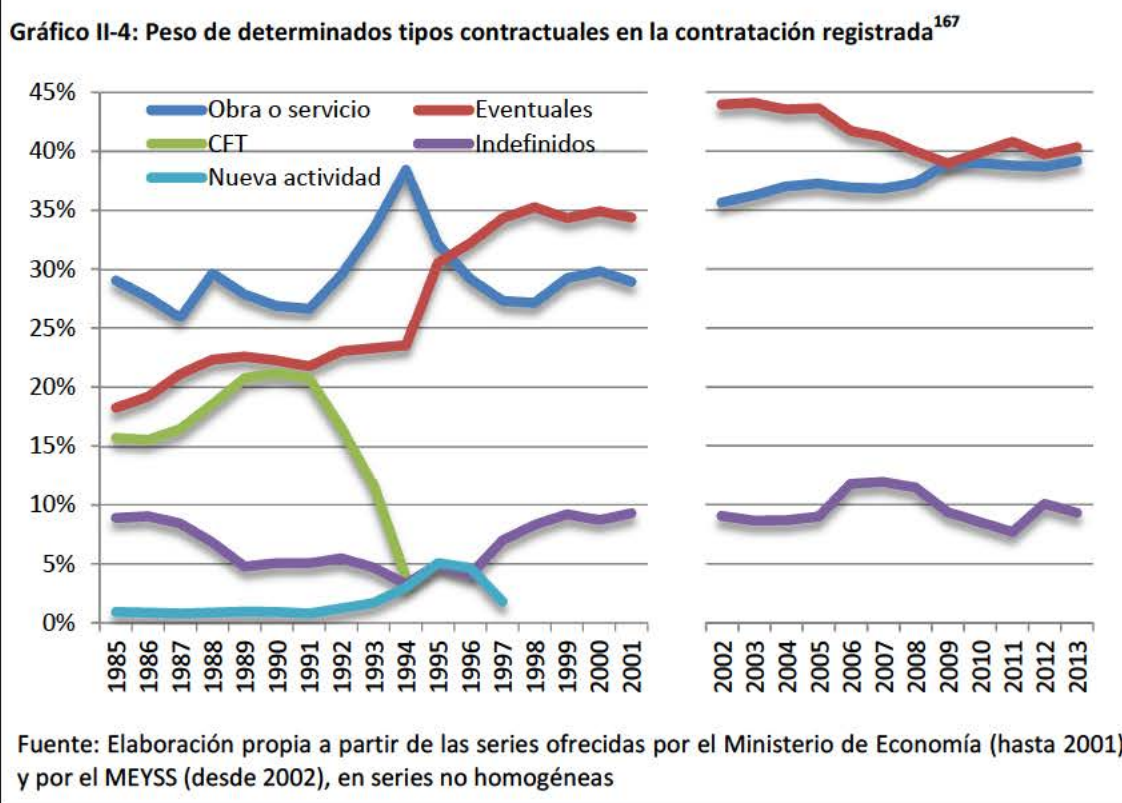
¹⁶² SEGURA, J. ET AL., *Análisis de la contratación temporal en España*, cit., pág. 26.

¹⁶³ Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo (BOE de 9 de noviembre de 1984).

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La contratación temporal en la Ley 32/1984”, cit., pág. 105.

¹⁶⁵ SEGURA, J. ET AL., *Análisis de la contratación temporal en España*, cit., pág. 25.

¹⁶⁶ BOE de 7 de abril de 1992. Tramitado como proyecto de Ley, dio lugar a la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo. (BOE de 4 de agosto de 1992)



Las consideraciones de estabilidad presupuestaria hacen necesario ajustar el gasto por desempleo ante la moderación del crecimiento económico, y para ello uno de los objetivos planteados explícitamente por el Gobierno es el incremento del empleo indefinido, que pretende reducir la rotación excesiva y, eventualmente, el uso considerado “fraudulento” para la generación de prestaciones. Con dicho fin, se modificó el RD regulador del contrato de fomento, ampliando la duración mínima a doce meses, al igual que el periodo mínimo cotizado necesario para la prestación por desempleo. Esta pérdida de flexibilidad, posiblemente unida a la interiorización por los empresarios de la utilidad de la contratación temporal para el ajuste a lo largo de la década precedente¹⁶⁸, tuvo un efecto inmediato que puede verse en el Gráfico II-4: su uso fue sustituido por los contratos eventuales y en menor medida por los de obra¹⁶⁹ y, que mantenían su anterior flexibilidad, en una tendencia que no se alteraría significativamente hasta la desaparición final del contrato temporal de fomento del empleo de alcance universal en la reforma de 1994. No obstante, antes de este punto se produce un nuevo intento de crear, o al menos conservar empleo, por vía de la

¹⁶⁷ Estas series incorporan únicamente los contratos a tiempo completo, recogiendo todos los contratos temporales a tiempo parcial de forma separada. A partir de 2002 está disponible la serie agregada, que es la que se representa.

¹⁶⁸ También se ha denominado “proceso de aprendizaje por parte de las empresas del uso de los contratos temporales como elemento de flexibilidad”. TOHARIA CORTÉS, L., “El modelo español de contratación temporal”, cit., pág. 133.

¹⁶⁹ Como ya señaló ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1997, pág. 213.

contratación temporal: el RD-L 3/1993¹⁷⁰ va a establecer una ampliación de la duración en un año para aquellos contratos que alcanzaran los tres entre el 3 de marzo y el 31 de diciembre de ese año.

El RD-L 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación¹⁷¹ ignora estos contratos, pero en su tramitación parlamentaria (la antes llamada reforma de 1994) introduce en la disposición derogatoria el RD 1989/1984, si bien la DA3ª no sólo mantiene la vigencia entre los existentes –lo que resultaría lógico por simple seguridad jurídica– sino que permite su prolongación hasta en 18 meses para los contratos cuyo periodo de máxima vigencia finalizara en 1994.

No obstante, el 17.3 del ET permanece intacto y, en la misma reforma de 1994, se crea un nuevo contrato de fomento del empleo, que como ya ocurriera en las primeras versiones del mismo, se restringe en su vigencia: sólo será aplicable durante 1994, aunque posteriormente la Ley de acompañamiento a los presupuestos de los sucesivos ejercicios¹⁷² extenderían su vigencia con un ámbito cada vez más acotado, limitándose finalmente a los trabajadores con discapacidad. El ámbito subjetivo esta vez resulta acotado a trabajadores desempleados integrados en ciertos colectivos con dificultades para el acceso al empleo: mayores de 45 años, minusválidos y beneficiarios de prestaciones de desempleo (contributivas o asistenciales) inscritos por al menos un año en las oficinas de empleo. Las condiciones son similares al suprimido por la misma norma: duración mínima de un año y máxima de tres.

En todo caso, puede afirmarse que la reforma de 1992 supone un punto de inflexión en la concepción de la temporalidad como mecanismo para la creación de empleo, y las sucesivas reformas van a tratar de reducirla con escaso éxito; tan sólo se logró alcanzar un cierto punto de “equilibrio estacionario”¹⁷³ en niveles superiores al

¹⁷⁰ RD-L 3/1993, de 26 de febrero, de medidas urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo (BOE de 2 de marzo de 1993).

¹⁷¹ BOE de 7 de diciembre de 1993, se transformaría, tras su tramitación parlamentaria, en la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE de 23 de mayo de 1993).

¹⁷² L 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE de 31 de diciembre de 1994). En 1995 la ausencia de mayoría parlamentaria impidió al gobierno aprobar los presupuestos, por lo que la prórroga del programa, con remisión al art. 44 L 42/1994 se realizó por RD-L 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera. Posteriormente lo mantuvieron las sucesivas leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: la L 13/1996, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1996), la L 66/1997, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1997), L 50/1998, de 30 de diciembre (BOE de 21 de diciembre de 1998), que excluye a los minusválidos –en este momento ya contaban con una regulación específica– e incluye a los desempleados inscritos menores de 30 años, la L 55/1999, de 29 de diciembre, (BOE de 30 de diciembre de 1999), limitándolo a trabajadores minusválidos, L 14/2000, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre de 2000), que prorroga el anterior, y después el RD-L 5/2001, de 2 de marzo (BOE de 3 de marzo de 2001) tramitado como L 12/2001 de 12 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 10 de julio de 2001); éste fue prorrogado por la siguiente Ley de acompañamiento, la L 24/2001, de 27 de diciembre (BOE de 21 de diciembre de 2001). La derogación formal del art. 44 de la L 42/1994 se produjo en la reforma de 2006 (RD-L 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 14 de junio de 2006), que establece el Contrato temporal para el fomento del empleo para personas con discapacidad.

¹⁷³ TOHARIA CORTÉS, L., “El modelo español de contratación temporal”, cit., págs. 130-134.

30%, que se mantendrán hasta bien entrado el Siglo XXI. El Gráfico II-4 presentado más arriba permite observar cómo el fuerte descenso de la contratación para fomento del empleo a partir de 1992 no genera un aumento de la contratación indefinida, sino que se traslada en un primer momento hacia el contrato de obra y servicio determinados, y posteriormente a los contratos eventuales por circunstancias de la producción.

3.4.3.- El contrato de inserción y otras medidas de fomento del empleo temporal

El fin de la apuesta por la temporalidad como mecanismo general para generar empleo en los primeros años 90 no supone una renuncia absoluta a la utilización de los contratos de duración determinada como herramienta de política económica para incidir en el mercado de trabajo. Al margen de que el art. 17.3 ET permite aún hoy que el gobierno siga disponiendo de las medidas “de duración” para facilitar la colocación de trabajadores de empleo, nunca se ha renunciado a los contratos formativos como mecanismo para reducir el diferencial de desempleo de los jóvenes con respecto al resto de la población¹⁷⁴.

La diferencia radica en que, a diferencia del ET80, el texto vigente desde la reforma de 1997¹⁷⁵, fruto del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo firmado ese mismo año por los agente sociales, suprime la posibilidad de que la contratación temporal sea en sí misma una medida de fomento para el empleo, sino que ahora será simplemente un camino para entrar en el mercado con vistas a la consecución de la estabilidad. La nueva redacción del art. 17.3 ET establece con claridad que “Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido”. De esta manera, la contratación temporal ya no se debe usar como mecanismo para abaratar el despido con la esperanza de generar más empleo, sino como instrumento de entrada hacia la estabilidad o para atender las necesidades de colectivos que, por sus especiales dificultades de inserción, puedan encontrar demasiadas dificultades en la búsqueda de empleo.

En esta línea, cuatro años después en la reforma del RD-L 5/2001 se aprueba el llamado “contrato de inserción”, mediante la adición de un nuevo subapartado d) al art. 15.1 ET. A diferencia de las figuras del contrato de lanzamiento de nueva actividad

¹⁷⁴ Así, a título de ejemplo, en la reforma de 2001, a la que se hará referencia a continuación por la creación del contrato de inserción, se amplía el ámbito del contrato para la formación hasta el punto de que desde algún sector doctrinal llegara a plantearse si la intención del legislador es una vuelta a figuras como el contrato temporal de fomento del empleo. DESDENTADO BONETE, A., “La reforma de la contratación temporal en la Ley 12/2001”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Reforma Laboral Del Año 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el Año 2002: La Ley 12/2001 y el ANC-2002*, 2002, págs. 58-61.

¹⁷⁵ Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE del 16 de mayo de 1997) y tramitado como Ley 63/1997, de 26 de diciembre (BOE de 30 de diciembre de 1997)

o de fomento del empleo, en este caso no nos encontramos ante una herramienta dirigida a la economía productiva, sino que puede encuadrarse más bien entre las políticas activas de empleo¹⁷⁶. En primer lugar, no puede concertarlo cualquier empresario, sino únicamente las Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro. Además, el objeto del contrato no puede ser simplemente realizar funciones para dichos empleadores, lo que supondría simplemente una contratación acausal en favor de determinados sujetos, sino que se restringe a obras o servicios de interés general o social, que deben a su vez servir al trabajador para adquirir experiencia laboral y mejorar su empleabilidad.

Lo relevante en este contrato no es la naturaleza temporal de la prestación de servicios por parte del trabajador, sino su “inserción”, su cualificación o recualificación para volver al mercado de trabajo “normal” tras realizar la actividad objeto del contrato. En todo caso, aunque a la obra o servicio no se le exija la autonomía dentro de la actividad del empleador, sí debe ser identificable, por cuanto que la duración de aquellos marcará la del contrato, de modo que en cierta medida sí que hay una necesidad temporal, aunque puede ocurrir que su carácter repetido la haga idónea para la contratación indefinida. Al margen de los evidentes riesgos de uso fraudulento¹⁷⁷, guarda cierta similitud con las adscripciones en colaboración social, si bien a diferencia de éstas es un verdadero contrato de trabajo, en el que lo que se percibe por el trabajador es un sueldo, y no una prestación pública, sin perjuicio de que los costes laborales sean asumidos por los servicios públicos de empleo.

No obstante, este contrato nunca tuvo una importancia cuantitativa importante (en total fueron algo más de 200.000 contratos, lo que supuso siempre bastante menos del 1% de los registrados), y fue suprimido cinco años después por el RD-L 5/2006. En la práctica, la delimitación de actividades y destinatarios era difusa¹⁷⁸, y la ausencia de costes de terminación y sobre todo su escasa retribución lo hacían poco atractivo para los trabajadores.

Al margen de esta figura, que ciertamente puede clasificarse como fracasada, es posible destacar alguna otra medida coyuntural que indirectamente ha apostado por la contratación temporal, bajo la premisa de que en un contexto de crisis de empleo “mejor un trabajo temporal que un parado”¹⁷⁹ y justificando así la suspensión de las

¹⁷⁶ En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Contrato de inserción”, en Antonio Ojeda Avilés, José Antonio Cabrera Fernández (dirs.), *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 263.

¹⁷⁷ DESDENTADO BONETE, A., “La reforma de la contratación temporal en la Ley 12/2001”, cit., pág. 64.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La desaparición de una modalidad contractual en suspenso: el contrato de inserción”, en Juan José Fernández Domínguez (dir.), *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, 2006, págs. 112-113.

¹⁷⁹ Afirmación realizada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social GÓMEZ SÁNCHEZ en rueda de prensa tras el consejo de Ministros el 26 de agosto de 2011, en el que se aprobó la suspensión temporal de vigencia del art. 15.5

consecuencias de la concatenación de contratos temporales que se trata más adelante¹⁸⁰. En todo caso, parece que la aspiración a incrementar el empleo mediante una reducción de costes de despido “en el margen”, esto es, sólo para los nuevos trabajadores que entran en un régimen de precariedad, es una tendencia superada. En las últimas décadas, como se verá en el epígrafe siguiente, el objetivo de las sucesivas reformas legislativas –con la anomalía de la suspensión temporal del art. 15.5 ET en 2011 a la que más adelante se aludirá– ha sido precisamente restringir el uso de los contratos temporales en favor de los indefinidos, mediante estrategias diversas.

4.- LOS COSTES DEL DESPIDO EN LA LUCHA CONTRA LA DUALIDAD DEL MERCADO DE TRABAJO

4.1.- Panorama

A lo largo la de cada de 1980 y hasta la reforma de 1992, el ordenamiento jurídico laboral apostó, como se ha expuesto, por la temporalidad como mecanismo de creación de empleo, hasta el punto de haberse afirmado que la introducción de los contratos temporales –tras la flexibilización del principio de estabilidad en el empleo construido entre los años 30 y 70 del siglo XX– representa el cambio institucional más importante habido en el mercado de trabajo en la década de los años 1980¹⁸¹. El resultado, como muestra con claridad el Gráfico II-5, es una tasa de temporalidad que durante casi 18 años –entre el tercer trimestre de 1990 y el segundo de 2008– se va a mantener por encima del 30%, duplicando los niveles de la Unión Europea¹⁸². Estas magnitudes de empleo temporal son un caso único en nuestro entorno: ninguna otra economía para la que la Agencia Estadística Europea registre datos supera esa barrera, y sólo Polonia y Portugal han alcanzado niveles del 20%. Al mismo tiempo, se aprecia una alta sensibilidad del empleo al ciclo económico, con periodos de fuerte creación de puestos de trabajo alternados con otros de elevada destrucción. Aunque la causalidad de este efecto posiblemente no pueda atribuirse sino a un conjunto de factores, es indudable que una alta temporalidad favorece este resultado.

Como se ha expuesto, el uso del empleo temporal como mecanismo generalizado de fomento del empleo –aún se mantiene para determinados colectivos, como es el caso de las personas con discapacidad– es superado, asumiéndose la necesidad de combatir la dualidad del mercado de trabajo, no sólo por un motivo social –un tercio

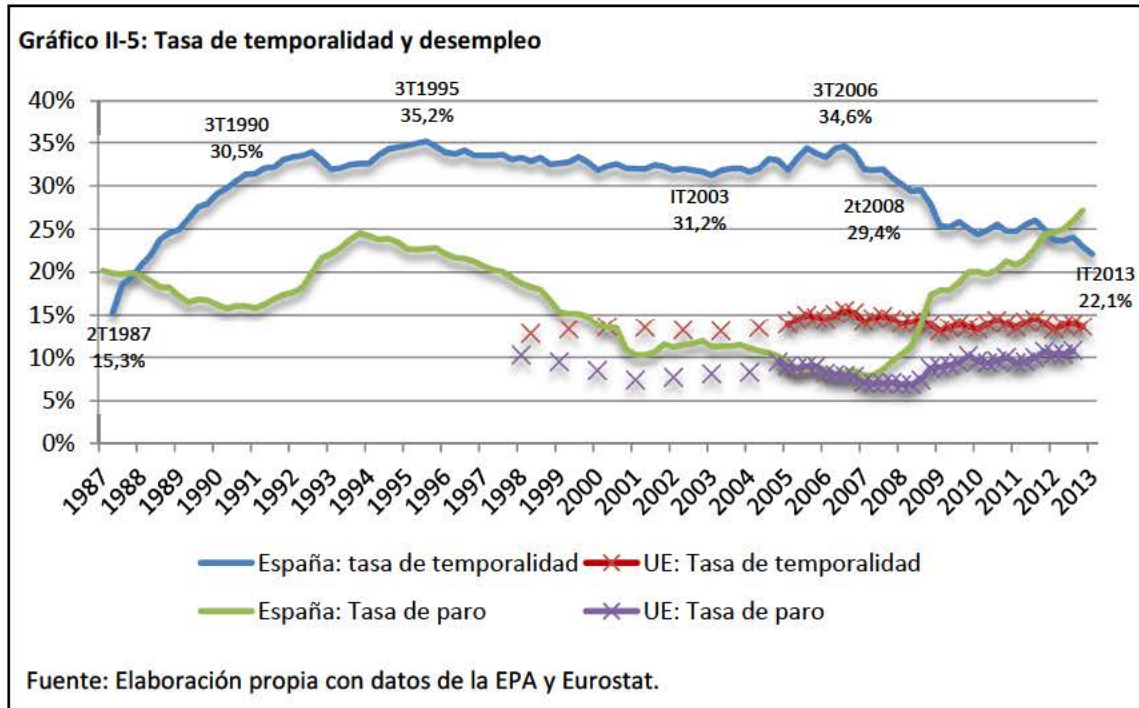
ET. Vid. GÓMEZ, M. “El gobierno recupera la receta del empleo precario para combatir el paro”, *Diario El País*, 27 de agosto de 2011.

¹⁸⁰ Vid. 0

¹⁸¹ BENTOLILA, S. Y DOLADO, J. J., “La contratación temporal y sus efectos sobre la competitividad”, cit., pág. 113.

¹⁸² La serie mostrada en el gráfico para la UE es la correspondiente al número de países que en cada momento la integran; la incorporación de nuevos países no altera significativamente la serie, lo que refuerza el carácter atípico del caso español

de los trabajadores se encontraba en una situación precaria– sino también estrictamente económico. Sin ánimo de reiterar los efectos negativos que tiene para los trabajadores, las empresas y la economía en general¹⁸³, sí es preciso recordar que una alta temporalidad dificulta decisión de inversión e innovación en las empresas y restringe decisiones de consumo y formación a los trabajadores, como reconoce también la doctrina laboralista¹⁸⁴.



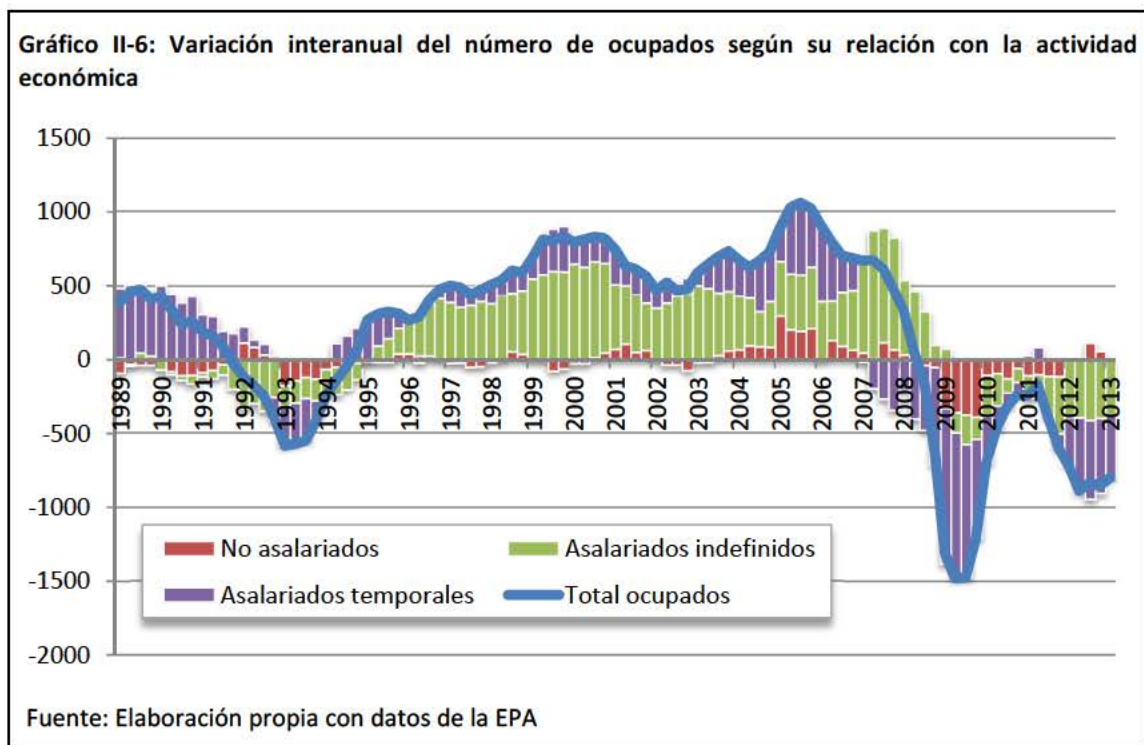
La larga –y como se aprecia en el Gráfico II-5 poco fructífera– lucha contra la temporalidad, ha recurrido a diversos instrumentos; aunque los resultados no han sido ciertamente espectaculares, sí que se han alterado algunos patrones en la creación de empleo. Si como pone de manifiesto el Gráfico II-3 en los años ochenta y primeros noventa del siglo pasado la creación de empleo se debe íntegramente al aumento de asalariados temporales, a partir de la segunda mitad de 1994, cuando empieza la recuperación del empleo, se altera notablemente esa tendencia. Entre el tercer trimestre de 1995 –momento de máxima temporalidad de toda la serie histórica, con un 35,2% de los asalariados– y el mismo periodo de 2002 se crean 3,18 millones de puestos de trabajo indefinidos por algo más de un millón de temporales, lo que sirve para reducir cuatro puntos la tasa de temporalidad¹⁸⁵. Este crecimiento contrasta claramente con el que tiene lugar antes de 1992, que como puede verse en la parte

¹⁸³ Vid. supra en el Capítulo I el epígrafe 2.2.

¹⁸⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma”, cit., pág. 209.

¹⁸⁵ Ha de tenerse en cuenta que con un tercio de los asalariados contratados por duración determinada, para que se mantenga la tasa de temporalidad, es necesario que la creación de empleo indefinido duplique a la de temporal. De ahí que la reducción no sea muy elevada.

izquierda del Gráfico II-6, se sostiene únicamente en el empleo temporal. De hecho, a pesar de la muy distinta magnitud y naturaleza de las crisis de los años 90 y la actual, puede verse como en aquella la ocupación indefinida comienza a sentir los efectos en destrucción de empleo desde el primer momento, mientras que en la actual ha tenido una mayor resistencia: en 2007 y la primera mitad de 2008, durante seis trimestres consecutivos, se mantuvo un crecimiento positivo del empleo basado –en lo que a asalariados se refiere– únicamente en empleo indefinido¹⁸⁶. No obstante, también debe resaltarse que ante el atisbo de recuperación que se produjo antes de la nueva recaída, a finales de 2011, la contratación temporal llegó a aumentar incluso el número de ocupados, mientras que seguían destruyéndose puestos de trabajo indefinidos.



Al margen de los incentivos económicos al empleo indefinido, que exceden del objeto de esta investigación, se han tratado de implementar, por una parte, medidas orientadas a impedir el uso de los contratos temporales cuando la necesidad empresarial no tenga realmente esta naturaleza, y por otra se ha tratado de hacer menos atractivo su uso. Dado que, como se ha desarrollado en el análisis de la perspectiva empresarial en el primer Capítulo, a igualdad de costes el empresario también preferirá la contratación indefinida, y al margen de la discriminación salarial la principal diferencia entre una y otra clase de vínculos es el coste agregado de

¹⁸⁶ De hecho, el empleo indefinido tiene crecimiento positivo hasta el primer trimestre de 2009. De esta forma, en esos dos años los asalariados con contrato indefinido aumentan en 570.000 mientras que se pierden 1,25 millones de puestos de duración determinada. La actual destrucción de empleo sigue siendo mucho mayor en el empleo temporal.

terminación¹⁸⁷, se ha intentado reducir esta diferencia. En los dos epígrafes siguientes se analizarán las medidas que han implementado las reformas de los últimos 20 años, en uno y otro sentido.

4.2.- La recausalización de la contratación temporal

4.2.1.- La causalidad en la contratación temporal

A.- Contexto y objetivos de la “recausalización”

Una vez suprimidas las modalidades de fomento del empleo (en puridad, reducidas a su mínima expresión), la contratación temporal en la legislación responde esencialmente a dos clases de motivos: por una parte, la existencia de una necesidad de trabajo adicional no permanente en la empresa, en los que la temporalidad de la relación se identifica con la del trabajo que se realizará¹⁸⁸ –contratación temporal estructural– y la adquisición por el trabajador de habilidades que mejoren su empleabilidad cuando carezca de experiencia –los contratos formativos.

En la contratación temporal estructural, no plantea especiales problemas de justificación la figura de la interinidad, pues se trata simple y llanamente de ocupar durante un periodo concreto un puesto de trabajo efectivamente existente en la empresa durante el tiempo en que el trabajador destinado a ocuparlo no puede hacerlo, bien porque su contrato se encuentre suspendido, bien porque aún no ha sido seleccionado. En el extremo contrario deben situarse los supuestos que sucesivamente recogió la letra d) del art. 15.1 ET (fomento del empleo, lanzamiento de nueva actividad y temporal de inserción), cuyos aspectos esenciales ya han sido señalados y cuyo carácter estructural resulta ciertamente discutible.

El centro del debate se centra, por tanto, en la causalidad de los contratos de obra y servicio determinados y el eventual por circunstancias de la producción, recogidos respectivamente en las dos primeras letras del art. 15.1, tanto del ET80 como del ET, y de los que se ha afirmado con razón que su conceptualización no es todo lo claro que sería deseable¹⁸⁹. Al margen de la mayor complejidad jurídica que presenta la identificación de los supuestos amparados y el mayor riesgo de uso fraudulento¹⁹⁰, estas figuras han copado algo menos del 90% de la contratación temporal, con muy

¹⁸⁷ JIMENO SERRANO, J. F. Y ORTEGA MASAGUÉ, A. C., “Veinticinco años de mercado de trabajo en España”, *Economía industrial*, 349, 2003, pág. 106.

¹⁸⁸ MERCADER UGUINA, J. R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 20.

¹⁸⁹ LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, cit., pág. 14.

¹⁹⁰ SAMPEDRO CORRAL, M., “La contratación abusiva o fraudulenta temporal y el reintegro por el empleador de la prestación contributiva por desempleo en la Ley 45/2002”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 49, 2004, pág. 62.

poca variabilidad¹⁹¹, por lo que resulta lógico que tanto las reformas como el análisis se hayan centrado en ellas, sobre las que se ha apreciado una progresiva pérdida de correlación entre la causa teórica y el uso real¹⁹².

B.- La llamada a la negociación colectiva

El primer intento de reconducir el contrato temporal a unos límites más precisos se realiza en la reforma de la Ley 11/1994¹⁹³, que va a dotar a la negociación colectiva de un papel central en la adaptación de las modalidades contractuales a la realidad de los sectores productivos y las empresas; el papel del convenio colectivo en esta materia no va a ser ya el de la relación de complementariedad, sino que se articulan regímenes más complejos, con elementos de suplementariedad y supletoriedad, según los casos¹⁹⁴.

El punto de partida esta reforma es la necesidad de flexibilizar el régimen jurídico de las relaciones laborales, pero sin que ello suponga una desregulación: por ello, se plantea como objetivo “potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral”.

El legislador, de hecho, no altera formalmente la regulación del contrato de obra, sino que en relación al mismo se limita a añadir que “los convenios colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”. Al margen de la discusión acerca del carácter declarativo o constitutivo de esta afirmación –es decir, si ya era posible tal delimitación en la negociación colectiva o si la reforma abre una nueva materia al contenido del convenio¹⁹⁵–, lo cierto es que no se produce una restricción del uso de este contrato, sino que se intenta que sean los agentes implicados en la relación laboral los que autorregulen esta materia.

¹⁹¹ En el periodo publicado en la web del SPEE (desde 2002), la media ha sido del 88%. El mínimo de esta serie en datos anuales, que corresponde al año 2009, es el 86%; el máximo, alcanzado tres años antes, es del 89,1%. En los datos mensuales, debido a la fuerte estacionalidad que presentan los datos de contratación, la variación es mayor, pero nunca alcanza niveles inferiores al 80%. Ya en 1997 se puso de manifiesto que la contratación temporal se encontraba polarizada en estas dos modalidades contractuales en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma”, cit., pág. 212.

¹⁹² En particular, sobre la descausalización del contrato de obra, MERCADER UGUINA, J. R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 22 y ss. En la misma obra se atiende al eventual, centrandolo el análisis en la contratación por las Administraciones públicas (págs. 39 y ss).

¹⁹³ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23 de mayo)

¹⁹⁴ LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral”, en Eduardo Rojo Torrecilla (dir.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997: [VIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Girona, 28 y 29 de noviembre de 1996]*, 1998, pág. 78.

¹⁹⁵ En este sentido, GARCÍA VIÑA, J., “Los nuevos contratos laborales de duración determinada (y II)”, cit., pág. 186; LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, cit., pág. 21.

La interpretación de este precepto no es clara, pues por una parte resulta evidente que no autoriza la creación de un nuevo contrato de duración temporal, ni tampoco que el convenio etiquete como “obra o servicio con sustantividad propia” lo que no lo sea, pues la ley sólo habilita a identificar, no a transformar el objeto del contrato¹⁹⁶, por más que en algunos casos se haya realizado su identificación de forma “deliberadamente etérea”¹⁹⁷; por otra parte, tampoco resulta razonable entender que la delimitación de estas actividades en el convenio –de cualquier ámbito, como aclararíala reforma de 1997¹⁹⁸– será automáticamente una lista cerrada de actividades que pueden ser cubiertas por esta vía, pues al margen de que siempre quedará la posibilidad de subsumir el contrato en el propio precepto legal, una interpretación en ese sentido chocaría frontalmente con el espíritu flexibilizador de la norma¹⁹⁹.

El desarrollo reglamentario²⁰⁰ no aclaró estas cuestiones, sino que se limitó a reiterar los requisitos de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa para la obra o servicio objeto del contrato²⁰¹, pero en todo caso, el impacto cuantitativo, como se ha visto, fue muy limitado, si es que existió.

El régimen del contrato de obra se ha mantenido estable a lo largo de los años, aunque en el año 2010²⁰² se introdujo una nueva limitación: la duración máxima de tres años ampliable por otro más por la negociación colectiva sectorial, medida esta cuya evaluación, en plena crisis económica resulta compleja, pues la destrucción de empleo está produciendo por sí misma un descenso de la temporalidad. En todo caso, como se aprecia en el Gráfico II-7, la media de duración de estos contratos no parece haber reaccionado ante esta limitación, sino que más bien se ha incrementado. Además, únicamente un 75% de los trabajadores bajo esta modalidad tienen una antigüedad inferior a los 36 meses, sin que haya indicios de que este porcentaje se

¹⁹⁶ En este sentido pronto se pronunció la doctrina (GARCÍA VIÑA, J., “Los nuevos contratos laborales de duración determinada (y II)”, cit., pág. 187; ; LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral”, cit., pág. 89.) y posteriormente el Tribunal Supremo que en relación a esta cuestión, y refiriéndose a los negociadores en los convenios colectivos afirmó que: “Se les permite «identificar», las tareas que, dentro de las de la empresa, tienen esa singularidad. No otorgar esa calificación a actividades distintas de las legalmente establecidas. Si unas determinadas labores no son propias de este contrato, por faltarle alguno de los requisitos que legalmente lo caracterizan, el convenio colectivo no puede autorizar su utilización.” (STS 23-09-2002, R° 222/2002)

¹⁹⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma”, cit., pág. 240.

¹⁹⁸ En efecto, al no haber ninguna limitación en la redacción originaria, nada obligaba a interpretar que estuviera vedada la concreción a algún nivel. DURÁN LÓPEZ, F., “Régimen jurídico de los contratos formativos y de duración determinada tras la reforma laboral de 1997”, en Antonio Martín Valverde (dir.), *Las reformas laboral y de la seguridad social de 1997*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998 (Cuadernos de derecho judicial), pág. 31.

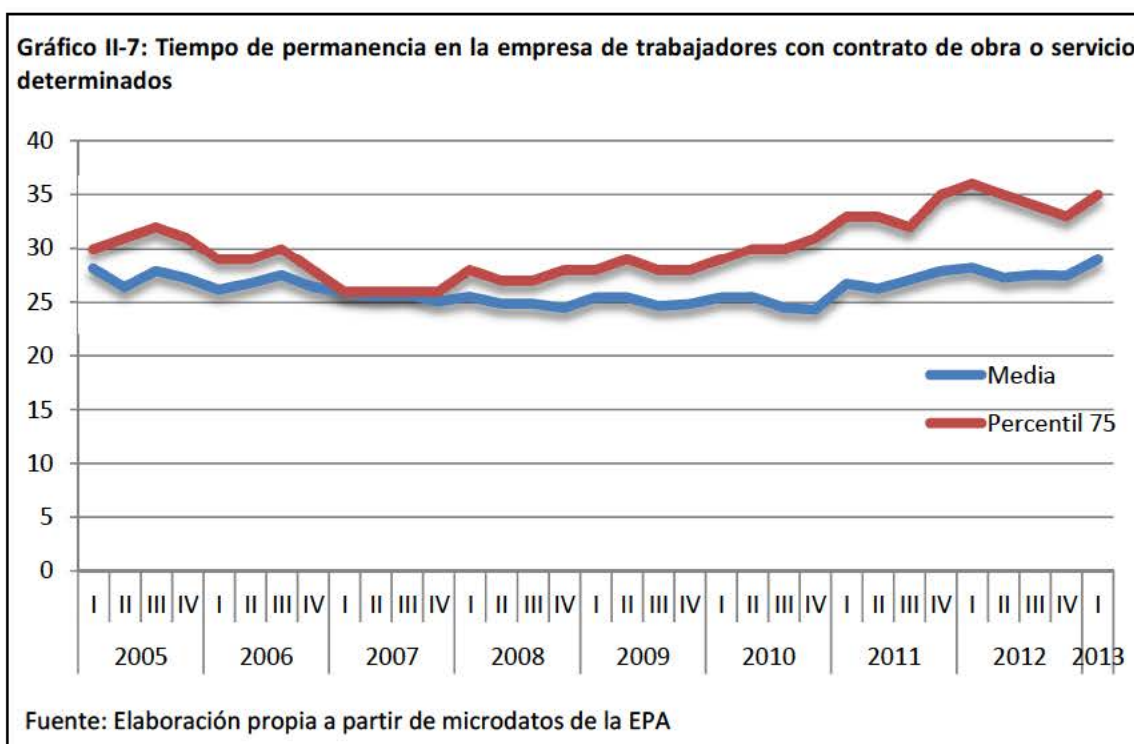
¹⁹⁹ GARCÍA VIÑA, J., “Los nuevos contratos laborales de duración determinada (y II)”, cit., pág. 187.

²⁰⁰ Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación (BOE de 26 de enero de 1995).

²⁰¹ Esta delimitación del objeto legal ya aparecía en el Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos (BOE de 23 de noviembre de 1984).

²⁰² Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 17 de junio de 2010), tramitado como Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18 de septiembre de 2010).

esté reduciendo, a pesar de que la EPA ya recoja datos de contratos celebrados bajo esta norma.



En relación con el contrato eventual por circunstancias de la producción, el legislador de 1994 también optó por añadir una remisión al convenio colectivo, aunque en este caso con mucha mayor intensidad, por cuanto que convirtió en supletoria la regla de la duración máxima del contrato; si bien se mantuvo que con carácter general éste no pudiera exceder de los seis meses en un periodo de doce, se habilitó a la negociación colectiva sectorial para alterar “la duración máxima de estos contratos o el período dentro del cual se pueden realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir”

.Al margen del potencial conflicto que pudiera surgir con los llamados contratos de temporada al atender al carácter estacional²⁰³, se introduce una flexibilidad amplísima, quizá para compensar la desaparición del contrato temporal de fomento, del que ciertamente tomó el relevo²⁰⁴. La cobertura a exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, va a poder hacerse ahora dentro del periodo de referencia pero medido desde la causa alegada para la temporalidad, no desde el comienzo de la prestación de servicios, como anteriormente. En la práctica, la negociación colectiva frecuentemente extendió la nueva duración ampliada pactada a contratos ya

²⁰³ GARCÍA VIÑA, J., “Los nuevos contratos laborales de duración determinada (y II)”, cit., pág. 190.

²⁰⁴ TOHARIA, L. (DIR) ET AL., *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, cit., págs. 30-31.

existentes, potenciando la concatenación²⁰⁵, con lo que el uso de esta figura se vió reforzado.

Aunque la doctrina entendió que la ampliación del plazo por convenio, aún no limitada por la ley, tendría que ser siempre acorde a la causa motivadora del contrato²⁰⁶, la deslegalización vino a propiciar en algunos casos una auténtica desnaturalización de la figura, llegándose a fijar límites de cinco años, incluso sin arco temporal²⁰⁷, lo que en la práctica suponía un contrato temporal acausal y sin indemnización, de extensísima duración: en general, la negociación colectiva aprovechó las posibilidades legales en una dirección claramente flexibilizadora, con contadas excepciones²⁰⁸. Aunque la ley trataba de fijar un contrapeso en la posibilidad de establecer límites de proporción de plantilla y las actividades concretas para su uso, las definiciones fueron a menudo genéricas y demasiado amplias²⁰⁹, el recurso a estos condicionantes fue más limitado. Estos abusos dieron lugar a que la reforma de 1997, con acuerdo de los interlocutores sociales, restringiera la capacidad de los convenios para fijar la duración del contrato a un periodo de referencia de 18 meses desde el inicio del aumento de necesidad de trabajo, con una duración máxima de tres cuartas partes del periodo que se establezca, y a partir de la entrada en vigor del RD-L 5/2001, con un tope de 12 meses. Estas limitaciones posteriores, aparentemente al menos, sirvieron para frenar la aceleración del crecimiento del uso de esta modalidad contractual, pero no para reducir su aplicación, que se mantuvo en niveles muy elevados.

En definitiva, el control del fraude por esta vía no parece haber tenido efectos particularmente reseñables en el uso de la contratación temporal, que incluso en plena crisis acapara un elevadísimo porcentaje de contratos registrados, a pesar de que en principio la situación económica generará menos situaciones en que se dé la “acumulación de tareas” que habilita esta causa de temporalidad.

C.- Presunciones iuris tantum y iuris et de iure del carácter indefinido del contrato

La institución del fraude de ley, común a todo el ordenamiento jurídico, implica como es sabido que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que

²⁰⁵ LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, cit., pág. 40.

²⁰⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral”, cit., pág. 95; MORÓN PRIETO, R., “La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 1995.

²⁰⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma”, cit., pág. 235; PEDRAJAS MORENO, A., “Aplicación de las novedades en materia de contratación laboral surgidas de las reformas”, en Abdón Pedrajas Moreno (dir.), *Las Reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 71-72.

²⁰⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma”, cit., págs. 226-231.

²⁰⁹ LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral”, cit., pág. 100.

persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (art. 6.4 CC). Aplicado al régimen de la extinción del contrato de trabajo y de la contratación temporal, el efecto es claro: el uso formal de una figura jurídica de duración determinada cuando materialmente no concurra la causa que justifica dicho uso, no debe evitar que se apliquen las normas sobre terminación del contrato de trabajo. Ello implica tanto la correcta utilización del despido objetivo (p.ej. la finalización de una obra que carezca de la autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, sin que surja nueva actividad, podría dar lugar a una extinción por esta vía) como la aplicabilidad de las consecuencias del despido improcedente. Tanto en una como en otra materia, el régimen aplicable a los contratos temporales ha sido notablemente más favorable para el empresario desde la aprobación del ET80²¹⁰.

Precisamente por ello, desde la primera redacción del ET80 se han recogido algunos mecanismos para evitar que la contratación temporal se convirtiera –como efectivamente ha ocurrido– en una vía de escape a la regulación imperativa de la terminación del contrato de trabajo. El ejemplo más claro, adaptando esta materia expresamente al ámbito de la contratación temporal, está en el propio art. 15.3 ET (y ET80), cuando haciendo específico para esta materia²¹¹ el art. 6.4 CC afirma que “se presumirán por tiempo indefinido los contratos celebrados en fraude de ley”, y en cierta medida cuando se sanciona a la empresa con la adquisición de fijeza del trabajador si no se procede al alta en la Seguridad Social del mismo una vez transcurrido el periodo de prueba, salvo que se acredite la naturaleza temporal del vínculo (15.2 ET80 e igual precepto del ET, con correcciones técnicas pero igual contenido, procedentes se la reforma de 1994), lo que en cierto modo es una extensión de la presunción de duración indefinida que recoge el apartado primero del mismo artículo. En el mismo sentido, el art. 8 ET80 y ET en su apartado segundo *in fine*, incorpora otra manifestación de la citada presunción para el caso de que los contratos para los que se exige forma escrita no respeten dicho requisito.

Las altas tasas de temporalidad y el bajo número de conversiones en contrato indefinido (en las estadísticas expuestas en las páginas anteriores se incluyen entre los contratos indefinidos, suponiendo, entre un tercio y la mitad de los mismos, según los momentos) muestran la insuficiencia de estas presunciones. Las razones son diversas: el desconocimiento por parte de los trabajadores del alcance de la causalidad en la

²¹⁰ Vid. *Infra*. 0

²¹¹ NICOLÁS BERNAD, J. A., *El fraude de Ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, vol. 32, Thomson : Aranzadi, 2008, pág. 43.

contratación, connivencia en el fraude de prestaciones por desempleo²¹², o simplemente la expectativa de nuevas contrataciones desincentivan la denuncia, y los medios de la Inspección de Trabajo son insuficientes para controlar la legalidad de los más de diez millones de contratos temporales de trabajo²¹³ que se firman anualmente.

La primera reacción del legislador para tratar de establecer mecanismos para una mayor efectividad de la causalidad en la contratación temporal y evitar el uso abusivo o fraudulento se da en el RD-L 5/2001, que incorpora al art. 15 ET, bajo el número cinco, la posibilidad de que la negociación colectiva sectorial (con preferencia de la estatal) establezca requisitos adicionales dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. De nuevo, como en otros casos que se han descrito, se trata de un precepto con más finalidad pedagógica que normativa, por cuanto que nada en la legislación vigente impedía que los convenios establecieran estos límites²¹⁴, suscitando de hecho la duda de si con esta redacción se prohíbe al convenio de empresa establecer estos mecanismos de control. En todo caso, esta medida presenta el mismo problema que las anteriores normas: la dificultad de su exigibilidad.

Poco después, en la reforma del RD-L 5/2002²¹⁵ la DA3ª establece la posibilidad de que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo considere que la reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador pudiera ser abusiva o fraudulenta y lo comunique a la autoridad judicial reclamando la readmisión del trabajador con un contrato indefinido²¹⁶. Con ello, el Gobierno pretendía dar respuesta a la interpretación jurisprudencial sobre la falta de responsabilidad del trabajador por la actuación fraudulenta en la contratación del empresario a los efectos de percepción de prestaciones (SSTS de 7 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1995, y más próximas a la reforma las SSTS de 6 de marzo y 24 de julio de 2001²¹⁷), reduciendo los costes por prestaciones sin desproteger al trabajador por la conducta empresarial²¹⁸. Destaca que no da la posibilidad de que, en este procedimiento, si se produce sentencia condenatoria, quepa la indemnización al trabajador, sino que el

²¹² SAMPEDRO CORRAL, M., "La contratación abusiva o fraudulenta temporal y el reintegro por el empleador de la prestación contributiva por desempleo en la Ley 45/2002", cit.

²¹³ Desde el año 2000, el promedio es de 14 millones, siendo en el año 2007, antes de que comenzara la reducción del número de contratos por efecto de la ralentización y posterior decrecimiento de la economía, de 16,4 millones.

²¹⁴ ALFONSO MELLADO, C. L., *La primera reforma laboral del milenio: comentarios al R.D.L 5/2001, de 2 de marzo de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*, Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia, Valencia, 2001, pág. 23.

²¹⁵ Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 25 de mayo de 2002).

²¹⁶ Para ello, crea el art. 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral (RD-Leg 2/1995 de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de aquella, BOE de 11 de abril de 1995), actual art. 1347 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011)

²¹⁷ Rº 2706/1993, Rº 559/1995, Rº 1702/2000 y Rº 4805/2000, respectivamente.

²¹⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. Y BLASCO PELLICER, Á., *Desempleo y Despido en la Reforma Laboral Del Real Decreto-Ley 5/2002*, 2002, págs. 86-87.

efecto será necesariamente la readmisión, sin perjuicio de que se proceda a un nuevo despido. Dado que la misma norma de urgencia suprimió los salarios de tramitación, la posposición de la fecha de efectos de la extinción tiene una importante consecuencia económica para el trabajador, que verá incrementada la cantidad a la que tendrá derecho.

Esta disposición que ciertamente elevaba los costes esperados del uso fraudulento y reiterado con un mismo trabajador de la contratación temporal –no así un uso igualmente fraudulento pero con diferentes personas– planteaba ciertos problemas jurídicos, pues al margen de su discutible articulación con los procedimientos de oficio, podía ocasionar disfunciones en materia de litisconsorcio y litispendencia²¹⁹. Por ello, tras la tramitación parlamentaria, la posterior L 45/2002²²⁰ va a transformar radicalmente este procedimiento para limitarlo a la tutela de los intereses del erario público, ignorando las consecuencias laborales: el procedimiento ahora podrá iniciarse por la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, tras constatar la percepción reiterada de esta acción protectora causadas por extinciones sucesivas de varios contratos temporales en una misma empresa, dentro de un periodo de cuatro años. En el proceso la Administración cuenta con una presunción de veracidad, invirtiéndose por tanto la carga de la prueba, pero cabe que el empresario acredite la naturaleza legal o no fraudulenta de las sucesivas contrataciones.

Así, tras la modificación de la reforma operada en la tramitación parlamentaria, el objeto de este proceso no será la fijeza del trabajador, sino el abono por el empresario de las prestaciones percibidas por él, con excepción de la última causada. Como consecuencia de ello, se limita la capacidad disuasoria de la medida, por cuanto que el coste para la empresa será menor. En todo caso, el alcance de este instrumento es limitado, pues será útil para las contrataciones temporales intermitentes que se interrumpan con ocasión de vacaciones o que encubran actividades periódicas, pero no frente a otras formas de contratación temporal fraudulenta, como las empleadas para realizar actividades permanentes pero sin mantener al mismo trabajador en sucesivos contratos. Aun así, presenta una ventaja evidente: la aplicación de la medida de control de la legalidad del uso de la contratación temporal no se deja a las partes, sino que se encomienda a un tercero –la Entidad Gestora de la prestación por desempleo– con interés directo en el cumplimiento de la norma: en caso de que

²¹⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R., “Las reformas en materia laboral de la Ley 45/2002”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Ley 45/2002 De Reforma De La Protección Por Desempleo: La «reforma» De La Reforma Del Despido, De Los Salarios De Tramitación Y Del Desempleo*, 1^a ED, Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 130.

²²⁰ Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 13 de diciembre de 2002)

prosperare su acción recuperará las prestaciones indebidamente abonadas al trabajador, que serán reclamadas a la empresa incumplidora.

En este mismo sentido pero con un alcance mucho más destacado, se encuentra la medida que, en una tardía adaptación²²¹ 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 determinada²²², y en cumplimiento del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo²²³, se introdujo mediante el RD-L 5/2006 en el art. 15.5 ET. Dicho precepto establece una nueva situación en la que, pese a la celebración formal de contratos de duración determinada, el vínculo laboral va a ser carácter indefinido, si bien en esta ocasión no admite prueba en contrario y de hecho resulta irrelevante que la conducta empresarial no sea fraudulenta: a partir de este momento, adquirirán fijeza los trabajadores que en un periodo de 30 meses estén contratados para el mismo puesto de trabajo con dos o más contratos temporales –excluyendo formativos, de relevo y de interinidad– durante un plazo superior a 24 meses, incluyendo en este periodo las prestaciones de servicio a través de empresas de Trabajo Temporal. Además, se remite de nuevo a la negociación colectiva, al incluir un mandato para el establecimiento de requisitos que eviten la utilización abusiva de la contratación temporal mediante distintos trabajadores.

De este modo, con la regla imperativa establecida por la ley, se refuerza la idea de que el fraude se concentra en los contratos de obra y en los eventuales²²⁴ –existen otras figuras a las que le resulta de aplicación, pero su importancia estadística es casi nula²²⁵– y se establece un mecanismo automático para evitar que la temporalización excesiva por la concatenación o sucesión de contratos y el recurso a interrupciones estratégicas²²⁶ que no requiere ni una acción específica ni un acto expreso de las

²²¹ LAHERA FORTEZA, J., “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, en Jesús Cruz Villalón (dir.), *La reforma laboral de 2006: (Real decreto ley 5/2006, de 9 de junio)*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 48.

²²² Diario Oficial n° L 175 de 10 de julio de 1999.

²²³ Suscrito por Gobierno, sindicatos y organizaciones empresariales más representativas el 9 de mayo de 2006.

²²⁴ En el este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La reforma laboral: comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006*, 2006, pág. 39.

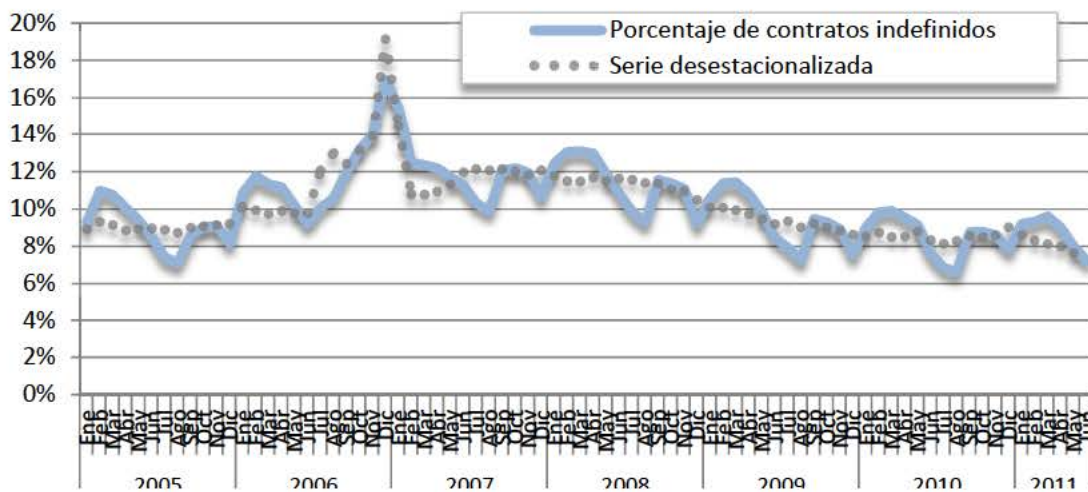
²²⁵ Conforme a los registros públicos, han sido aproximadamente el 1,5% de los contratos temporales celebrados en la última década, y un 1,1% de los que se han registrado en 2012. Además, reforzando esta idea, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre de 2010), resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio de 2010), también deja fuera del cómputo “los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”

²²⁶ Al respecto, debe recordarse la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, que entiende que no existe solución de continuidad, y por tanto debe computarse a efectos de cómputo de antigüedad cuando la relación se declare indefinida, no sólo el último contrato, sino también todos aquellos anteriores en los que no exista solución de continuidad, entendiéndose primero que esta ruptura se producía por el paso de 20 días –plazo de caducidad de la acción por despido– y posteriormente atendiendo a la “unidad del vínculo”, considerando que no se pierde por interrupciones coincidentes con el periodo vacacional. Por todas, tempranamente la STS de 10 de abril de 1995 (R°

partes: se trata de una novación *ex lege*²²⁷. Se suprime además la necesidad de acreditar el fraude, y se establece implícitamente una presunción *iuris et de iure* de que existe una necesidad permanente del trabajador en cuestión si en esos dos años y medio sólo seis meses no ha sido necesario.

Cuatro años después, mediante el RD-L 10/2010, se da un paso más para evitar que mediante alteraciones en el puesto o el uso de diversas empresas dentro de una unidad económica—ya en el momento de aprobación de la ley la doctrina advirtió de la complejidad que podría suponer la identificación del puesto de trabajo²²⁸ o la no inclusión de los grupos²²⁹— se evite la fijeza del trabajador, y se modifica este precepto, pasando a computarse el tiempo trabajado en cualquier puesto de cualquier empresa de un mismo grupo. Además, se trata de reforzar el automatismo de la conversión en indefinido, ordenándose al empresario en el art. 15.9 ET que dentro de los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados entregue al trabajador un documento justificativo de su condición de fijo; e incluso si no lo hiciera, el trabajador podrá solicitar un certificado en este sentido al Servicio Público de Empleo.

Gráfico II-8: Porcentaje de contratos indefinidos sobre el total de contratos registrados (2005-2011)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MEYSS

Esta reforma incluye, en la misma línea de actuación, un nuevo supuesto de conversión *ipso iure* y sin admitir prueba de la temporalidad al que se le aplicará idéntico régimen de automatismo: el contrato de obra o servicio que exceda de tres

546/1994) de forma ambigua, y más claramente y recopilando la línea jurisprudencial la STS de 8 de marzo de 2007 (R°175/2004).

²²⁷ LAHERA FORTEZA, J., “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, cit., pág. 52.

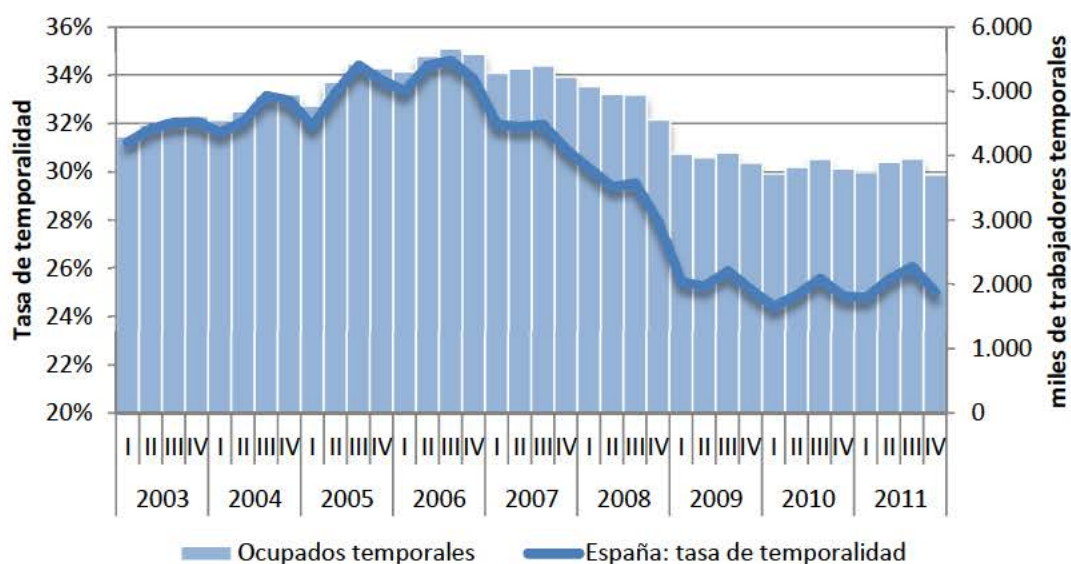
²²⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (DIR), *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, 2006, pág. 86; ; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La reforma laboral: comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006*, cit., págs. 37-38.

²²⁹ LAHERA FORTEZA, J., “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, cit., págs. 58-59.

años (ampliable como se ha dicho por un año más mediante negociación colectiva sectorial).

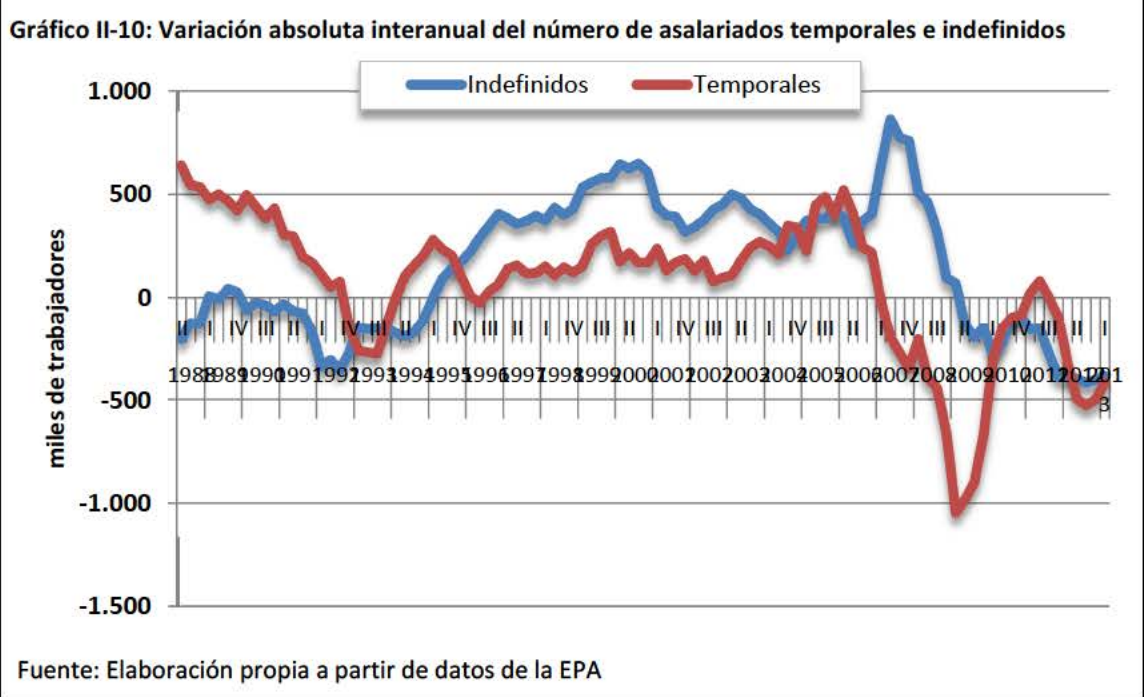
Resulta destacable recordar que esta reforma se adopta en un contexto de crisis, con un elevado nivel de desempleo (el segundo trimestre de 2010 ya era del 20%), y que opta por una estrategia totalmente opuesta a la que veintiséis años atrás adoptara un gobierno sustentado por el mismo partido: combatir la dualidad. Esta medida supone, por tanto, una estrategia cualitativamente diferente de las anteriores; no se trata sólo de afirmar que el contrato debe ser indefinido si no se da una causa legal para la temporalidad, sino que el legislador fuerza la relación permanente cuando entiende que se dan circunstancias que dejan claro que en la empresa existe una necesidad de ese trabajador. Aunque como en cualquier relación entre privados ante la negativa de una parte al acatamiento del derecho puede exigir de la otra el ejercicio de la correspondiente acción declarativa, el carácter objetivo de las circunstancias previstas en este precepto facilita enormemente su efectividad; como puede apreciarse en el Gráfico II-8, a partir de junio de 2006 comienza un fuerte crecimiento de la contratación indefinida, que alcanza un 17% de los contratos registrados en diciembre de ese año, lo que supone duplicar las cifras del año anterior. No obstante, el éxito de la medida debe relativizarse, pues tiene un efecto muy limitado en el tiempo; la tasa de contratos indefinidos celebrados cae a partir de ese momento a niveles similares a los previos a la reforma.

Gráfico II-9: Tasa de temporalidad y número de trabajadores temporales 2003-2011



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la EPA.

No obstante, no puede desecharse su importancia, puesto que a la vista de lo que se observa en el Gráfico II-9 pudo haber tenido un efecto permanente. En el segundo semestre de 2006 se aprecia como la tasa de temporalidad cae dos puntos, a pesar de encontrarse la economía en una fase expansiva, manteniéndose en torno al 32% durante 2007, gracias a una mejora de la ocupación indefinida, pues aún no había comenzado la destrucción de empleo generada por la crisis económica que aún persiste. El Gráfico II-10 es también significativo en este sentido; en él se observa como durante el periodo entre 2006 y 2008, en el que la economía aún crecía, el aumento del empleo se sustenta en la ocupación indefinida y no sobre la temporal, lo que ciertamente es atípico en la serie disponible, que como ya se ha dicho comienza en 1987. De este modo, puede contrastarse este crecimiento con el producido hasta la supresión del Contrato temporal de fomento de la contratación indefinida, y con el que se produce a partir de ese momento, que a pesar de ser más equilibrado aun reforzaba la temporalidad. Por todo ello, a pesar de que no ha tenido un efecto suficiente como para mantener un nivel de contratación indefinida elevado, sí que parece haber corregido limitadamente el nivel de temporalidad.



Por último, debe mencionarse que la corrección de la reforma de 2010 sobre el alcance del art. 15.5 ET, aun cuando llegara a tacharse de “una operación jurídica excesiva, capaz de violentar el proyecto contractual de las partes”²³⁰, no parece haber

²³⁰ MONTOYA MELGAR, A., “Límites a la contratación temporal”, en Alfredo Montoya Melgar, Faustino Cavas Martínez (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010: Ley 35-2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 56.

tenido un efecto significativo ni sobre la contratación ni sobre la tasa de temporalidad –como tampoco su suspensión durante parte de 2011 y 2012 (*vid. supra Capítulo II.- 3.4.3.-*)–, lo que puede explicarse por el contexto de inestabilidad, que dificulta enormemente singularizar el efecto de cada elemento que altera las relaciones laborales, y en cierta medida por el hecho de que las conductas que persigue posiblemente no estuvieran generalizadas.

4.3.- La reducción de la brecha de costes

4.3.1.- Motivos y líneas de actuación legislativa

El uso de contratos de duración determinada para satisfacer necesidades permanentes de la empresa, o al menos reiteradas cíclicamente –para las que el ordenamiento ofrece soluciones como el fijo periódico y el fijo discontinuo– genera costes de selección, pérdida de procesos de aprendizaje, menor compromiso con la empresa, desincentivos a la formación, etc.... La ventaja de la contratación temporal radica en la mejor capacidad de ajuste cuantitativo de la mano de obra, esto es, en la existencia de unos menores costes agregados para extinguir la relación laboral en caso de necesidad²³¹. Establecida la igualdad de derechos en los demás ámbitos para los trabajadores temporales²³², es la existencia de costes de despido diferenciados lo que genera un incentivo evidente a acudir a estas fórmulas.

Aunque no se recoge explícitamente hasta la E. de M. del RD-L 3/2012²³³, la incesante batalla contra la dualidad del mercado de trabajo no se ha apoyado sólo en la definición legal más estricta de las causas de contratación temporal y en el establecimiento de presunciones. Progresivamente se han introducido medidas para reducir el diferencial de costes existentes entre la contratación indefinida y la determinada.

Como se expondrá con detalle en el Capítulo IV, el régimen legal de indemnizaciones se configura como un producto de tres elementos: la antigüedad del trabajador en la empresa, su salario y lo que en esta investigación se califica como “Factor indemnizatorio”. Sin embargo, los costes reales de la extinción son más amplios, pues existen obligaciones adicionales que tienen una clara repercusión económica: los procedimientos para llevarlo a cabo, los costes de una eventual

²³¹ Cuestiones estas que han sido desarrolladas en el Capítulo I

²³² Aunque formalmente el imperativo de reconocer los mismos derechos a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada “sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato” se introdujo en el art. 15.6 en la reforma de 2001, la jurisprudencia constitucional y ordinaria venían afirmando con claridad la interdicción de distinción en el trato emanada directamente del art. 14 CE. DESDENTADO BONETE, A., “La reforma de la contratación temporal en la Ley 12/2001”, cit., pág. 71.

²³³ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012), tramitado como Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 de julio de 2012).

impugnación y los riesgos de una posterior declaración judicial de improcedencia o nulidad, la necesidad de cumplimentar otros requisitos como planes de acompañamiento, convenios especiales, etc...

Entre estos factores, las sucesivas reformas han abordado esencialmente tres líneas de actuación: la reducción de los diferenciales de coste directo de la terminación contractual, la simplificación de procedimientos y el incremento de la seguridad jurídica y la reducción de la discrecionalidad judicial en la valoración de concurrencia de causas válidas de despido objetivo.

Al margen de las modificaciones normativas en esta dirección de lucha contra la dualidad, debe señalarse que han existido, especialmente en los últimos años, algunas modificaciones que se separan de esta línea y que no pueden incardinarse en la lógica evolutiva que se presenta en estas páginas; así, debe destacarse el plan de recolocación externa²³⁴, los convenios especiales para despidos que afecten a trabajadores de más de 55 años²³⁵ y las aportaciones al Tesoro²³⁶, cuestiones todas ellas que tienen un evidente impacto en el coste del despido pero cuya regulación se ha realizado bien en defensa de los intereses y derechos de los trabajadores, bien en tutela de los intereses económicos del Estado, pero no como mecanismo de influencia en el despido. Aun así, resulta evidente que encarecen la decisión extintiva (o la condicionan dirigiéndola hacia ciertos trabajadores), y por tanto la harán menos atractiva, por lo que se estudiarán más adelante al evaluar el impacto de los diferentes elementos de coste²³⁷.

4.3.2.- La actuación sobre costes explícitos

A.- Aspectos generales

La primera línea de actuación del legislador sobre la preferencia empresarial por la contratación temporal se ha dirigido al elemento que la causó inicialmente: la diferencia explícita en la norma de costes extintivos. Así, se ha tratado de encarecer la terminación de los contratos temporales por cumplimiento de su objeto (realización de la obra o servicio o fin del plazo de acumulación de tareas), y de reducirlo en el caso de terminación del contrato indefinido, por medio de estrategias más o menos directas.

²³⁴ Obligatorio para despidos que afecten a más de 50 trabajadores desde la reforma de 2010, aunque podía existir antes, pues desde la L 11/1994, las consultas debían versar sobre “las medidas necesarias para atenuar” las consecuencias del expediente sobre los trabajadores afectados y en las empresas de más de 50 trabajadores era preciso un plan de acompañamiento.

²³⁵ Introducido por el RD-L 16/2001.

²³⁶ Exigida para determinados despidos colectivos que tengan particular incidencia en personas de más edad, se introdujo en el art. 51 ET por el RD-L 3/2012, aunque antes ya lo había previsto la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011).

²³⁷ Vid. *Infra*. Capítulo IV – 2.4

Es cierto que esta reducción del diferencial no sólo se ha articulado a través de las indemnizaciones por despido o terminación del contrato, sino que también se han establecido múltiples programas de incentivos y subvenciones para abaratar el contrato indefinido (subvenciones, reducciones y bonificaciones), haciéndolo así más atractivo para el empresario penalizando los temporales (con mayores tipos de cotización en la prestación por desempleo, como posibilidad desde la ley de PGE de 1998²³⁸ y efectivamente desde el año siguiente²³⁹). Este conjunto de medidas, de elevada complejidad y variabilidad, tienen una incidencia evidente en la decisión empresarial de contratar por una vía o por otra –aunque su impacto, como han demostrado tanto estudios internacionales²⁴⁰ como nacionales²⁴¹ sea esencialmente sustitutivo y con un elevado coste–, pero se alejan del objeto de estudio de esta investigación²⁴².

B.- La penalización por uso de ETT

El primer hito dirigido expresamente a esta reducción del diferencial de costes, o al menos a penalizar la contratación temporal –más estrictamente, cierta contratación temporal– lo encontramos en la introducción en España de las Empresas de Trabajo Temporal. La Ley 14/1994²⁴³, aunque se aprueba con la declarada intención “canalizar un volumen importante de empleo”, pretende mantener las garantías para los trabajadores. La posibilidad de celebrar los contratos de puesta a disposición no altera la causalidad de la contratación temporal, de modo que en principio no debiera tener un efecto sobre la tasa de temporalidad. El art. 6 de la Ley reguladora recoge los supuestos en los que se permite la contratación, y copia casi literalmente el tenor literal del art. 15 ET80, añadiendo únicamente el caso de la interinidad para cobertura de vacantes durante procesos de selección, que ya existía en las Administraciones Públicas y que se incorpora explícitamente al régimen común en el desarrollo

²³⁸ Ley 65/1997, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1997); en su artículo 89.Nueve.2.1 se faculta al Gobierno para “establecer un recargo adicional transitorio de hasta un punto, repartiéndose dicho recargo en la misma proporción que el tipo de cotización por desempleo, entre empresa y trabajador” con el fin de atender las consecuencias derivadas de la rotación asociada a los contratos temporales.

²³⁹ Ley 49/1998, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1998); en el art. 91.Nueve.2.1 distingue el tipo de cotización para contratos indefinidos (7,8 por ciento) y los temporales (8,3 por ciento, incrementado en un punto en el caso del trabajo a tiempo parcial o las empresas de trabajo temporal).

²⁴⁰ Una revisión de la literatura económica sobre esta cuestión puede encontrarse en MARTIN, J. Y GRUBB, D., “What Works and for Whom: A Review of OECD Countries’ experiences with active labour market policies”, *Swedish Economic Policy Review*, vol. 8, 2, 2001.

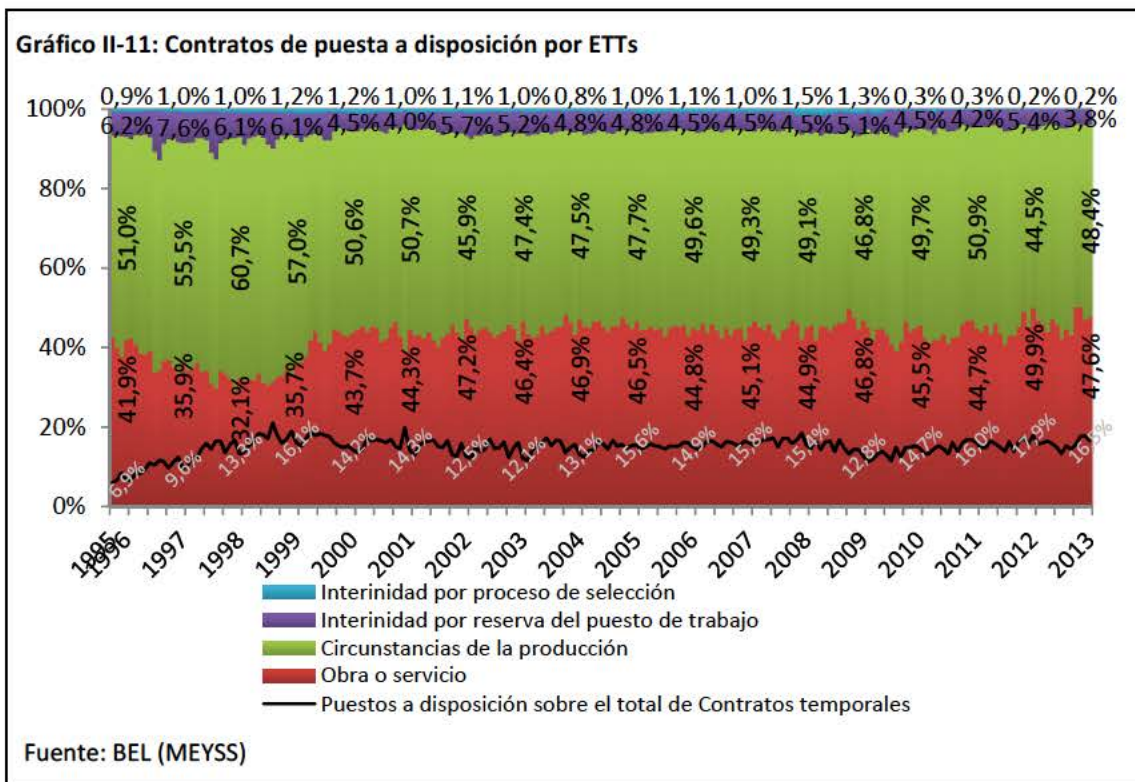
²⁴¹ Aunque son más escasos, destacan CEBRIÁN, I.; MORENO, G. Y TOHARIA, L., *Evaluación microeconómica de los programas de fomento del empleo indefinido a partir de datos de los servicios públicos de empleo y de la muestra continua de vidas laborales*, 2011; ; TOHARIA CORTÉS, L., *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

²⁴² En todo caso, una interesante revisión de estas medidas hasta su fecha puede encontrarse en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., “Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, en favor del empleo estable”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2000.

²⁴³ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE de 2 de junio de 1984).

reglamentario de ese precepto pocos meses después²⁴⁴, al margen de que tiene un carácter residual (ver Gráfico II-11)²⁴⁵.

Los trabajadores cedidos pueden tener un contrato indefinido o temporal, pues su empleador es la ETT y el vínculo laboral con esta no tiene por qué estar asociado a la necesidad de la empresa cesionaria; aunque la contratación temporal mantiene aquí el carácter causal, la posibilidad de que la duración del contrato se haga coincidir con el contrato de puesta a disposición (art. 10 L. 14/1994) supone en la práctica que esta será la regla general, por la mayor flexibilidad en la gestión de su plantilla, salvo en el caso de trabajadores altamente cualificados o con características muy excepcionales que a la ETT interese monopolizar²⁴⁶.



Por ello, ante el riesgo de mayor precariedad de estos trabajadores, se establece un régimen particular para la terminación de sus contratos, instituyéndose “una indemnización económica (...) equivalente a la parte proporcional que resultaría de

²⁴⁴ En efecto, el art. 4 del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación (BOE del 26 de enero de 1995), permite expresamente esta contratación por interinidad, sin necesidad de que haya un trabajador sustituido.

²⁴⁵ En todo caso, a partir de la LEY 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 17 de julio de 1994) se sustituyó la enumeración de casos por la remisión directa al art. 15 ET, complementada después por la inclusión de los contratos para la formación y el aprendizaje, también con remisión al art. 11.2 ET, por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 23 de febrero de 2013).

²⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las empresas de trabajo temporal en España: comentarios a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 108.

abonar doce días de salario por cada año de servicio”. Esta cuantía, que no supone una novedad en el régimen jurídico de las contrataciones temporales “especiales” –ya había sido establecida para el contrato temporal de fomento del empleo²⁴⁷–, va a suponer una penalización para las ETT frente a la contratación temporal, una suerte de “*indemnit  de précarité*”²⁴⁸, que sin embargo no parece tener un efecto especialmente negativo para ellas: como se aprecia en el Gráfico II-11, una vez estabilizado su uso tras el periodo inicial de entrada en el mercado, su nivel de contratación se mantiene estable en niveles de entre el 12 y 16 por ciento del total de contratos temporales registrados, sin verse afectado por los incrementos de los costes del resto de contratos temporales de obra y servicio y de eventualidad –que también para estas son los más comunes– que como se expondr  a continuación se introdujeron en 2001 o el progresivo incremento desde 2012.

C.- La materialización de la sospecha de uso fraudulento de la contratación temporal

Se ha mencionado en diversos puntos del recorrido histórico de estas páginas que la contratación temporal se concentra en la práctica en dos modalidades que a su vez son, por la dificultad de realizar una comprobación objetiva de la concurrencia de la causa que las habilita, las principales sospechosas de concentrar estrategias fraudulentas. El legislador, aunque no hace explícita mencisi n de esta sospecha, ha tratado de poner trabas a su uso. En la reforma del año 2001, aunque la Exposición de Motivos hace una genérica alusión a “limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada”, la medida más concreta se encuentra en la modificación del art. 49 ET, pues se altera la redacción de la causa de terminación del contrato de trabajo contenida en la letra c), introduciendo primero con carácter supletorio de lo que disponga la negociación colectiva (en el RD-L 5/2001) y posteriormente –tras la tramitación parlamentaria– estableciendo con carácter de mínimo de derecho necesario²⁴⁹, indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, pero excluyendo el “contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos”.

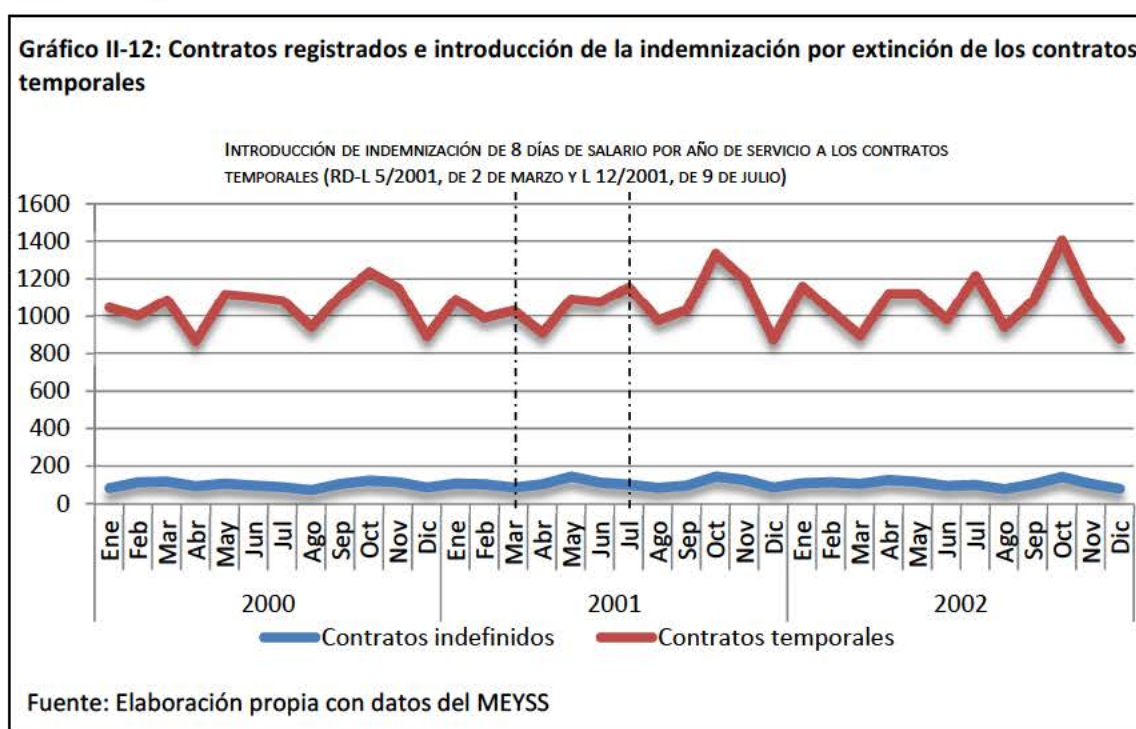
Con esta medida se reintroduce la indemnización para el caso de terminación de contratos temporales, que encuentra un precedente inmediato en el contrato para el

²⁴⁷ PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Las empresas de Trabajo Temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, en *La Reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994 (Derecho público y económico), pág. 122.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las empresas de trabajo temporal en España*, cit., pág. 113.

²⁴⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de derecho social*, 15, 2001, pág. 46.

fomento del empleo²⁵⁰ aunque con una redacción ligeramente diferente en lo referente al cómputo de la antigüedad: en lugar de hacer referencia a los años “de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año” se usa la expresión mencionada, lo que puede generar la duda de si el cómputo se realiza de diferente manera o de si simplemente responde a la previsión de que el contrato será generalmente de duración inferior a un año²⁵¹. En todo caso ya en los primeros análisis se predijo con acierto que “no parece que vaya a constituir una penalización excesiva a la contratación temporal”²⁵² aun cuando esta medida acerque los costes de extinguir el contrato temporal al indefinido, todavía queda lejos. Y ello no sólo porque en los contratos temporales los costes implícitos²⁵³ sean muy inferiores, sino porque aún en los explícitos se mantenía una diferencia notable, hasta los 20 días de salario por año en el mejor de los casos (siempre desde la perspectiva empresarial, que es quien decide ofrecer una u otra modalidad contractual), o la superior del despido improcedente.



La mera observación de las estadísticas de contratación (Gráfico II-12) permite comprobar como esta medida (y el resto de las introducidas por la reforma de 2001)

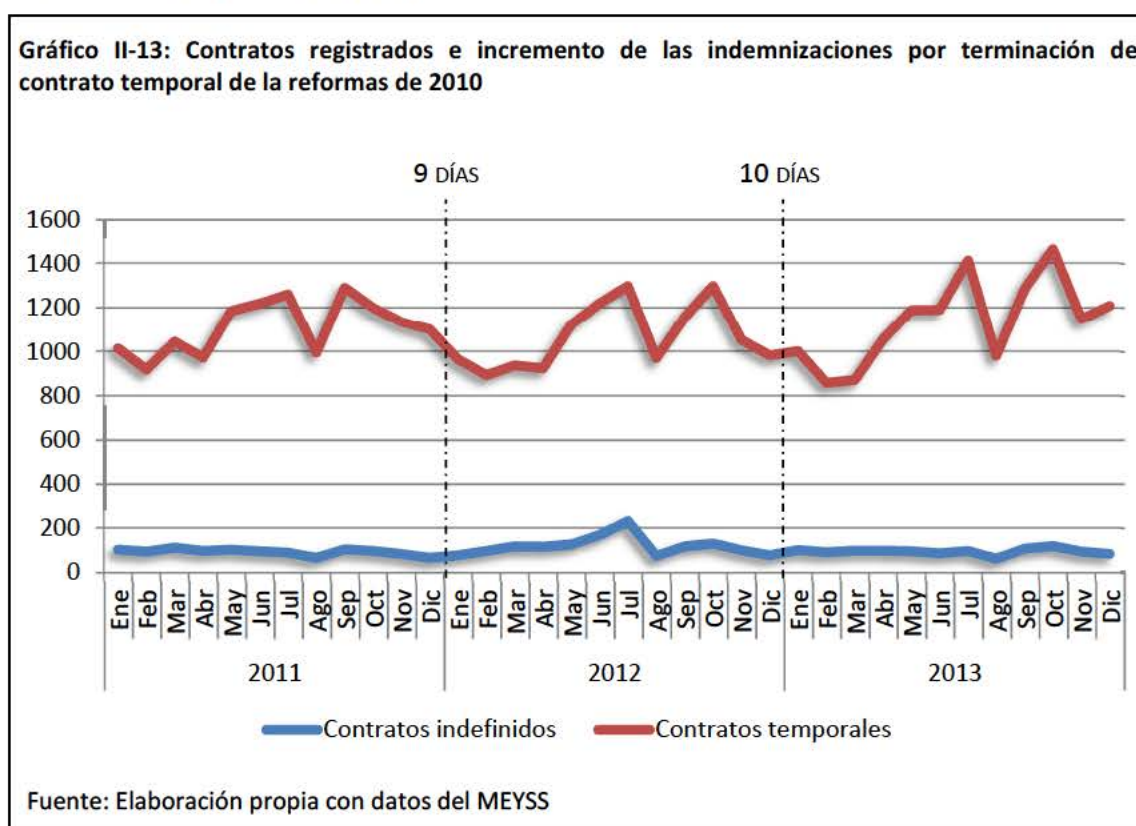
²⁵⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.; CARDENAL CARRO, M. Y BARRIOS BAUDOR, G. L., “Contratación y modalidades contractuales”, en Antonio V. Sempere Navarro (dir.), *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio: la reforma laboral de 2001*, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2001 (Colección Técnica), pág. 127.

²⁵¹ En 2002, primer año para el que el Ministerio de Empleo ofrece datos desagregados por duración del contrato registrado, sólo un 0,25% de los contratos temporales tenía una duración superior a un año, aunque hay que tener en cuenta que la mayoría de los contratos de obra no indican la duración prevista, por lo que un tercio de los contratos registrados tienen una duración indeterminada.

²⁵² ALFONSO MELLADO, C. L., *La primera reforma laboral del milenio*, cit., pág. 21.

²⁵³ Vid. *Infra*. Capítulo II.- 4.3.3.-

tuvieron un efecto ciertamente limitado en la contratación temporal, que al margen de un leve impacto inicial, inmediatamente retornó a su tendencia precedente. A pesar de ello, una década después el legislador insiste en esta línea de actuación, aunque combinándolo con otras medidas directas e indirectas (para facilitar la calificación del despido como objetivo) y en un contexto económico opuesto: el RD-L 10/2010 incrementa esta penalización por contratación temporal hasta los 12 días. Sorprendentemente, a la vista de los inexistentes efectos sobre la contratación que tuvo el paso de cero a ocho días en 2001, la exposición de motivos indica que “razones de prudencia aconsejan implantar este incremento de una manera gradual y progresiva por la incidencia que su aplicación inmediata pudiera suponer sobre la creación de empleo”, de modo que se incrementa un día cada año para los nuevos contratos, comenzando el 1 de enero de 2012, y no siendo plenamente aplicable por tanto hasta el 1 de enero de 2015²⁵⁴.



Los resultados de estos incrementos, como refleja el Gráfico II-13, son los esperados, sin que por el momento se haya producido una reducción real de la contratación, y sin perjuicio de la dificultad de valorar aisladamente las medidas de esta reforma, toda vez que su aplicación en el tiempo coincide con las modificaciones introducidas por la de 2012. Parece por ello razonable atribuir la dilación en la

²⁵⁴ DT13ª del ET, añadida por esta reforma.

aplicación de la medida a las discrepancias constatadas en el diálogo social, pues ante a la negativa patronal frente a cualquier incremento de costes de despido y la necesidad de “operar sobre las diferencias comparativas” de indefinidos y temporales constatada en las Líneas de actuación presentadas por el gobierno socialista en febrero a los agentes sociales, se adopta esta decisión salomónica equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio²⁵⁵.

D.- La financiación pública de los despidos y el papel del FOGASA

El FOGASA, creado como se ha expuesto en el periodo de la transición, inmediatamente adquirió un papel relevante en la cobertura de costes de despido, no ya en caso de insolvencia (que al margen de comportamientos oportunistas y fraudulentos no afecta a la decisión empresarial de dar por terminado el contrato), sino para mitigar el impacto de los costes extintivos en las finanzas de los pequeños empresarios. Así, la primera versión del Estatuto de los Trabajadores (ET80) en el número 4 del art. 56, hacía soportar a este organismo autónomo un 40% de la indemnización por despido improcedente de las empresas de menos de veinticinco trabajadores, haciendo casi irrelevante la concurrencia de causa para el despido objetivo (vid. supra. 3.2.2.-). La reforma de la ley 32/1984 eliminó esta disfunción, lo que supuso una drástica caída, tanto del gasto por responsabilidad directa del FOGASA como del importe medio que percibía por este concepto cada beneficiario: en el Gráfico II-14 se aprecia con claridad la caída del coste por trabajador despedido. En términos reales, actualizando los importes a euros de 2012 para descontar el efecto de la inflación, en apenas dos años la cuantía se redujo a la mitad, manteniéndose hasta la fecha en esos niveles reducidos.

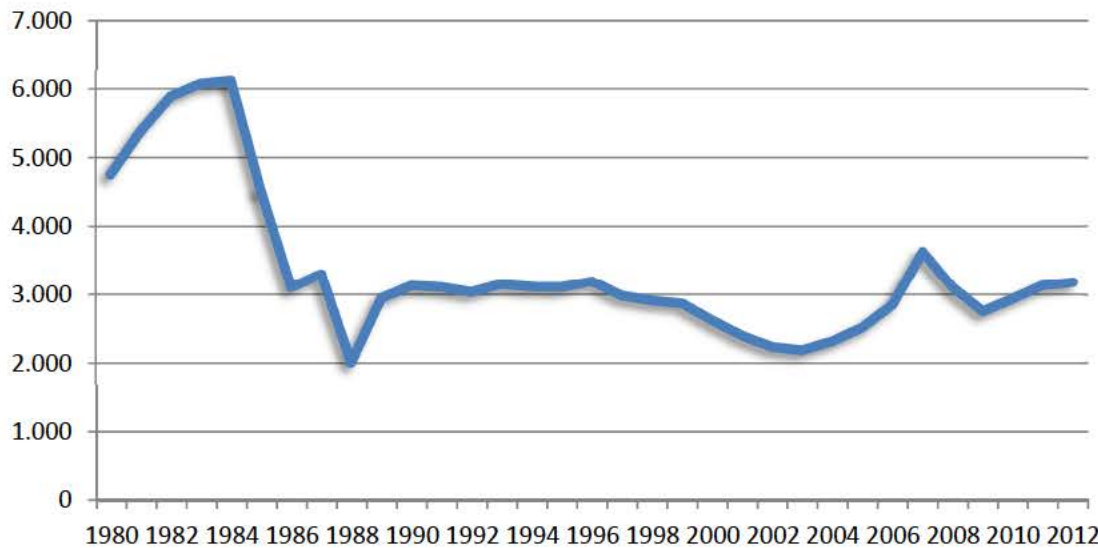
El régimen jurídico introducido por la ley 32/1984, al margen de mejorar la sistemática legal, unificando todo el régimen jurídico del FOGASA en el art. 33 ET80 (que pasaría al ET), altera radicalmente su lógica: el organismo se hará cargo únicamente de un 40% de la “indemnización legal que corresponda” por despido que tenga causa tecnológica, económica o de fuerza mayor, lo que en este momento suponía necesariamente autorización administrativa. Además, se establece un límite máximo absoluto de una anualidad de salario, y en relación al salario diario, base del cálculo de la indemnización, del duplo del SMI. Para reforzar la viabilidad del FOGASA, el RD 505/1985²⁵⁶ aplica este límite no sólo a la indemnización computada

²⁵⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R. Y GOERLICH PESET, J. M. (DIRS.), “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, en *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 60.

²⁵⁶ Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (BOE de 17 de abril de 1985)

globalmente, sino al salario con el que puede computarse, lo que posiblemente justifica que durante ese año siga cayendo el importe medio indemnizatorio²⁵⁷.

Gráfico II-14: Importe medio, en euros de 2012, recibido por trabajador por responsabilidad directa del FOGASA



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Boletín de Estadísticas Laborales y las series de IPC (INE)

Este sistema, aunque no nace con ánimo de combatir la dualidad –no debe olvidarse que su norma de origen es la misma que da el pistoletazo de salida a contrato temporal de fomento del empleo indiscriminado– tiene para las empresas de menos de 25 trabajadores un efecto que pudiera ser positivo, pues acerca el coste del despido objetivo por las razones señaladas al de la contratación temporal. Sin embargo, la diferencia aún es notable, pues al margen de la diferencia de cuatro días de salario por año de servicio que en todo caso tendrá la indemnización, los topes mencionados hacen notablemente más costoso prescindir de un trabajador indefinido que de un temporal.

Este régimen jurídico, al margen de modificaciones técnicas para adaptar la regulación de la responsabilidad directa a cambios en la legislación del despido objetivo²⁵⁸, se mantiene estable desde la ampliación del límite de cobertura al triple del SMI en 2006 y hasta la reforma laboral de 2010. En ésta, en sentido estricto, no se altera el tenor literal del art. 33.8 ET, pero se da una nueva función al FOGASA, que

²⁵⁷ RAMÓN DANGLA, R., “Las relaciones laborales durante la transición democrática: el papel del fondo de garantía salarial”, cit., pág. 293.

²⁵⁸ Así, la Ley 42/1994 incluye los despidos individuales del art. 52.c ET80, que habían sido escindidos del art. 41 ET80 por la Ley 11/1994, y el RD-L 5/2006 incorpora la responsabilidad por los despidos producidos en el proceso concursal.

conforme a la Exposición de Motivos tendrá explícitamente por objetivo el fomentar el uso de la contratación indefinida. La DT3ª RD-L 10/2010 establece para ello una nueva regla de responsabilidad directa por ocho días de salario por año de servicio, sin los límites antes señalados en relación al SMI, para todos los despidos -procedentes o improcedentes- motivados por las causas de los arts. 51 y 52.c ET o 64 LConc.

De esta forma, al incrementarse también (aunque con una larga *vacatio legis*) los costes de la contratación temporal, se pretende equiparar la terminación del contrato de unos y otros, y aún en caso de que el contrato fuera declarado improcedente, limitar el impacto negativo de la indemnización (que sería de 37 días en caso de contratos indefinidos ordinarios y de 25 en caso de los CFCI). Esta medida, además, sólo resulta de aplicación a los contratos posteriores al RD-L, con lo que se pretende limitar el efecto “peso muerto” y para contratos que alcanzaran al menos un año de duración.

Sin embargo, esta norma, ciertamente muy controvertida²⁵⁹, nació con vocación de temporalidad, pues se diseñó como instrumento transitorio a la espera de desarrollo de la DF2ª del RD-L (DA10ª L 35/2010), que preveía un fondo de capitalización de la indemnización por desempleo²⁶⁰ que debía estar operativo el 1 de enero de 2012. Sin embargo, tras la presentación del informe del comité de expertos nombrado por el Gobierno, en el que se señalaba su inviabilidad en los términos planteados y en la coyuntura económica del momento, poco más de un año después y a pocos meses del plazo previsto, el RD-L 10/2011²⁶¹ modificó tanto la disposición referente al Fondo de Capitalización como la atinente a las indemnizaciones a cargo del FOGASA. Respecto del primero, se analizará en el ámbito de modelos alternativos en el último capítulo de esta investigación; en relación a la segunda, objeto aquí de análisis, se alteró notablemente su régimen: aunque se respetó la regulación bajo la que se habían celebrado contratos anteriores, para los firmados a partir del 1 de enero de 2012 se suprimió la prestación para el caso de los despidos reconocidos o

²⁵⁹ La “financiación” de despidos improcedentes tuvo una fuerte contestación doctrinal; destacadamente en BLASCO PELLICER, Á., “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el RDL 10/2010”, en Carlos L Alfonso Mellado, Ángel Blasco Pellicer, Luis M. Camps Ruíz, José María Goerlich Peset (dirs.), *La Reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 70; ; DESDENTADO BONETE, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 104. En todo caso, como ya defendí, la lógica de esta norma tiene más apoyo económico –reducción de diferenciales de costes entre indefinidos y temporales, para incentivar los primeros– que jurídico, moviéndose en la lógica de los incentivos a los agentes para actuar, y no desde la perspectiva jurídica de la legalidad de las conductas (GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina [dirs.], *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 252).

²⁶⁰ Sobre este, y sus posibilidades, vid. *Infra*. Capítulo V epígrafe 2.2

²⁶¹ Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE de 30 de agosto de 2011).

calificados judicialmente como improcedentes. Con ello, se mantenía la aparente (y futura) equiparación de costes explícitos entre despidos objetivos y finalización de contratos temporales, pero se mantiene el elevado coste del riesgo de improcedencia, que se suma a los diversos costes procedimentales que presenta el contrato indefinido. Sin embargo, mediante la DF 5ª en los PGE para 2014²⁶² se ha suprimido esta vía, con la finalidad, según declara el grupo enmendante que introdujo en el Senado la supresión el apartado 8 del art. 33 ET, de “recuperar para el Fondo de Garantía Salarial su naturaleza de entidad de aseguramiento, limitando su intervención como institución de garantía en aquellos supuestos de insolvencia o concurso empresarial, desincentivando el despido y fomentando el mantenimiento del empleo”²⁶³. Al margen de que esta enmienda esté más relacionada con políticas de contención de gasto que con la regulación del despido, debe señalarse que tiene un efecto contraproducente desde la perspectiva de la incentivación de la contratación indefinida, pues se incrementan sus costes extintivos en relación al empleo temporal.

E.- La reducción del coste del despido improcedente como fomento del empleo indefinido

a).- La indemnización al trabajador por la pérdida del empleo

El esquema básico de indemnizaciones por despido improcedente se fijó en el art. 56 ET80, incluyendo dos elementos: una compensación consistente en el abono de 45 días de salario por año de servicio y los salarios dejados de percibir. Esto supone que, en caso de que el empresario tomara la decisión de prescindir de un trabajador, los costes serían más del doble de lo previsto para el despido objetivo procedente, y varias veces lo que correspondería por finalizar un contrato temporal. La incertidumbre sobre la calificación del despido –frente a la que también se han adoptado diversas medidas, como se analizará más adelante– implica que en la decisión de contratar mediante una modalidad de duración determinada o indefinida se tomarán en cuenta estos riesgos. Sin entrar ahora en la probabilidad de que el empresario acabe efectivamente abonando la indemnización por despido improcedente²⁶⁴, a partir de 1997 se comienza una senda de reducción de la indemnizaciones por despido improcedente, inicialmente dirigidas a ciertos colectivos, a través del Contrato de Fomento de la Contratación indefinida (CFCI), y finalmente extendida al conjunto de los trabajadores –con ciertas particularidades de derecho transitorio– en la reforma de 2012.

²⁶² Ley 22/2013 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre de 2014)

²⁶³ Enmienda número 2997, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (BOCG-Senado de 2 de diciembre de 2013)

²⁶⁴ Vid *Infra* Gráfico II-18 y Gráfico II-19

El CFCI nace de la concertación social, y es propuesto al gobierno por las organizaciones sindicales y empresariales en el AIEE; este acuerdo propone “con carácter transitorio (...) una modalidad para el fomento de la contratación indefinida, dirigida a colectivos específicos singularmente afectados por el desempleo y la inestabilidad laboral”²⁶⁵, que se caracteriza, según indica eufemísticamente, por “algunas particularidades en lo que se refiere a su régimen indemnizatorio en el supuesto de que la extinción del contrato se produjera a través de un despido objetivo declarado improcedente”. El régimen concreto del contrato, recogido con casi total fidelidad por el RD-L 8/1997 en su DA 1ª, únicamente alteraba un aspecto del contrato indefinido²⁶⁶: redujo, para los destinatarios de esta modalidad contractual, la indemnización en el caso mencionado de despido objetivo declarado improcedente (y sólo en ese, pues si el despido calificado como improcedente era disciplinario el factor indemnizatorio se mantenía en 45) hasta los 33 días de salario por año de servicio y el tope a 24 mensualidades (frente a las 42 del contrato indefinido “tradicional”)²⁶⁷. Con ello se abrió un nuevo camino en el fomento del empleo, en el que por primera vez no se crea un nuevo contrato temporal con este fin, sino que la figura escogida es de duración indefinida²⁶⁸, potenciando su utilización mediante una menor indemnización por un mismo perjuicio, como es la pérdida del empleo. Al margen de los problemas que desde la perspectiva del derecho a la igualdad pudiera ocasionar esta distinción²⁶⁹, se trata de una medida de clara motivación económica, pues se dirige a reducir los parámetros que el empresario toma en consideración en su decisión de contratación.

La primera versión del CFCI tenía una vigencia de cuatro años (transcurrido el cual se preveía su evaluación y eventual continuidad en el apartado sexto de la propia DA), y se dirigía a cuatro colectivos de desempleados y a los contratados temporales que cumplieran ciertos requisitos.

²⁶⁵ -, “Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo, de 7 de abril de 1997”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 10, 1997, pág. 230.

²⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida”, en Miguel Rodríguez-Piñero, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde (dirs.), *Estabilidad en el Empleo, Diálogo Social y Negociación Colectiva: La Reforma Laboral de 1997*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 166.

²⁶⁷ Aunque el límite máximo es muy elevado, sólo opera para trabajadores que presten servicios durante algo más de 22 años (CFCI) o más de 28 (Indefinido común); conforme a los datos de la EPA, desde 1999 (primer año para el que se publican microdatos que permitan extraer esta información), tienen antigüedad suficiente para notar la diferencia en los topes indemnizatorios entre un 15,5 y un 19 por ciento de los asalariados indefinidos, según los años, aunque la tendencia es creciente (el mínimo se alcanzó a finales de 2008 y el máximo es el último dato publicado). En todo caso esta información se aporta a los efectos de indicar que en la mayor parte de los despidos ese tope sería, ya en la configuración inicial del CFCI, irrelevante, pues todos esos contratos se celebraron necesariamente antes de 1997, por lo que en su totalidad son “comunes”. En todo caso, con el régimen jurídico actual y las normas de derecho transitorio de la Ley 3/2012, en la práctica se habría impedido que cualquier contrato celebrado a partir del 12 de febrero de 1996 recibiera más de 720 días de salario, por lo que la diferencia de tope indemnizatorio entre CFCI y contratos indefinidos comunes nunca llegará a desplegar sus efectos.

²⁶⁸ MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., “El contrato indefinido para el fomento de del empleo”, en Antonio Martín Valverde (dir.), *Las reformas laboral y de la seguridad social de 1997*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998 (Cuadernos de derecho judicial), pág. 19.

²⁶⁹ Sobre esta cuestión, vid en el Capítulo III, el epígrafe 2.3.2

En relación a los desempleados, se autoriza la contratación de dos grupos diferentes por razón de su edad: los jóvenes desde 18 hasta 29 años –lo que resulta comprensible por ser su tasa de desempleo, en el primer trimestre de 1997 (último dato publicado cuando se aprobó el RD-L) del 34,2% frente al 21,6% del total de la población–, y los mayores de 45 años, para los que el desempleo “sólo” suponía un 12,4%²⁷⁰, que siendo una cifra que pueda resultar elevada, era notablemente inferior a la general de la economía.

Además, se incluye a los minusválidos –colectivo reducido, objeto habitual de las políticas de fomento del empleo por sus evidentes dificultades de empleabilidad y por mandato del art. 49 CE– y a los desempleados de larga duración, entendiendo por tales quienes llevaran al menos un año inscritos como demandantes de empleo. Tomando datos de la EPA (y omitiendo a los trabajadores con discapacidad, pues esta cualidad no consta en la encuesta), el conjunto de colectivos indicados suponía en la práctica la autorización de la contratación con menor indemnización de forma generalizada²⁷¹, pues los potenciales destinatarios alcanzaban un 86% del total de desempleados²⁷², por lo que en la práctica se dirigía a la mayoría de trabajadores desempleados.

Por otra parte, con carácter limitado en el tiempo, el CFCI se concibe como una figura de transformación de contratos temporales en indefinidos, aunque no sólo se dirige a trabajadores ya empleados, sino que se establece un periodo de un año desde la entrada en vigor de la norma (esto es, hasta el 18 de mayo de 1998) en el que los contratos celebrados también podrán acogerse, en caso de transformarse en indefinidos, a esta modalidad.

El efecto de la introducción de este contrato fue muy notable, como puede verse en el Gráfico II-15: si en 1996 los contratos indefinidos suponían un 4,11% del total, en el año de introducción del CFCI suponen un 7,01% y en 1998, el primero en el que pueden celebrarse estos contratos durante los doce meses, alcanzan el 8,32% de los contratos registrados. Pese al aparente éxito de la medida, la tasa de temporalidad apenas se ve afectada: entre el primer trimestre de 1997 y el mismo periodo dos años después, se reduce en menos un punto porcentual, bajando del 33,6% de los asalariados al 32,9%²⁷³. La explicación de este fenómeno no es sencilla; al margen de

²⁷⁰ En realidad, en términos estrictos, es dos décimas menor, pues en el cálculo se han excluido los trabajadores mayores de 65 años, colectivo en el que la tasa de desempleo es muy reducida, pues la posibilidad de la jubilación hace más atractivo el paso a la inactividad que al paro.

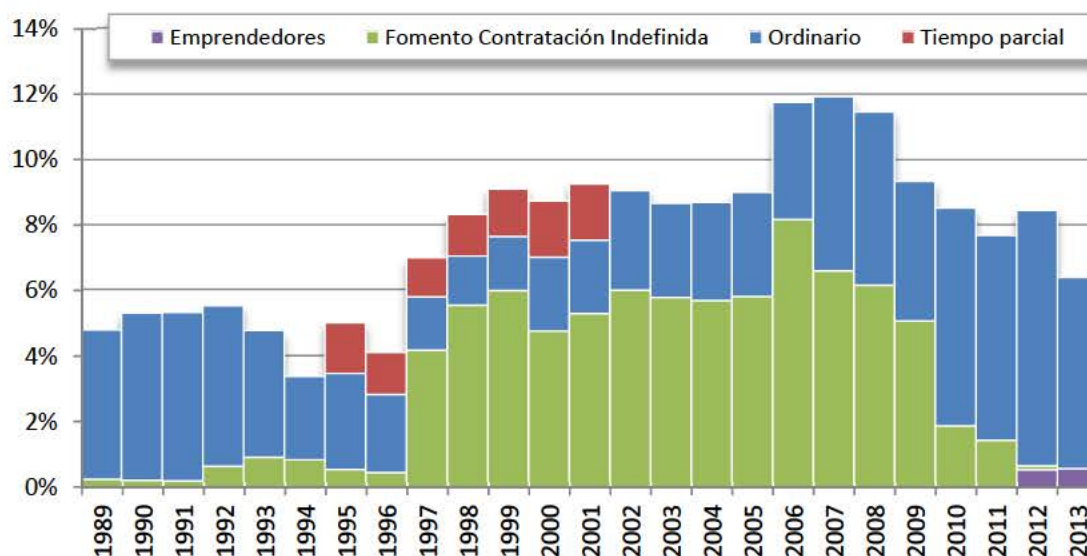
²⁷¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida”, cit., pág. 156; ; DEL REY GUANTER, S., “El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, en Miguel Rodríguez-Piñero, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde (dirs.), *Estabilidad en el Empleo, Diálogo Social y Negociación Colectiva: La Reforma Laboral de 1997*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 130.

²⁷² Es posible que esta cifra sobreestime el peso de los demandantes de empleo de larga duración, pues no todos los parados contabilizados en la EPA necesariamente buscan empleo por esta vía; en todo caso, los colectivos incluidos por razón de su edad suponían un 65% de los desempleados.

²⁷³ Ver Gráfico II-5 en página 93.

que el volumen de contratación de indefinidos era relativamente baja (en 1997 se firmaron menos de cuatro contratos indefinidos por cada 100 asalariados, porcentaje que se incrementó a 6,6 en el año siguiente), pudo producirse o bien un incremento en la “salida” de indefinidos, o bien tratarse de un incremento ficticio en la contratación indefinida, de tal modo que simplemente “afloraran” en los registros contratos que ya venían celebrándose²⁷⁴.

Gráfico II-15: Peso de la contratación indefinida por clase según el total de contratos registrados



Fuente: Elaboración propia a partir de datos recogidos por Toharia275 y del Anuario de Estadísticas Laborales (MEYSS)276

Desde una perspectiva puramente microeconómica, el objetivo de la introducción del CFCI era claro. Aunque con carácter general las bonificaciones a la contratación indefinida no son objeto de este estudio, en este caso resulta imprescindible su mención, pues sin entrar en los detalles, debe indicarse que como mínimo supondrían un 40% de la cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes, que en ese momento –igual que hoy– suponía un 23,6% del salario²⁷⁷, por lo que la bonificación suponía, durante los dos primeros años, un 9,44% del salario. Una indemnización de 33 días supone un coste del 9,04% de aquel, con lo que en la práctica se le estaba enviando una señal muy clara al empresario: si contrata mediante esta

²⁷⁴ TOHARIA, L. (DIR) ET AL., *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, cit., pág. 188.

²⁷⁵ *Ibid.*, pág. 187.

²⁷⁶ Debe tenerse en cuenta que entre 1995 y 2002 la estadística recoge los contratos indefinidos a tiempo parcial de forma desagregada, sin incluirlos en su respectiva categoría; esta estadística no desagrega diferentes programas de fomento de la contratación indefinida.

²⁷⁷ Aunque el salario empleado como base de cotización y cómputo de la prestación no son necesariamente el mismo (por lo diferentes conceptos que de aquel se aplican a los efectos de la Seguridad Social y el cálculo de las indemnizaciones, como se analizará en el Capítulo IV, y por la existencia de topes de cotización), con carácter general las diferencias serán mínimas o inexistentes.

modalidad, cualquier despido objetivo (procedente o improcedente) supondrá un ahorro frente a la contratación temporal para periodos inferiores a dos años, pues la totalidad del coste indemnizatorio es absorbido (e incluso superado si el despido es objetivo procedente) por la bonificación a las cuotas. De este modo, el régimen es incluso más favorable para la empresa que el del contrato de fomento temporal que la misma reforma suprimió, pues ni siquiera se exige la asunción de 12 días de salario por año²⁷⁸, pudiendo sorprender el elevado número de contratos ordinarios que siguieron celebrándose²⁷⁹. Sin embargo, no se suprimen los salarios de tramitación, que en contratos de corta duración pueden suponer un coste superior al de la indemnización directa, necesariamente generados al exigir la norma, para la reducción de la indemnización, que esta proceda de despido “declarado” improcedente, aun entendiéndose que la limitación del entonces vigente art. 56.2 ET resulta de aplicación y por tanto es suficiente la consignación en conciliación de la indemnización interrumpía su devengo. Tampoco el periodo de preaviso (en la redacción vigente entonces, de 30 días) se eximía, con lo que aun con la limitación de salarios de tramitación que supone la asunción por el Estado de los que excedan de 60 días, los costes reales del despido, descontada la indemnización, son muy superiores a los del contrato temporal²⁸⁰.

Transcurrido el periodo de evaluación previsto en la norma para el CFCI, pese a los escasos efectos de la introducción del mismo y las bonificaciones conexas sobre la tasa de temporalidad –se redujo tan sólo en 1,5 puntos en estos cuatro años–, y apoyándose en el incremento de la tasa de contratación, el RD-L 5/2001 califica los resultados del mismo como “excelentes” y lo amplía en todos los ámbitos: se extiende el colectivo de jóvenes (por ambos extremos: ahora serán de 16 a 30 años); se reduce la “larga duración” del desempleo hasta los seis meses y se incorpora un nuevo grupo: el de mujeres contratadas para profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino. Además, se suaviza la regla establecida originalmente en la norma de 1997 para evitar (o reducir) el efecto de sustitución de trabajadores con factor indemnizatorio de 45 por los de factor 33, que impedía el uso del CFCI en los centros de trabajo y para la misma categoría o grupo cuyos contratos se hubieran extinguido por causas objetivas declaradas improcedentes o cuando se hubiera llevado a cabo un despido colectivo, pues el periodo de referencia se reduce de doce a seis meses. En

²⁷⁸ MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., “El contrato indefinido para el fomento de del empleo”, cit., pág. 24.

²⁷⁹ MALO OCAÑA, M. Á., *Costes de despido y creación de empleo*, cit., pág. 125.

²⁸⁰ Esta idea del sobrecoste efectivo del CFCI sobre el contrato temporal, sin incluir los costes que supone el preaviso ni otros que no he mencionado aquí pero se analizarán más adelante –esto es, referida a los salarios de tramitación– ya aparece recogida en MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., “El contrato indefinido para el fomento de del empleo”, cit., pág. 25. En referencia a la insuficiencia de la extensión del CFCI para mejorar las tasas de fijeza por los costes que acarrea el despido objetivo más allá de la indemnización por antigüedad, *vid.* GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “El contrato de fomento de la contratación indefinida”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 141-142.

relación a las conversiones de contratos temporales, se establece un nuevo plazo –los celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003– con la particularidad de que la valoración de la prórroga de este plazo se encomienda al Gobierno sin necesidad de valoración conjunta con los agentes sociales²⁸¹ y eliminando las referencias a la negociación colectiva para estas conversiones: se prefiere así ahora un dilatado plazo para la conversión en detrimento de su modulación por la concertación social²⁸².

La consolidación del CFCI como medida de fomento del empleo ya se calificó como una “generalización”²⁸³ o “universalización”²⁸⁴, y se afirmó la “evanescencia de los supuestos límites” a su uso²⁸⁵, pero va a ir ampliándose progresivamente: la reforma de 2006, de nuevo, extendió el plazo para la celebración de contratos temporales cuya conversión pudiera hacerse en CFCI, en esta ocasión hasta el 31 de diciembre de 2007 (los anteriores a la reforma sin límite temporal), y el RD-L 10/2010 volvió a extenderlo, aunque con ciertas prevenciones, para los celebrados después de su entrada en vigor (18 de junio de 2010); si los anteriores podían convertirse en CFCI sin más requisitos que el que la transformación se hiciera antes del 31 de diciembre de ese mismo año, los celebrados posteriormente podrían hacerlo siempre que su duración no hubiera excedido de seis meses.

Además, la reforma de 2010 amplía de nuevo los colectivos destinatarios de esta modalidad contractual: primero, el RD-L incluye a los trabajadores que en los dos últimos años anteriores al contrato sólo hubieran tenido contratos temporales –en la misma o distinta empresa– o aquellos a quienes se les hubiera extinguido un contrato indefinido en otra empresa en el mismo plazo, y elimina la referencia a la larga duración del desempleo y exigiendo únicamente tres meses de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo, plazo que, posteriormente, la ley 35/2010 redujo aún más, dejándolo en un solo mes.

De este modo, en la última redacción de la DA1ª L 12/2001, una lectura sistemática permite deducir que únicamente están excluidos del CFCI los desempleados no inscritos o los que, estando inscritos por menos de un mes, tengan entre 30 y 45 años y busquen su primer empleo o no hayan estado ocupados por cuenta ajena en los dos últimos años.

²⁸¹ ALFONSO MELLADO, C. L., *La primera reforma laboral del milenio*, cit., pág. 37.

²⁸² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., “El nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de las bonificaciones al empleo”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Reforma Laboral Del Año 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el Año 2002: La Ley 12/2001 y el ANC-2002*, 2002, pág. 140.

²⁸³ ALFONSO MELLADO, C. L., *La primera reforma laboral del milenio*, cit., pág. 35.

²⁸⁴ LUJÁN ALCARAZ, J., “El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, en Antonio V. Sempere Navarro (dir.), *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio: la reforma laboral de 2001*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pág. 222.

²⁸⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., “El nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de las bonificaciones al empleo”, cit., pág. 136.

No obstante, frente a esta generalización del ámbito de la contratación indefinida, progresivamente se acota el ámbito subjetivo: el plan de fomento del empleo para el año 2000 reduce por un lado los supuestos bonificados de conversión desde la contratación temporal, y por otro se minoran las cuantías de la bonificación de cuotas²⁸⁶; la L 12/2001 prima a ciertos colectivos no necesariamente incluidos en el ámbito del CFCI (como mujeres desempleadas entre 16 y 45 años, para cuya contratación se prevén incentivos) y excluye a otros, como los jóvenes varones, aunque estos volverían a disfrutar las bonificaciones en la reforma de 2006²⁸⁷. Con ello, en la práctica no se soluciona el problema diferencial de costes explícitos entre contratos temporales e indefinidos por su terminación, lo que explica la progresiva reducción de su uso –pese a tener un ámbito potencial de utilización casi universal– desde 2006 hasta la definitiva derogación de la DA 1ª de la L 12/2001 por el RD-L 3/2012. Así, aunque para algunos autores con la reforma de 2010 aventuraban que el CFCI se convertiría en el nuevo contrato ordinario²⁸⁸, la mera reducción de la indemnización, si no va acompañada de otras bonificaciones, no parece haber resultado particularmente atractiva para los empresarios, lo que redujo su uso hasta niveles muy bajos, pero sin que se resintiera particularmente el total de la contratación indefinida, que mantiene (pero no acelera) su tendencia decreciente fruto de la crisis y posiblemente en los últimos meses de 2011 de la expectativa de una contratación más favorable para el empresario con el cambio de gobierno.

Finalmente, el factor indemnizatorio reducido de 33 días sí va a generalizarse, pero no por la vía de opción –nada impedía a los empresarios que contrataban a un trabajador bajo el ámbito subjetivo de aplicación del CFCI celebrar un contrato indefinido ordinario– sino estableciendo como única modalidad contractual indefinida la “común” u ordinaria, para la que la reforma de 2012 establece un factor indemnizatorio de 33 en todo caso. Así, se deroga la citada disposición adicional primera, y se expulsa formalmente el CFCI del ordenamiento, introduciendo por primera vez en el ET la indemnización más reducida que se había previsto para este para todos los contratos. Esta técnica legislativa tiene importantes implicaciones, pues ya no se trata de una medida dirigida a fomentar nuevas contrataciones, sino que se convierte en el régimen general, aplicable por tanto a contratos ya celebrados. No obstante, el régimen transitorio previsto primero en el RD-L y finalmente en la

²⁸⁶ Con más detalle, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., “Los estímulos a la contratación laboral”, cit.

²⁸⁷ TOHARIA CORTÉS, L., *El efecto de las bonificaciones a las cotizaciones*, cit., págs. 12-14.

²⁸⁸ LUJÁN ALCARAZ, J., “Contrato para el fomento de la contratación indefinida y la reforma laboral de 2010”, en Alfredo Montoya Melgar, Faustino Cavas Martínez (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010: Ley 35-2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 113.

L 3/2012 “congela” las indemnizaciones²⁸⁹ que habrían tenido derecho a percibir los trabajadores ya contratados, si bien sólo afecta, como se ha puesto de manifiesto más arriba²⁹⁰, al muy reducido porcentaje de trabajadores que tengan una antigüedad en la empresa²⁹¹ de al menos 16 años en el momento de entrar en vigor la reforma (12 de febrero de 2012). En todo caso, la reducción del factor indemnizatorio (y del tope máximo de indemnización) no puede justificarse como un incentivo a la creación de empleo cuando se aplica a contratos ya celebrados, aunque puede evitar acentuar algunas de las disfunciones en la decisión de la selección del trabajador que será despedido en caso de necesidad empresarial de reducir plantilla: si los trabajadores antiguos mantuvieran el régimen previo al RD-L 3/2012 su extinción (en caso de ser declarada improcedente) sería mucho más costosa que la de los nuevos, sumando a su antigüedad la aplicación de una escala más generosa.

De este modo, se culmina un proceso de reducción de costes del despido improcedente como mecanismo para la reducción de la dualidad, aunque inicialmente se configura, al menos formalmente, como un instrumento de creación de empleo. Resulta destacable que, pese a que los trabajadores susceptibles de ser contratados por esta vía siempre han sido un porcentaje muy elevado de los desempleados, el contrato ordinario siempre ha mantenido un peso considerable en la contratación. Las desagregaciones estadísticas no son claras y existen algunas divergencias según las fuentes, pero analizando la serie homogénea disponible en el ministerio de economía, si la observación se acota a los CFCI, excluyendo otros planes de fomento de la contratación indefinida, desde 2002 a 2011 (años de plena vigencia del contrato ya con carácter indefinido) los CFCI supusieron en promedio un tercio del total de contratos indefinidos registrados. Es pronto para analizar el efecto de la reforma de 2012, y resultará prácticamente imposible desagregar nítidamente el efecto de la generalización de la indemnización de 33 días (con efecto limitado en trabajadores de mucha antigüedad en la empresa) de las reducciones de otros costes de despido que también se han llevado a cabo en la misma norma.

En todo caso, la experiencia del CFCI no permite extraer conclusiones claras, aunque no parece que haya resultado especialmente eficaz para la reducción de la temporalidad, y tampoco los empresarios que contratan indefinido han entendido mayoritariamente que sea una mejor opción que la contratación ordinaria. En cuanto a los efectos sobre la estabilidad en el empleo, los CFCI y los contratos ordinarios no presentan grandes diferencias por razón de la indemnización: los datos muestran que

²⁸⁹ GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 371.

²⁹⁰ Ver al respecto la nota 267 en la página 110.

²⁹¹ Entendida en los términos explicados más adelante; *vid.* Capítulo IV, epígrafe 2.4

la probabilidad de que el contrato indefinido finalice no es significativamente diferente por razón del distinto factor indemnizatorio, sino que depende de otros elementos, más relacionados con el puesto de trabajo o la existencia de bonificaciones²⁹².

b).- La indemnización por los salarios dejados de percibir

La primera versión del art. 56 ET80 ya recogía dentro de la indemnización a que tenía derecho el trabajador cuyo despido hubiera sido declarado improcedente “a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”, si bien esta responsabilidad se limitaba en el número cinco del mismo artículo, al establecer la responsabilidad del Estado en caso de que la sentencia se dicte transcurridos más de sesenta días desde la presentación de la demanda, por el importe de los salarios que excedieran de ese tiempo.

El fundamento de los salarios de tramitación puede encontrarse en la expectativa del trabajador de recuperar su empleo, o en el coste de la incertidumbre que le supone al mismo tener que haber comenzado un proceso²⁹³. Por otra parte, desde un primer momento el legislador entendió que esta medida podía suponer un coste excesivo e imprevisible para el empresario, y además totalmente separado en su cuantificación del grado de reproche que para el ordenamiento mereciera la conducta de aquel, por lo que se fijó una duración “razonable” para el proceso (de sesenta días o dos meses, de manera ciertamente imprecisa) desde la interposición de la demanda (que podía producirse en un plazo de 20 días desde el despido, lo que amplía la potencial responsabilidad empresarial), a partir del cual el Estado, bien como responsable por el funcionamiento (normal o anormal) de la justicia o más probablemente por la simple razón de la decisión legislativa de relevar al empresario de una carga que se estima excesiva sin desproteger al trabajador²⁹⁴, asume este coste. La consecuencia práctica de ello es que existen dos interesados en la limitación de los salarios de tramitación: el empresario y el Estado, pues a ambos les supone un coste evidente.

²⁹² CEBRIÁN, I. ET AL., *Evaluación microeconómica de los programas de fomento del empleo indefinido a partir de datos de los servicios públicos de empleo y de la muestra continua de vidas laborales*, cit.

²⁹³ Para un análisis con cierto detalle sobre esta partida indemnizatoria, su naturaleza y alcance, me remito a mi trabajo GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Lógica y alcance de la indemnización por despido improcedente”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 333, 2010, págs. 36-41.

²⁹⁴ DE MIGUEL LORENZO, A., “Pago por el Estado de los Salarios de Tramitación (En torno al artículo 57)”, en Manuel Alonso Olea (dir.), *El estatuto de los trabajadores: veinte años después*, vol. II, Cívitas, Madrid, 2000, págs. 1181-1182 y 1190.

Desde el punto de vista empresarial, el coste no es menor, pues teniéndose en cuenta que conforme a las sucesivas normas procesales el cómputo de plazos se hará por días hábiles, supondrá en la práctica una cuantía próxima a los tres meses, dependiendo de la concurrencia de festivos. Incluso en un cálculo conservador, los salarios de tramitación que debe asumir el empresario supondrán una cuantía equivalente a la indemnización del apartado a) del art. 56.1 ET por dos años de servicio. Adicionalmente, aunque en un primer momento la LPL80²⁹⁵ era el trabajador el sujeto legitimado para la reclamación de los salarios cuyo abono corresponda al Estado, el art. 116 LPL90²⁹⁶ atribuye al empresario dicha legitimación, correspondiéndole en consecuencia su abono inicial y posterior reclamación, con el consiguiente coste financiero, que en caso de que la Sentencia condenatoria lo fuera en fase de recurso, puede ser notable²⁹⁷.

De esta forma, tienen un especial poder disuasorio sobre la contratación en momentos de incertidumbre económica, pues si el empresario percibe el riesgo de tener que prescindir en un plazo breve de un trabajador al que debe contratar hoy, la diferencia de coste extintivo en relación a la contratación temporal se dispara. Por otra parte, existe una incertidumbre, en este caso favorable al empresario (y al Estado), pues si el trabajador encuentra otro empleo se minorará la deuda por salarios de tramitación en la misma cuantía (lo que por otra parte puede reducir los incentivos a la búsqueda de empleo en los momentos inmediatamente posteriores al despido).

En la línea de la reducción de costes por despido improcedente que abordarían los agentes sociales y asumiría el Gobierno en 1997, la reforma de 1994 introdujo una importante modificación al régimen jurídico de los salarios de tramitación: el nuevo apartado segundo del art. 56 ET80 (que se mantuvo en el ET) establece la posibilidad de interrumpir el devengo en el acto de la conciliación previa si el empresario reconociera en ésta el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización que establece la ley para ese caso, consignándola en el juzgado en el plazo de 48 horas. Con ello se pretende evitar una litigiosidad innecesaria²⁹⁸: si la parte demandada asume el *petitum* de la demanda, no resulta razonable imponerle el abono de una indemnización derivada de la duración de un proceso llevado a cabo para

²⁹⁵ Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 30 de julio de 1980)

²⁹⁶ Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 2 de mayo de 1990)

²⁹⁷ En realidad, se planteó el problema interpretativo de a quién correspondía el abono, pues el art. 110 LPL90 seguía limitando la condena en los términos de la legislación anterior, pero la STS de 20 de julio de 1995 (R° 2929/1994) unificó doctrina en el sentido expresado, recogiendo finalmente la LPL95 (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, BOE de 11 de abril de 1995) (DE MIGUEL LORENZO, A., "Pago por el Estado de los Salarios de Tramitación (En torno al artículo 57)", cit., pág. 1179.)

²⁹⁸ MARTÍNEZ ABASCAL, V., "La extinción del contrato de trabajo tras la reforma de 1994: Práctica convencional y aplicación judicial (con especial atención a los despidos económico y disciplinario)", en Eduardo Rojo Torrecilla (dir.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 284.

obtener el reconocimiento judicial de esa misma petición: esto resulta claro cuando no existe controversia jurídica –si las partes alcanzan la avenencia en cuanto a la calificación como improcedente del despido y cuantía de la indemnización– pero también resulta procedente cuando el empresario reconoce la improcedencia y consigna correctamente la indemnización, aun cuando el trabajador reclame una cantidad mayor o la calificación del despido como nulo, si la sentencia no acepta estas peticiones por encima de lo reconocido. En esta reforma los beneficiarios son los antes indicados como perjudicados por la existencia de los salarios de tramitación: si se produce la consignación el Estado no será en ningún caso responsable de su abono, y el empresario evitará el devengo de los salarios durante los sesenta días marcados por la ley; el trabajador obtendrá una menor cantidad, pero dada la naturaleza indemnizatoria de la situación de pendencia, también desaparecerá este daño.

Este régimen jurídico se mantendría durante las reformas siguientes, hasta que la del RD-L 5/2002 suprime casi totalmente la procedencia de estos salarios, aunque la tramitación parlamentaria –con un gobierno con mayoría absoluta pero tras una fuerte contestación sindical, especialmente en relación a este aspecto– los volvió a establecer con nuevas posibilidades de interrupción de su devengo, como inmediatamente se expondrá.

El RD-L 5/2002 tenía por objeto, según su propia denominación oficial la “reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad”; dentro de sus objetivos pretende, según indica la propia exposición de motivos “mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo”, pero nada concreta acerca de cómo puede operar en este sentido la importante modificación que realiza en los arts. 56 y 57 ET: se da nueva redacción al primero, eliminando de la indemnización los salarios de tramitación, y en el segundo de ellos, sólo para el caso de que proceda la readmisión (por nulidad, u opción en caso de improcedencia, quienquiera que sea a quien corresponda –trabajador o empresario) sí que establece el derecho a la percepción de “los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido”. Al margen de los efectos sobre la naturaleza salarial o indemnizatoria de este pago (que ciertamente se inclina hacia la primera opción, al exigirse únicamente en el caso de que “reviva” la relación laboral²⁹⁹), resulta claro que el objetivo de la norma es reducir los costes de despido, sin que quede claro, dada la falta de expresión explícita del gobierno-legislador, si con ello se pretende reducir la dualidad, fomentar el empleo, o simplemente establecer un nuevo reparto de poder entre empresarios y trabajadores.

²⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. Y BLASCO PELLICER, Á., *Desempleo y Despido en la Reforma Laboral Del Real Decreto-Ley 5/2002*, cit., pág. 60. En el mismo sentido, aunque referido a la reforma de 2012, GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 373.

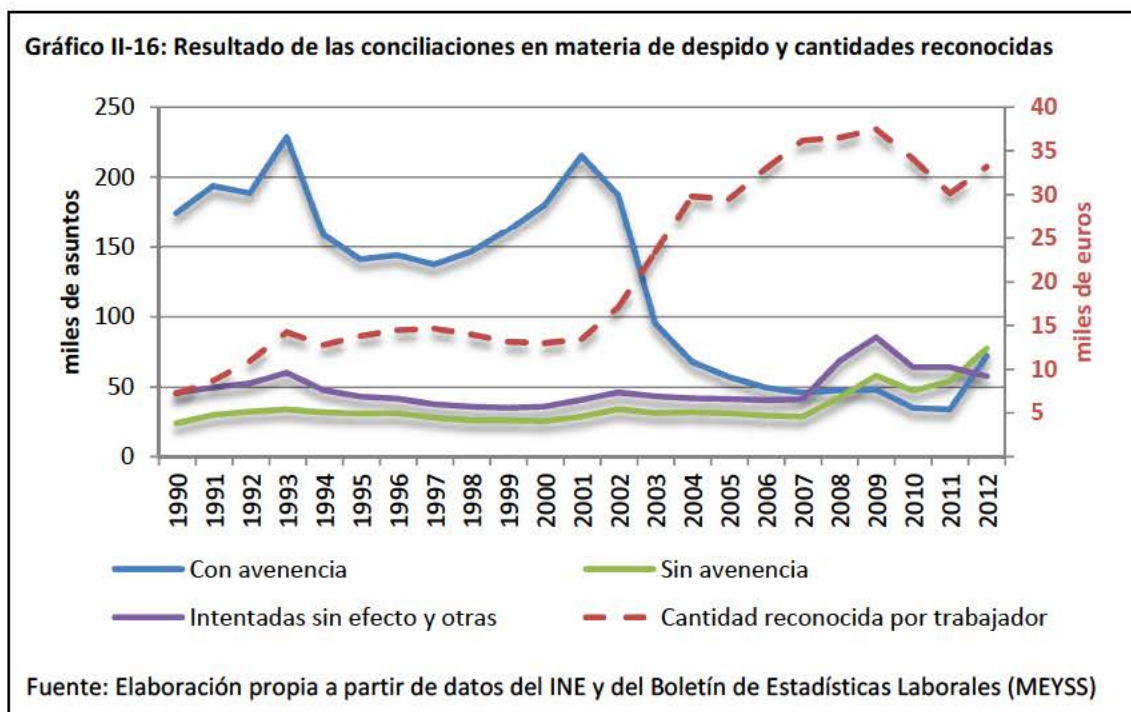
En la defensa de la convalidación del RD-L, el entonces Ministro de Trabajo APARICIO defendió que, al establecerse la automaticidad de la prestación por desempleo ante la pérdida del puesto de trabajo, se garantizaba la continuidad de rentas, y empleaba el argumento de que con ello se podría reducir la judicialización de los despidos, al no ser necesaria la sentencia ni la conciliación administrativa para la percepción de cantidades por el trabajador (ni indemnizatorias ni prestaciones); con ello, además, se contribuiría a “despejar la indeterminación que representa esta falta de claridad en la extinción de los contratos indefinidos, contribuyendo a fomentar la contratación estable”³⁰⁰. El argumento se basa pues, más que en la reducción de costes directos, en el incremento de la seguridad jurídica, aunque otros grupos políticos lo entendieron como un abaratamiento del despido, más dirigido al objetivo ideológico de establecer un punto de equilibrio más favorable a los empresarios, que al económico de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo.

Al margen de que este RD-L sería declarado inconstitucional por carecer de los requisitos de “extrema y urgente necesidad” por la STC 68/2007, de 28 de marzo, la tramitación parlamentaria, como se ha apuntado, retrocedió en algunos aspectos, pero mantuvo el elemento disuasorio de la judicialización del despido. La L 45/2002, resultado de dicha tramitación legislativa, recuperó la redacción original del art. 56.1 ET, con la doble partida: la primera en función de antigüedad, salario y el factor indemnizatorio de 45, y la segunda por los salarios dejados de percibir. La innovación se contiene el apartado siguiente, pues la posibilidad de “congelación” de los salarios de tramitación se traslada desde la conciliación administrativa hasta el momento mismo del despido, de modo que si el empresario reconoce la improcedencia y consigna en el juzgado (o conforme a la interpretación jurisprudencial, lo pone a su disposición de otro modo) a disposición del trabajador la indemnización que le corresponde, no se devengarán más allá de ese momento; de hecho, siempre que lo haga en las primeras 48 horas posteriores al despido, no habrá lugar a salarios de tramitación, dando lugar a lo que se ha venido a llamar “despido exprés”.

Los efectos fueron inmediatos, como puede apreciarse en el Gráfico II-16. A partir de 2002 las conciliaciones con avenencia caen en picado, pues el empresario tiene incentivos a renunciar a defender la procedencia del despido a cambio de la certeza de la indemnización inmediata mediante la consignación, y el trabajador salvo que defienda la nulidad del despido o el error grave o inexcusable de aquel pago, tampoco tendrá nada que defender en el proceso. Por otra parte, se aprecia como las cantidades reconocidas también crece, lo que puede denotar o bien que los casos de

³⁰⁰ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 13 de junio de 2002, p. 8572.

indemnizaciones más altas hay mayor resistencia empresarial al reconocimiento de la improcedencia, o bien que la mayor cuantía dificulta la consignación inmediata, por problemas de liquidez.



Desde otra óptica, el Gráfico II-18 muestra cómo las altas en prestación contributiva por desempleo de trabajadores procedentes de contratos indefinidos se concentran a partir de este año en el despido reconocido como improcedente, con lo que se puede afirmar que en 2007, justo antes de que la crisis económica hiciera aumentar notablemente los despidos colectivos, esta modalidad exprés suponía un 70% de los accesos a la prestación.

El último paso en la reducción de los costes de despido por esta vía se dio con las reformas del año 2012; en el RD-L 3/2012 se incide en la misma línea argumental del RD-L 5/2002, y se procede a eliminar los salarios de tramitación en los casos en los que no proceda la readmisión, manteniendo el abono por el Estado de los que excedan de sesenta días, límite ampliado a noventa días en el RD-L 20/2012³⁰¹. Esta última medida, que encarece los costes empresariales derivados de la calificación del despido como improcedente, sólo resulta de aplicación en caso de que proceda la readmisión, por lo que cuando ésta opción corresponda al empresario será menos probable; de hecho, para un trabajador cuyo contrato se rija enteramente por la nueva normativa – celebrados después del 12 de febrero de 2012 –, si al empresario le corresponde abonar salarios de tramitación por la readmisión, estos pueden suponer una

³⁰¹ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012)

indemnización similar a la que correspondería por despido improcedente a un trabajador con una antigüedad de entre cuatro y cinco años³⁰², de modo que si el despido no alcanza esta, aun estando el empresario interesado en la readmisión le interesará más abonar la indemnización del 56.1 ET y celebrar un nuevo contrato. Con ello, además de reducir la cuantía que debe abonar en ese momento, reducirá también la hipotética indemnización futura en caso de nuevo despido, sin perjuicio del riesgo de que se estimara fraude de ley por la indemnización y recontractación.

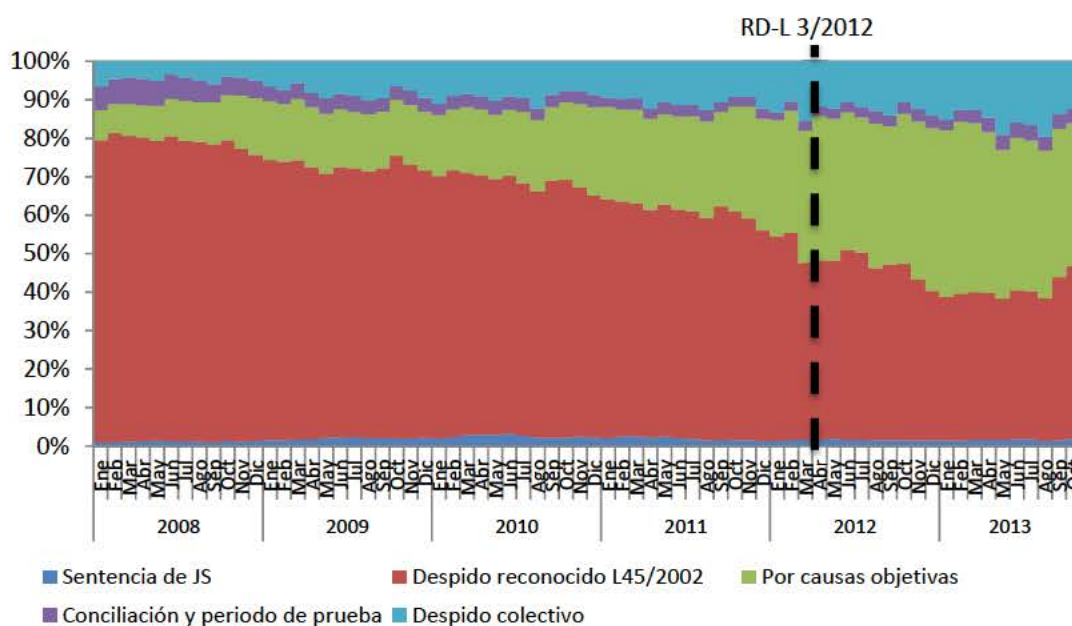
La desaparición de los salarios de tramitación, unida a la tributación de la indemnización por el despido reconocido improcedente³⁰³, suponen la eliminación del despido exprés: aunque la ley no lo prohíbe, la Exposición de Motivos del RD-L 3/2012 expresamente se refiere a él como una institución que “crea inseguridad a los trabajadores” por llevar la decisión empresarial sobre la extinción a “un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial”, y afirma su supresión. En la práctica, lo que

³⁰² En un cálculo aproximado, siendo hábiles los días no cubiertos por el Estado, como también lo son los que dispone el trabajador para la presentación de la demanda –aunque ha existido abundante polémica sobre esta cuestión, y particularmente sobre la consideración de los sábados, *vid* VILLANUEVA GALLEGO, F. I., “Modalidades procesales de los despidos y sanciones de la reclamación al Estado de los salarios de tramitación, de la extinción del contrato de trabajo, de las vacaciones, materia electoral, clasificaciones profesionales, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, permisos por lactancia, reducción de jornada por motivos familiares y procedimiento de oficio”, en Ana María Orellana Cano (dir.), *Puntos críticos del procedimiento laboral: situación actual y alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, págs. 195-199.–, podrían alcanzarse los 110 días hábiles, que suponen 22 semanas, esto es –si no median festivos– 154 días de salarios de tramitación (pues el abono sí incluye los inhábiles, dado que el salario dejado de percibir se computa sobre el total de días del año, no sobre los trabajados). Esa indemnización sería la que corresponde a un trabajador despedido improcedentemente con una antigüedad de cuatro años y ocho meses. No existen estadísticas detalladas de las características de los trabajadores despedidos, pero puede hacerse alguna aproximación a partir de los microdatos de la EPA de flujos, que ofrece información de determinados sujetos durante hasta seis trimestres consecutivos: tomando en consideración los trabajadores que en el último trimestre de 2012 eran asalariados con un contrato indefinido y en el trimestre siguiente o bien estaban en paro (o en inactividad por estar desanimados, pero excluyendo a los jubilados o que por cualquier otra razón no sean activos potenciales según las definiciones del INE) o bien tenían una relación temporal, suponían un 48% del total aquellos cuya antigüedad en la empresa era igual o menor a estos 56 meses (4 años y 8 días). Esta cifra es meramente orientativa, pues al margen de ser un dato puntual incluye a los trabajadores que hayan dimitido o resuelto su contrato por otra vía, así como a todos aquellos despedidos precedentemente, y no tiene en cuenta a aquellos trabajadores que, habiendo sido despedidos, en el trimestre siguiente han obtenido un nuevo empleo también indefinido. Además, al tratarse la EPA de una encuesta y no un registro, existen errores de conocimiento de la respuesta: si se observan los valores de antigüedad en la empresa, se concentran en números “redondos”, es decir en los múltiplos de 12 (se mide en meses); en todo caso, la estimación, aunque evidentemente es muy inexacta, deja claro que el supuesto planteado no es residual, sino que cerca de la mitad de los despedidos se encontrarán en la situación indicada.

³⁰³ Inicialmente se plantearon dudas sobre la exención de la diferencia entre la indemnización legal por despido objetivo y la propia del improcedente; quedaron resueltas en la tramitación parlamentaria del RD-L, de forma que la L3/2012 dio nueva redacción a la letra e del art. 7.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre de 2006), en el que se regulan las exenciones al IRPF, suprimiendo la referencia a las indemnizaciones por despido reconocidas “con anterioridad al acto de conciliación”. Para mayor claridad, se añade la DT22ª, en la que se indica expresamente la exención de las indemnizaciones por despido reconocido improcedente “desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 (...) y hasta el día de la entrada en vigor de la Ley [3/2012]” en la cuantía legal para el despido improcedente.

ocurre, es que no existiendo los salarios de tramitación deja de tener sentido reconocer la improcedencia desde el primer momento y avanzar la indemnización³⁰⁴; sin embargo, la realidad se muestra tozuda y los empresarios siguen usando esta vía; como se puede apreciar en el Gráfico II-17, el despido reconocido improcedente sigue manteniendo un gran peso en las terminaciones de contratos indefinidos (38,5% de las nuevas altas en prestación contributiva de desempleo procedían de esta vía), aunque también es cierto que la reforma ha acelerado el incremento de los despidos por causas objetivas: si a lo largo de 2011 el peso de los despidos objetivos como causa de acceso a la prestación aumentó en 6,1 puntos porcentuales, en 2012 lo ha hecho en 13,3 puntos; en sentido opuesto, los despidos reconocidos improcedentes pasan de caer 8,7 puntos en 2011 a 15,9 puntos en el año de la reforma³⁰⁵.

Gráfico II-17: Altas iniciales en la prestación contributiva de desempleo por causa de acceso a la misma relacionada con la extinción de un contrato por razón diferente a la terminación de un contrato temporal (datos mensuales)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MEYSS306

De este modo, la línea evolutiva hacia la reducción de costes deja al empresario en una situación de total seguridad sobre cuál será el importe de la indemnización por despido improcedente que tendrá que abonar cuando se extinga el contrato,

³⁰⁴ GOERLICH PESET, J. M., "La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución", cit., pág. 367.

³⁰⁵ En ambos casos, se mide de enero a enero.

³⁰⁶ La aplicación de series temporales ofrece un grado de detalle menor que los anuarios sobre la causa de acceso a la prestación, pero a cambio tiene mayor desagregación temporal (mensual) y sobre todo es de actualización más ágil, lo que permite disponer ya de datos sobre los efectos de la reforma de 2012.

determinada ahora únicamente en función de la antigüedad y del salario del trabajador.

Así, se desincentiva la declaración de la improcedencia y se reduce notablemente la diferencia de coste entre el despido objetivo procedente e improcedente. Con ello, puede entenderse que el legislador trata de incentivar al empresario para que, en atención a la nueva formulación de las causas para el despido objetivo (*vid infra*), perciba un menor riesgo en defender que su decisión extintiva es conforme a derecho: en caso de que el despido sea calificado por el juez como improcedente, las consecuencias serán simplemente el abono de la diferencia de trece días (o parcialmente veinticinco, conforme al régimen transitorio) por año de servicio que habría tenido que pagar en un primer momento de reconocer la improcedencia, sin más costes que los puramente procesales.

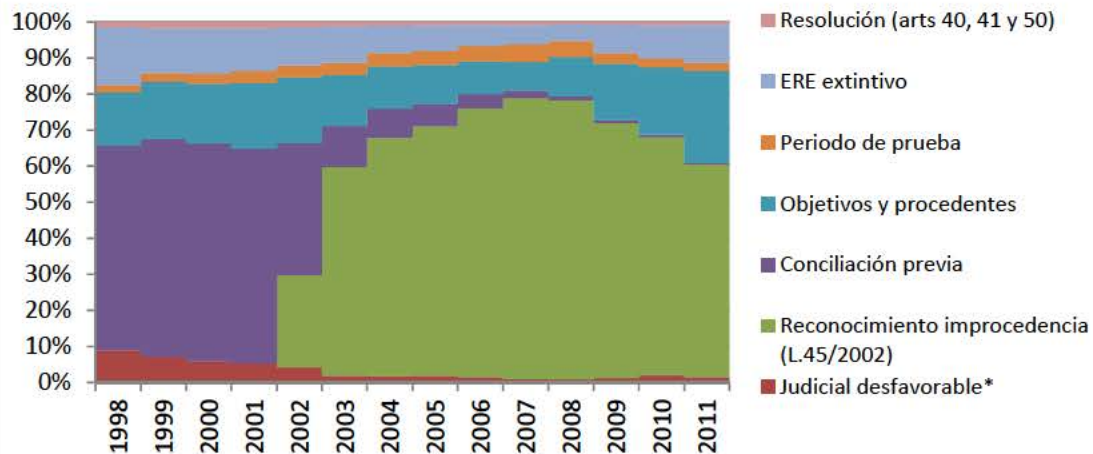
Desde el ángulo del trabajador, lógicamente, la perspectiva es menos positiva. Los salarios de tramitación jugaban un cierto papel corrector para los trabajadores de menor antigüedad de la empresa, si bien la reforma de 2002 (que desplazó el reconocimiento de la improcedencia de la conciliación al momento del despido, como se ve con claridad en el Gráfico II-18), ya había mitigado notablemente esta posibilidad. Por otra parte, el efecto sobre la selección del trabajador que veía extinguido su contrato era neutro, pues su cuantía era independiente de la antigüedad en la empresa, y aunque fuera algo menor para salarios más bajos, la diferencia resultaba compensada precisamente por esa misma razón: los salarios recibidos durante el proceso también serían menores. Por último, no puede olvidarse que la supresión en la práctica totalidad de los casos del abono de salarios tiene un beneficiario claro, que no es otro que el Estado. Sin embargo, debe señalarse que no es una partida especialmente elevada; aunque no se publican datos anteriores a 2003, lo que impide valorar el efecto que tuvo la reducción de la litigiosidad causada por la incentivación del reconocimiento de la improcedencia (y que el Gráfico II-18 permite intuir que además ya antes venía reduciéndose), la cuantía ha fluctuado entre los tres y los diez millones de euros³⁰⁷; de hecho, posiblemente sea menor que el coste que la

³⁰⁷ Los datos, concretos, obtenidos de la publicación del CGPJ “la justicia dato a dato” son los siguientes:

	2003	2004	2005	2006	2007
Expedientes	685	716	1.038	1.056	1.119
Importe	3.025.968	5.456.036	8.003.061	7.930.102	7.037.171
	2008	2009	2010	2011	2012
Expedientes	772	783	926	646	398
Importe	7.337.729	4.720.883	9.207.720	4.304.047	3.286.050

propia litigiosidad pueda tener, tanto por el coste de la administración de justicia, como por el beneficio de justicia gratuita³⁰⁸.

Gráfico II-18: Distribución anual de las altas iniciales en la prestación contributiva por desempleo con causa en la extinción de un contrato por razón diferente a la terminación de un contrato temporal



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Anuario de Estadísticas Laborales

* En la categoría "Judicial desfavorable" se incluyen las sentencias que no han calificado el despido como procedente, así como las conciliaciones judiciales, pues salvo raras excepciones supondrá una mayor indemnización que la legal.

4.3.3.- La reducción de los costes extintivos no indemnizatorios de los contratos indefinidos

A.- Los costes no indemnizatorios y la política legislativa

En páginas anteriores se ha expuesto como, desde 1994 y más decididamente desde 1997, se ha producido una progresiva reducción del coste del despido improcedente, como medida para fomentar el empleo indefinido primero, y el empleo en general después. Junto a esa línea de actuación, se ha mantenido otra, quizá más acorde a ambas finalidades, que ha sido la dirigida a desbloquear las instituciones extintivas fundamentadas en el interés de la empresa³⁰⁹, o dicho más claramente, a potenciar que ante la necesidad de prescindir de un trabajador por razones empresariales el empleador pueda realizar un despido y que el ordenamiento lo acepte como una conducta acorde a derecho y por lo tanto sea calificado como

³⁰⁸ El art. 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE de 12 de enero de 1996) reconoce con carácter general el beneficio en el orden jurisdiccional social a "los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones". Lamentablemente no es posible desagregar el coste que efectivamente ha supuesto esta partida para la defensa y representación en los procesos de despido.

³⁰⁹ GOERLICH PESET, J. M., "La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución", cit., pág. 342.

procedente. Con ello, se trata de reducir la incertidumbre que supone para el empresario que su decisión extintiva pueda ser impugnada: cuanto mayor sea la incertidumbre, menos incentivos tendrá a afrontar el proceso, prefiriendo el reconocimiento de la improcedencia en el mismo momento del despido, lo que eliminará todo coste procesal.

Al mismo tiempo, se han tratado de limitar aquellos costes asociados al despido objetivo diferentes a la indemnización prevista en cada caso por la ley, derivados de la necesidad de seguir un determinado procedimiento. Estos incluyen tanto las demoras en poder hacer efectiva la decisión como los recursos que deben destinarse a justificar, plantear y en su caso negociar la decisión extintiva.

B.- La (fallida) reducción de la incertidumbre

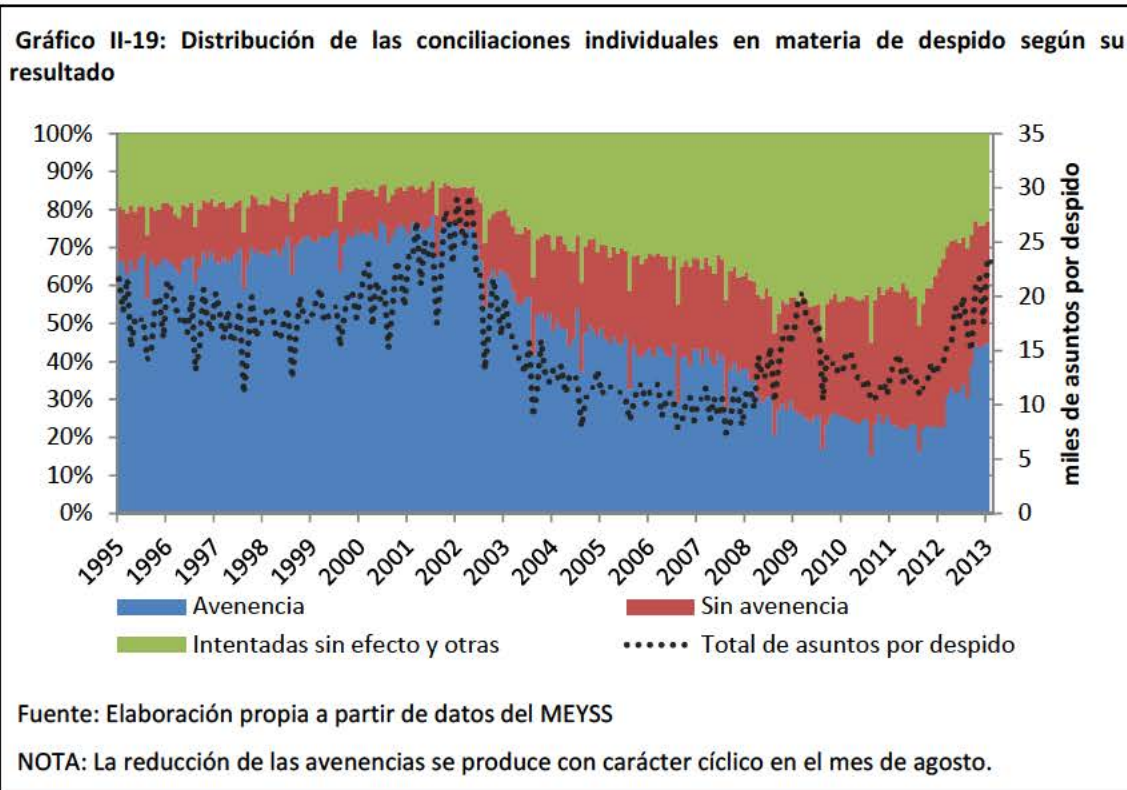
a).- Planteamiento y análisis de resultados

El objetivo de aproximar costes de terminación contractual entre los contratos temporales y los indefinidos, que es en realidad un medio para la reducción de la dualidad del mercado de trabajo, requiere que el contrato de duración indefinida tenga la máxima seguridad jurídica en su terminación. Los costes del proceso son diversos, y no son todos fácilmente cuantificables, pues no se refieren sólo al pago de los representantes en juicio y las eventuales costas, sino que pueden afectar a las relaciones laborales en la empresa, incrementando la conflictividad. Además, la aversión al riesgo puede determinar la preferencia por un gasto cierto en el presente frente a un potencial desembolso futuro con cuantía variable, especialmente si el empleador no puede predecir con seguridad las probabilidades de cada suceso (vid. supra en el Capítulo I el epígrafe 1.2.5)

En el modelo diseñado por el legislador en el ET80, la incertidumbre procede del riesgo de que el despido no sea autorizado por la autoridad administrativa (en los casos que sea necesaria, vid. infra C.- “Costes implícitos directos: la evolución de forma y procedimiento”) y la eventual declaración de improcedencia o nulidad del despido por el correspondiente órgano jurisdiccional (en instancia o en recurso).

La racionalidad económica de la decisión extintiva –aun admitiendo que puede haber casos ajenos a ella, estos no serán la regla general– que es explorada con detalle en el Capítulo I, indica que cuando un empresario despide existe una razón económica detrás. Es cierto que no siempre esa causa económica coincide con las causas aceptadas por el derecho para dar por terminado el contrato, pero dado que en este modelo que parte del ET80 se admite el despido por lo que denomina inicialmente “causas tecnológicas o económicas”, cabría esperar que el empleador que despide, en

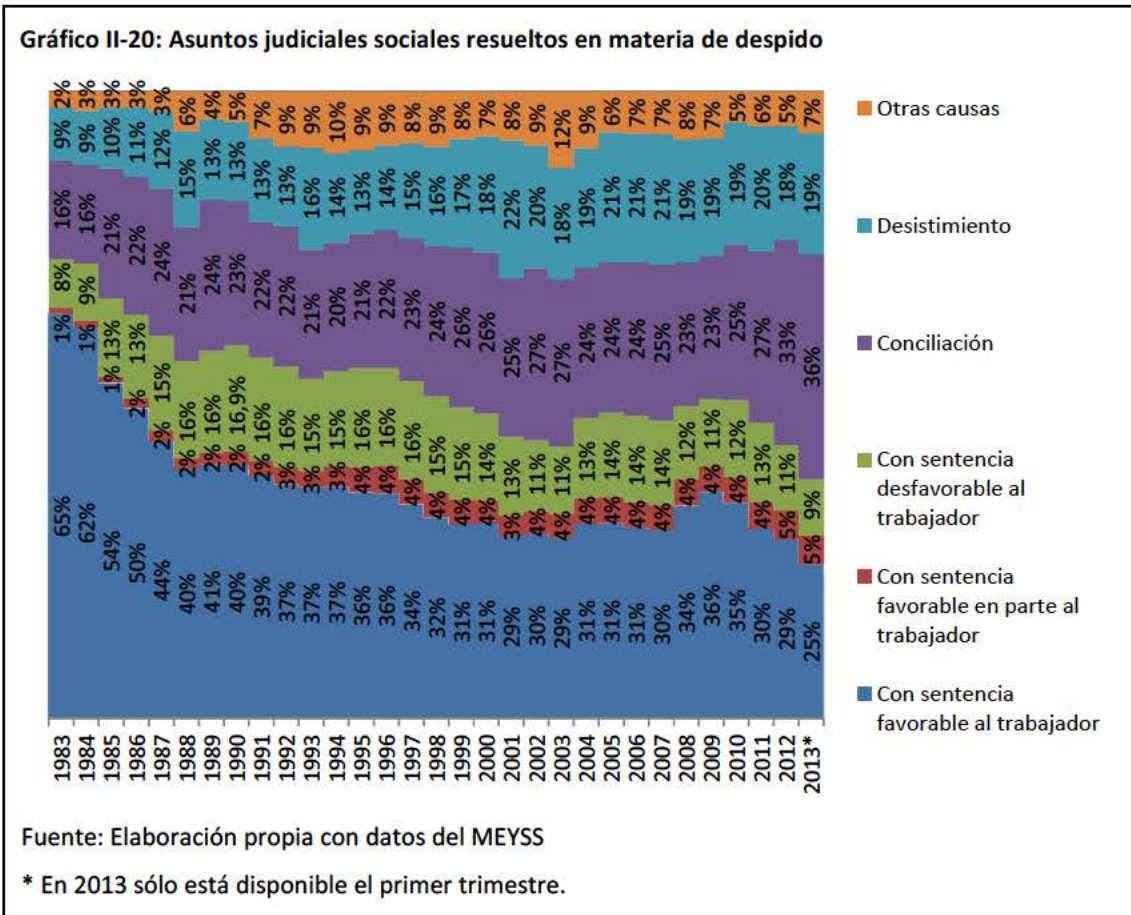
la mayoría de los casos, trate de defender jurídicamente su decisión, para abonar así una menor indemnización al trabajador o trabajadores.



Las estadísticas oficiales muestran que la regla general, sin embargo, es el abono de la indemnización correspondiente al máximo factor indemnizatorio: como muestra el Gráfico II-19, hasta que en el año 2002 se dio la posibilidad de suprimir los salarios de tramitación mediante el reconocimiento de la improcedencia, entre el 65 y el 78% de los asuntos que llegaban a conciliación –todos aquellos en los que el trabajador pretendiera impugnar³¹⁰, salvo que el empleador fuera una Administración Pública– acababan con avenencia, lo que implica al menos un reconocimiento parcial de la improcedencia del despido, esto es, la aceptación por el empresario de la posibilidad de que la causa alegada puede no ser suficiente. Además, observando el Gráfico II-18, puede afirmarse que, en la práctica totalidad de los casos, suponía un total reconocimiento de la improcedencia, pues en cuanto se ofrece esta posibilidad la gran mayoría de las conciliaciones devienen innecesarias; de hecho, se reduce progresivamente el número de casos en que el despido es objetivo procedente (por no ser impugnado o por desestimarse la impugnación). En los casos en que no se alcanza el acuerdo en esta conciliación –que dada la posibilidad que desde 1997 existía de congelar los salarios de tramitación supone que el empresario tendrá una cierta expectativa de obtener una resolución favorable–, tampoco las resoluciones judiciales

³¹⁰ Conforme al art. 63 LPL95 –hoy el mismo precepto de la LRJS.

estiman mayoritariamente la procedencia (Gráfico II-20). En los primeros años ochenta, más del sesenta por ciento de las resoluciones en asuntos por despido³¹¹ son estimatorias, y si se le suman las conciliaciones –equivalente al menos a una estimación parcial, cuando no total, pues la estadística no diferencia los casos de allanamiento– suponen cerca del ochenta por ciento de los asuntos. Progresivamente, y antes de que las reformas legislativas comiencen a redefinir las causas de despido, aumentan las sentencias desestimatorias³¹² aunque nunca superarán el 17% del total de asuntos de despido, al tiempo que crecen las conciliaciones judiciales, que llegan a suponer en torno al veinte por ciento de las resoluciones, e incluso superan llegan a ser un tercio en 2012, cuando más caen las estimaciones totales de las demandas de los trabajadores.



³¹¹ La estadística judicial no distingue entre procedimientos individuales y plurales, por lo que algunos asuntos afectarán a varios trabajadores. Si la distribución de las resoluciones de este tipo de procesos plurales es sustancialmente distinta de los individuales, la distribución podría verse afectada; a partir de 2010 se comienzan a registrar también los datos por trabajadores afectados. La comparación entre unos y otros muestra que aunque las diferencias no son muy elevadas, sí que desciende el peso de los asuntos resueltos total o parcialmente a favor de los trabajadores en todos los trimestres (en torno a cuatro puntos) frente al total de trabajadores afectados, a costa principalmente de conciliaciones y en menor medida de desistimientos. Teniendo en cuenta que las conciliaciones supondrán un reconocimiento al menos parcial (no se distingue el allanamiento), esta diferencia no altera las conclusiones generales expuestas en el texto.

³¹² Es decir, que reconocen que el despido es conforme a derecho.

Los datos expuestos muestran que, pese a los esfuerzos legislativos por clarificar las causas de despido, o bien existe un disenso irreconciliable entre los casos en que el legislador y los empleadores consideran que existe una causa válida de despido, o bien los propios empresarios y jueces entienden que la ley tiene un alcance muy limitado; el hecho es que sólo en una proporción mínima y con escasas variaciones de despidos se abona la indemnización prevista en la norma para los despidos objetivos procedentes.

b).- Causalidad del despido objetivo: los esfuerzos contra la discrecionalidad

Se ha adelantado ya que la regulación de la causalidad del despido no ha tenido un efecto significativo sobre la calificación de las decisiones extintivas de los empresarios; las consecuencias de ello son sencillas de comprender, pues existiendo como se ha expuesto una cierta facilidad para la contratación temporal, la diferencia de factores indemnizatorios es abrumadora (se compararán niveles de indemnización nula o muy reducida con los extremos de la improcedencia). Los intentos por reducir el ámbito de discrecionalidad judicial, o al menos inclinarla hacia una mayor permisibilidad con los despidos, comienzan en la reforma de 1994.

La redacción original del ET80 distinguía, por una parte, la extinción del contrato por causas objetivas en el art. 52 (ineptitud sobrevenida, falta de adaptación a modificaciones técnicas, necesidad de amortizar puestos en empresas de menos de cincuenta trabajadores y, faltas de asistencia justificadas de determinada entidad), de aquellas producidas “por causas tecnológicas o económicas y de fuerza mayor” en el art. 51 ET80, donde el legislador dejaba plenamente al arbitrio judicial el alcance de tales conceptos y establecía un procedimiento con participación de la representación de los trabajadores y la autoridad laboral

La Ley 11/1994, adaptando al derecho español ciertas modificaciones de las directivas comunitarias³¹³ establece una nueva redacción de ambos preceptos, distinguiendo ahora en función del alcance cuantitativo, que se une al meramente cualitativo, sobre el que se aplica una definición claramente ampliadora de los supuestos en que cabe el despido³¹⁴. El nuevo art. 51 se refiere a partir de este momento –el actual art. 51 ET mantiene esa denominación– al “Despido Colectivo”, de manera que procederá seguir sus cauces cuando además de basarse en causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción” afecte a determinado número

³¹³ Sobre el contenido de estas, y hasta qué punto se cumplió su contenido, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., “La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la «Reforma del mercado de trabajo»: La normativa sobre despidos colectivos”, *cit.* En relación al alcance actual de las mismas, *vid. Infra* el Capítulo III, epígrafe 1.3.2

³¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A., “Teoría y práctica del despido económico de alcance limitado: artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores”, en *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 134.

de trabajadores, variable según el tamaño de la empresa. Estas mismas causas, tras esta primera reforma, justificarán también una extinción del contrato por causas objetivas (aquí el legislador no ha alterado la calificación) de naturaleza individual –o plural, cuando afecte a varios trabajadores por debajo de los umbrales–, si motivan la amortización de un puesto de trabajo.

El art. 51 ET80, tras la reforma de 1994, incluye una aproximación al concepto de causas de despido colectivo: concurrirá causa económica “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya (...) a superar una situación económica negativa de la empresa”, mientras que para las restantes la contribución será a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

De esta manera, aunque se mantiene la concepción de “causa económica” como sinónimo de pérdidas que ya empleara años antes el profesor ALONSO OLEA³¹⁵ –con una inevitable entrada de las reglas contables para la valoración de las mismas– a menudo cualificadas en atención a la situación patrimonial, obligaciones e imposibilidad de hacerles frente, en que se encuentra la empresa³¹⁶, se añade el requisito de que las extinciones tengan efecto real para combatir esa “situación negativa”.

Las causas técnicas (que sustituyen a las tecnológicas, a las que comprenden³¹⁷) se amplían con las organizativas –que aunque en ocasiones puedan presentar similitudes, no requieren de renovación de elementos materiales– y las productivas –que en cierta medida podían entenderse incluidas en las anteriores causas económicas– vinculándose a un criterio de eficiencia empresarial que en cierto modo objetiviza la procedencia del despido: no procede analizar la contribución del empresario para llegar a la situación en que se justifica la extinción del contrato, sino tan sólo si este mejorará la viabilidad de la empresa³¹⁸. Además, no es suficiente con la mejora de la eficiencia, sino que concurrentemente el nuevo art. 52 ET80 exige que tras los despidos se garantice el nivel de empleo, lo que implica que esta finalidad tendrá carácter de necesaria, y no meramente alternativa. El problema de una y otra definición, al margen de ser lo que se calificó como una delimitación conceptual inconclusa³¹⁹ y del establecimiento de los requisitos señalados es doble: por una parte,

³¹⁵ ALONSO OLEA, M., *El Despido*, cit., pág. 64.

³¹⁶ GOERLICH PESET, J. M., “Los despidos colectivos (art. 51 ET y normas concordantes)”, en Efrén Borrajo Dacruz (dir.), *La reforma del Estatuto de los trabajadores: Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes*, vol. II: El despido, Editorial Revista de Derecho Privado : Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994 (Comentarios a las leyes laborales), págs. 94-95.

³¹⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V., “La extinción del contrato de trabajo tras la reforma de 1994”, cit., pág. 255.

³¹⁸ GOERLICH PESET, J. M., “Los despidos colectivos”, cit., págs. 106-112.

³¹⁹ MARTÍNEZ ABASCAL, V., “La extinción del contrato de trabajo tras la reforma de 1994”, cit., pág. 250. En términos similares, al señalar que la ley “apunta pero no ha definido con precisión cuáles son estas esferas o ámbitos parciales en que inciden respectivamente las causas”, MARTÍN VALVERDE, A., “Teoría y práctica del despido económico de alcance limitado”, cit., pág. 135.

sólo mira hacia el pasado para el análisis de las causas –tienen que haberse materializado– y por otra exige la prueba (en caso de impugnación) de unos potenciales efectos positivos en el futuro, lo que deja en el juez un amplio margen interpretativo en un ámbito de conocimiento no estrictamente jurídico.

El establecimiento de límites cuantitativos a la aplicación del nuevo “Despido Colectivo”, requería lógicamente la necesidad de especificación del régimen jurídico de la extinción llevada a cabo por las mismas causas pero por debajo de dichos umbrales. Para ello, la reforma de 1994 reformuló la necesidad de amortización del puesto de trabajo, ampliándola a todas las empresas –antes sólo se permitía para empresas de menos de 50 trabajadores–y remitiéndose a las causas previstas en el art. 51 ET80, si bien mientras que en éste los despidos debían simplemente contribuir a los fines señalados, en el caso de la amortización individual el legislador exige la “necesidad objetiva de amortizar el puesto”, divergencia difícilmente justificable³²⁰. La reforma laboral de 1997, por su parte, afectó directamente a esta cuestión, introduciendo un nuevo párrafo de contenido similar pero no idéntico a lo dispuesto en el art. 52 ET en relación a los fines o efectos que debieran perseguirse con los despidos. Al margen de si la reforma resultaba flexibilizadora o simplemente aclaratoria, la profusa argumentación doctrinal en uno y otro sentido acerca de si los leves matices eran tales o simples consecuencias de una poco atenta técnica legislativa³²¹, hace evidente un hecho: la elevada inseguridad jurídica en que el empresario se encontraba ante la decisión de extinguir, que bajo el riesgo de los salarios de tramitación –junto los restantes del proceso– le conducían a preferir el reconocimiento de la improcedencia.

Pese a que como se ha analizado en el epígrafe anterior los efectos fueron escasos, las sucesivas reformas de los inicios de este siglo abandonaron los esfuerzos por facilitar la calificación del despido como objetivo, e incluso en la reforma de 2002 se favoreció lo contrario, pues aunque no se altera la causalidad, se incrementa aún más la diferencia de pérdida esperada entre el inmediato reconocimiento de la improcedencia y la defensa judicial de la (incierto) legalidad de la decisión extintiva.

Al margen de la inclusión de un supuesto específico para Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro con motivo de la insuficiencia de la consignación presupuestaria para la ejecución de planes y programas públicos, añadida

³²⁰ GIL SUÁREZ, L., “Las causas del despido objetivo: su tratamiento antes y después de la reforma laboral de 1997”, en Antonio Martín Valverde (dir.), *Las reformas laboral y de la seguridad social de 1997*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998 (Cuadernos de derecho judicial), pág. 120.

³²¹ En este sentido, hay un detallado análisis gramatical (para concluir que poco o nada cambia) en *Ibid.*, págs. 119-132. Es también expresivo del debate el propio título del trabajo BLANCO MARTÍN, J. M., “El despido objetivo: una aclaración confusa”, en Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de seguridad social*, Lex nova, Valladolid, 1997. En él se destaca, como también apunta en su trabajo GIL SUÁREZ, que entre las posibles interpretaciones de esta reforma del 52.1.c ET cabe incluso entender que afecta a la aplicación de las causas del despido del art. 51 ET, al que formalmente no modifica.

en la reforma de 2001 y que no deja de ser una aplicación especialísima de una causa económica que había planteado ciertos problemas en cuando a su subsunción en los supuestos ya regulados³²², y de la adaptación de las razones de ausencia no computables como motivo de absentismo en la letra d del art. 52 ET a mejoras en la protección de determinadas vicisitudes³²³, las causas se mantuvieron estables durante más de una década.

No va a ser hasta las reformas laborales provocadas por la crisis (inicialmente) financiera de 2008 cuando se va a retomar –primero en 2010 y con mayor claridad en 2012– la actividad legislativa sobre esta materia. En un contexto de incremento sostenido del desempleo, que en un periodo de tres años pasó del mínimo de la etapa constitucional (con una tasa de paro de 7,95%)³²⁴ a superar el 20%, en junio de 2010, se retomaron los intentos de potenciar desde la norma los despidos objetivos en detrimento de los improcedentes, por la vía (entre otras) de alterar la redacción de las causas de aquel. Señala al respecto el RD-L 10/2010 en su Exposición de Motivos que “la experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52.c del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente”, y expresamente se declara el objetivo de proporcionar una mayor certeza a los distintos agentes implicados sobre la regulación de la terminación del contratos por las causas recogidas en el art. 51 ET y referidas en el art. 52.c ET.

Con este objetivo, la nueva definición legal de las causas económicas exige que “los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”. La nueva redacción del art. 51.1 ET incide también en la finalidad de los despidos (y la carga de la prueba), al indicar la redacción

³²² GOERLICH PESET, J. M. Y BLASCO PELLICER, A., “Una reforma parcial e insuficiente de la extinción del contrato de trabajo”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Reforma Laboral Del Año 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el Año 2002: La Ley 12/2001 y el ANC-2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 270.

³²³ Así, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia (incluidas por la L.39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOE de 6 de noviembre de 1999), y posteriormente las bajas motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE de 29 de diciembre de 2004). La reforma laboral de 2010 añadió también la paternidad que había creado tres años antes la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).

³²⁴ La última vez que España había tenido una tasa de desempleo inferior al 8% fue en el cuarto trimestre de 1978 – 7,62%– y venía creciendo desde el inicio de los registros de la EPA: en el tercer trimestre de 1976, primer dato publicado, fue del 4,41%.

fijada por el RD-L 10/2010 que “la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”. Este requisito de “mínima razonabilidad” fue modificado en la tramitación parlamentaria, en la que se suprimió el adjetivo y se concretó el significado de la expresión: los despidos habrían de ser una medida razonable de la empresa para “preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”, lo que por otra parte mantiene el problema de los supuestos en que la viabilidad de la empresa es tan improbable que difícilmente podrán justificarse estos extremos³²⁵.

En relación a los restantes supuestos, con carácter meramente ejemplificativo³²⁶ – en los tres casos se señala que los supuestos reflejados lo son “entre otros”– se indica que habrá causas técnicas cuando se produzcan cambios en los medios o instrumentos de producción; organizativas si se dan en los métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando dichas alteraciones se produzcan en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. También en estos casos se exige esta “razonabilidad” (también mínima en la versión del RD-L 10/2010, pero no en la ley tramitada) pero ahora “para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, es decir, con carácter algo más amplio que en la causa económica.

Desde un punto de vista técnico, puede destacarse la reunificación del régimen jurídico de los despidos colectivos y los individuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con una remisión pura y simple del art. 52.c ET al art. 51 ET, sin más diferencia que el criterio cuantitativo³²⁷, lo que ciertamente facilita su aplicación, y al menos elimina un elemento de incertidumbre en cuanto a su aplicación.

En la enunciación de la forma de justificar los despidos en las causas alegadas, destaca que ya no se protege solo “la situación económica negativa” o la “viabilidad futura de la empresa y del empleo”, aunque el baremo es claramente distinto si el motivo es económico frente al resto de supuestos. Así, en el primer caso, aun cuando se admite la disminución persistente de ingresos –sin requerir por tanto pérdidas–, se exige que esta ponga en riesgo la empresa o el empleo: simplemente se adopta un

³²⁵ DESDENTADO BONETE, A. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 91.

³²⁶ DEL REY GUANTER, S., “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, en Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011 (Temas / La Ley), pág. 176.

³²⁷ *Ibid.*, pág. 175.

criterio más flexible (que ya había sido acogido por alguna resolución judicial) para permitir a la empresa anticiparse a una situación que puede ser irreversible; en el caso de las causas técnicas, organizativas o de producción el planteamiento es casi opuesto: lo que se busca no es evitar un empeoramiento, sino conseguir una mejora en la competitividad o en la respuesta a las exigencias de la demanda.

En todo caso, las finalidades en uno y otro caso son claramente más sencillas que en el régimen precedente, pues ya no pide el legislador una siempre compleja prueba de futuro, indemostrable como verdad absoluta³²⁸ (en todo caso podría hacerse sobre escenarios más o menos probables) por un juicio de coherencia lógica: la razonabilidad de los medios para alcanzar el fin que en cada caso se trate (viabilidad, preservación del empleo, mejora de la competitividad...), sin que quepa un juicio sobre si es la mejor de las alternativas³²⁹. Con ello se pretende evitar que el juez tenga que resolver conforme a criterios empresariales, pues queda claro que el despido no es necesariamente el último recurso.

En todo caso, la reforma no elimina el margen de discrecionalidad, lo que por otra parte se ha calificado como un “objetivo difícilmente alcanzable”, desde la consideración de que “la incertidumbre en la solución de conflictos es de esencia en la dialéctica del derecho, máxime en lo que atañe al despido”³³⁰. Al margen de que se compartan estas afirmaciones, que guardan algo de razón pero resultan un tanto extremas y en cierta medida conformistas con la inseguridad jurídica, parece claro que en la práctica los órganos judiciales tienen un papel clave en la determinación de si un determinado supuesto de hecho se encuadra en el previsto por la norma, especialmente cuando este emplea criterios de razonabilidad, que entrañan un juicio de valor.

El hecho, tal y como se ha expuesto, es que tras esta reforma, y a pesar de una situación económica en la que cabría prever la frecuente concurrencia de causas legítimas para ajustar plantillas, el despido objetivo procedente se incrementa muy levemente como causa de acceso a la prestación³³¹, y las sentencias estimatorias se

³²⁸ MARTÍN JIMÉNEZ, R. Y ALZAGA RUIZ, I., “Despido por causas objetivas y expediente de regulación de empleo”, en Antonio V. Sempere Navarro, Rodrigo Martín Jiménez (dirs.), *La reforma laboral de 2010: Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 375.

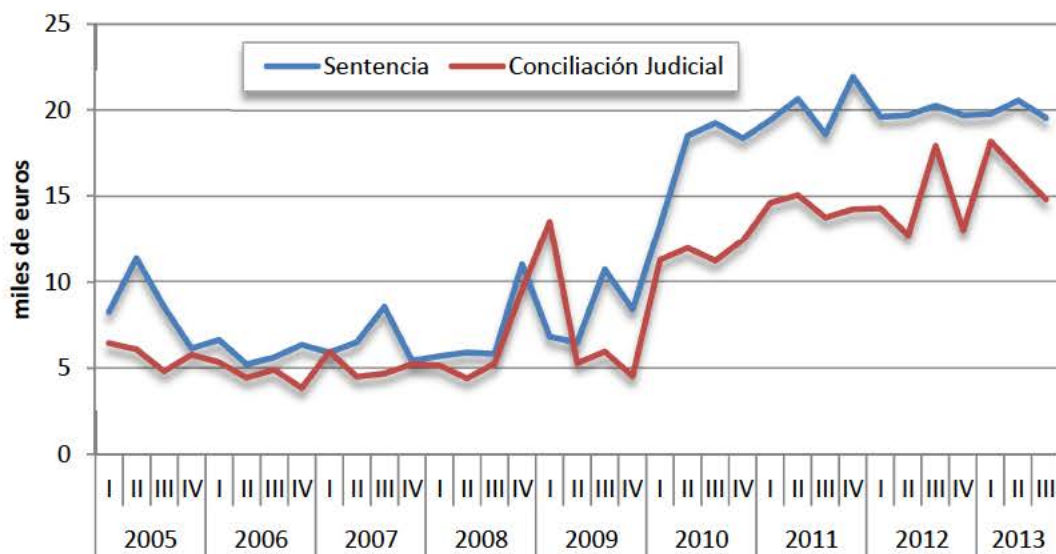
³²⁹ DESDENTADO BONETE, A. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, cit., pág. 93.

³³⁰ GALIANA MORENO, J., “Extinción del contrato de trabajo”, en Alfredo Montoya Melgar, Faustino Cavas Martínez (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010: Ley 35-2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 91.

³³¹ Como puede verse en el Gráfico II-17, los despidos objetivos ya venían aumentando como causa de acceso inicial a la prestación por desempleo. Manteniendo la misma base que el gráfico, esto es, únicamente los que proceden de causas extintivas aplicables a contratos indefinidos de trabajo, si entre junio de 2009 los despidos objetivos suponían un 15,1%, en el momento de la reforma (junio de 2010) se había incrementado dos puntos porcentuales; un año después de la reforma el incremento es de siete puntos adicionales, hasta el 24,2%. No obstante, hay que tener en cuenta que el crecimiento de la importancia de estos despidos en el año anterior a la reforma fue particularmente

mantienen en niveles similares pese al aumento de las conciliaciones judiciales (*vid.* Gráfico II-20), lo que puede tener algún apoyo en el hecho de que los trabajadores perciban un mayor riesgo de que la sentencia sea desestimatoria, conformándose así con alguna cantidad transaccional. La estadística judicial ofrece las cantidades reconocidas, pero no consta ni la antigüedad ni el salario del trabajador; dada la variabilidad de los datos, resulta imposible extraer conclusiones definitivas acerca del contenido de los acuerdos conciliatorios. No obstante, la divergencia que se percibe a partir de 2010 entre la cuantía media reconocida en sentencia y en conciliación (Gráfico II-21) es compatible con la interpretación señalada, pues las indemnizaciones pactadas pasan súbitamente a ser inferiores a las establecidas unilateralmente por el órgano jurisdiccional. En todo caso, el incremento de la cuantía media en ambos supuestos posiblemente se asocie al tipo de trabajador despedido (de mayor antigüedad o/y salario), consecuencia de la profundización de los efectos de la crisis, lo que hace necesario reiterar las cautelas expresadas.

Gráfico II-21: Cantidades reconocidas en procesos por despido en sede judicial (precios constantes de 2012)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del MEYSS y series del IPC (INE)

La reforma de 2012 ha querido dar un paso mucho más claro en la reducción de la incertidumbre acerca de la calificación que los terceros a los que la ley encomienda el control puedan hacer sobre el despido. Al margen de la total supresión de la intervención administrativa en el despido colectivo, que por razones de sistemática se tratará en el epígrafe siguiente, se trata de minimizar el papel de la autoridad judicial.

suave, pues entre junio de 2007 y el mismo mes de 2008 el crecimiento fue de 5,4 puntos y casi de seis en los siguientes doce meses.

La Exposición de Motivos del RD-L 3/2012 –mantenida en la ley de idéntico número– contiene una expresiva frase que ha tenido, por su importancia, una particular atención doctrinal: “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”³³². En esta declaración se contiene implícitamente un relevante cambio: se pretende que dejen de tener importancia los fines perseguidos, la proporcionalidad o la razonabilidad de la medida, pues comprobada la concurrencia de las causas deberá admitirse el despido.

Para conseguir este fin, la reforma de 2012 emplea dos mecanismos: partiendo de la definición prácticamente inalterada de las causas para el despido colectivo (que siguen valiendo para el individual, pues el art. 52.c ET no se ve afectado), establece una presunción *iuris et de iure* para las causas económicas y suprime las referencias a los extremos que, en cada caso, debía acreditar la empresa.

Así, ya no será necesario justificar que las medidas extintivas sirven a fin alguno, sino que la existencia de la causa es condición suficiente para que el empresario pueda terminar unilateralmente –con afectación individual o colectiva– el contrato de trabajo³³³. Con ello se elimina por completo el control de futuro sobre la realidad de la empresa y se permite al empresario decidir, con plena libertad, cuál es la vía que prefiere para afrontar las “causas” que concurren. De este modo, se produce lo que se ha denominado una “plena normalización jurídica” del despido como técnica de ajuste en la dinámica empresarial, una medida de gestión ordinaria para la obtención del máximo beneficio³³⁴.

En relación a las causas económicas, además, se altera ligeramente la definición establecida por la reforma de 2010, pues en la enumeración ejemplificativa de la situación económica negativa, además de la “existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos” se añaden las palabras “ordinarios o ventas”, de tal modo que se amplía ligeramente su alcance a supuestos en que sin caer los ingresos se reduzca las ventas. Por otra parte, se establece una

³³² Así, pese a no encontrarse en la parte dispositiva de la norma, ha sido reproducida y comentada por la doctrina en los análisis realizados sobre el despido en la reforma de 2012; así en APARICIO TOVAR, J., “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de derecho social*, 57, 2012, pág. 160; ; DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, vol. 17, 2, 2012, pág. 1790; ; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, vol. 9, 1, 2012, pág. 1020; ; GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 352; ; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2012, pág. 6; MONEREO PÉREZ, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 115, 2012, pág. 317.

³³³ Esta cuestión, al tratarse de derecho vigente, se retoma más adelante en el Capítulo IV.- 4.2.2.-“La causa del despido como elemento calificador”.

³³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, cit., págs. 318, 320.

interpretación auténtica del concepto de “persistencia” de estas caídas, al recoger el nuevo art. 51.1 que “se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”³³⁵, sin que la redacción deje margen de prueba en contrario³³⁶. En todo caso, la discrecionalidad judicial no desaparece, pues seguirá existiendo en los casos que esté fuera de las presunciones señaladas, y en todo caso deberá pronunciarse sobre la efectiva existencia de los hechos, al margen de que puedan defenderse argumentaciones que niegan la desaparición de la condición de funcionalidad entre la decisión extintiva y el curso empresarial³³⁷.

Por otra parte, respecto a las restantes causas objetivas de extinción del contrato, la reforma de 2012 ha afectado a todas las demás letras del art. 52 ET. En lo referente a la falta de adaptación al puesto, a diferencia de los otros casos, no ha flexibilizado el alcance del precepto, sino que ha impuesto la obligación del empresario de ofrecer un curso de “reciclaje” para que el trabajador pueda adaptarse a las modificaciones operadas, lo que en la práctica supone un encarecimiento del despido, no sólo por el coste del curso, sino porque el plazo de dos meses que la ley establecía se contabilizará ahora desde el final de este³³⁸.

Los despidos objetivos por absentismo justificado sí siguen la tónica general de la evolución histórica de las causas del despido que viene exponiéndose, pues se elimina en el cómputo la referencia al total de la plantilla: antes de la reforma de 2012 sólo cabía prescindir de trabajadores que por razones acordes a derecho faltaran a un porcentaje determinado de jornadas y cuando el absentismo fuera un problema más o menos extendido en el centro de trabajo (entendiendo por tal un índice de absentismo

³³⁵ En la redacción establecida por el RD-L se indicaba sólo que debía ser durante tres trimestres consecutivos; la redacción de la Ley es más razonable, por cuanto que evita justificar despidos oportunistas basados en fluctuaciones estacionales de la actividad de la empresa.

³³⁶ Así, puede darse el caso de que se pudiera acreditar que la reducción de ingresos tiene un carácter acotado en el tiempo, y que por tanto bastaría una suspensión de contratos, y ello no impediría la consideración legal de “persistencia”, ni por tanto la procedencia del despido; por el contrario, la inclusión de la referencia a que los ingresos sean ordinarios –añadida en la tramitación parlamentaria– sí impide que un incremento coyuntural de la demanda o los ingresos que no haya implicado el incremento de la plantilla (o se haya cubierto con trabajadores temporales) con la mera vuelta a la normalidad autorice los despidos, como se pone de manifiesto en GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 351.

³³⁷ Destacadamente, exponiendo una argumentación acogida por las la AN y seguida por diversos TSJ (vid. infra Capítulo IV, epígrafe 5.2.2) DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma...”, cit., págs. 1792-4. En contra, existen diversas resoluciones judiciales de TSJ, a las que se presta atención en el epígrafe señalado. Planteando ambas argumentaciones, y concluyendo en contra de la persistencia de la conexión de funcionalidad vid. también MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 34-39.

³³⁸ El precepto, en realidad, establece la doble posibilidad de contabilizar el plazo de dos meses desde la finalización del curso o desde la modificación de funciones, pero como el ofrecimiento de la formación resulta obligatorio, sólo podrá computarse el plazo de dos meses cuando la formación se haya llevado a cabo antes de la modificación del puesto (siendo conocido el empresarios de las carencias formativas del trabajador para ello) o cuando el trabajador rechace la formación (GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 346).

del 2,5% en los mismos periodos que se hubieran computado las ausencias del trabajador). Por último, en relación a la letra e de este artículo, la modificación responde al establecimiento de una regulación específica para la reducción de plantilla en las administraciones públicas, por lo que el cambio tiene naturaleza meramente técnica³³⁹.

Con todo ello –unido a otros aspectos como la supresión de salarios de tramitación y las modificaciones procedimentales–, se ha producido un perceptible aunque ligero incremento de los despidos objetivos (Gráfico II-17), aunque aún es pronto para realizar una evaluación completa de los efectos de esta reforma; en todo caso, al margen de continuar creciendo el número de conciliaciones judiciales, no parece que haya tenido un efecto específico sobre el sentido de las sentencias de la jurisdicción social en materia de despido individual.

C.- Costes implícitos directos: la evolución de forma y procedimiento

a).- Tipología

Llevar a cabo la extinción un contrato de trabajo, como se ha venido sosteniendo en diversas partes de esta investigación, no conlleva únicamente los costes que explícitamente recoge la legislación como indemnizaciones en los preceptos que regulan las diversas formas de terminación del contrato. Todo requisito procedimental de justificación, notificación, consulta o negociación, cualquier mecanismo que suponga una dilación desde el momento en que el empresario considere que el producto del trabajo es inferior a la utilidad alternativa que puede darle a los recursos que destina a la cobertura del puesto de trabajo de cuyo ocupante quiere prescindir, supone un coste de despido. Al margen de los efectos que puedan tener esos costes, es preciso, para terminar el análisis de la lógica evolutiva de la regulación de los costes de terminación del contrato de trabajo, evaluar los cambios normativos en esta cuestión. Para ello, dadas las particularidades de las extinciones, se distinguirá entre la extinción individual o plural del contrato de trabajo y la colectiva, valorando dentro de las mismas la evolución de los diferentes elementos que determinan el coste final del despido para el empresario.

En uno y otro caso, tal y como se ha expuesto que ha sucedido con el resto de componentes del “precio” que estimará el empresario en el cálculo de su decisión extintiva, la tendencia ha sido a la minoración, de forma que se potencia el despido con el ánimo de favorecer la contratación.

³³⁹ No así el régimen jurídico aplicable a las AAPP, también flexibilizado, pero que excede del ámbito de interés de este relato evolutivo.

b).- Los despidos individuales por motivos disciplinarios

La extinción individual del contrato indefinido en el ET80 por decisión del empresario, recogiendo el régimen previo con las particularidades ya expuestas, puede producirse –con independencia de su posterior calificación jurídica como procedente, improcedente o nulo– por la vía disciplinaria o por razones objetivas. En el caso del despido basado en el incumplimiento grave y culpable del trabajador –definición legal del art. 54 ET80 que no ha sido alterada–, cuyas causas no han sido objeto de prácticamente ningún cambio³⁴⁰, los requisitos formales y procedimentales han gozado de cierta estabilidad, aunque en la reformas de 1994 la modificación del ámbito de cobertura de la nulidad sí tuvo algún efecto relevante a los efectos de este estudio.

El art. 55. ET80 mantiene el sistema de autotutela del empresario: parte de su decisión unilateral para que el despido produzca sus plenos efectos, sin perjuicio de la posterior revisión, y concediéndole de manera directa todo el poder sobre la relación jurídico laboral, pues incluso aunque el despido se califique como improcedente el art. 56 ET80 –salvo en caso de representantes de los trabajadores– le otorga siempre el derecho de opción entre el abono de la indemnización y la readmisión, sin atención al tamaño de la empresa, volviendo así al régimen de la LCT44. Sólo en el caso del despido nulo –que se refiere exclusivamente a los requisitos formales o despido de trabajadores cuyo contrato esté en suspenso³⁴¹– en art. 55.4 ET80 se prevé la readmisión obligatoria, permitiendo un nuevo despido.

De esta forma, se puede deducir fácilmente que dichos requisitos formales – inicialmente la simple notificación escrita de los hechos que motivan el despido y la fecha de sus efectos– tienen una importante significación económica, pues su incumplimiento supondrá un encarecimiento notable de la decisión extintiva: deberán abonarse todos los salarios hasta este nuevo despido, que no podrá producirse hasta que se lleve a cabo la readmisión, sin que opere la asunción por el Estado de los salarios de tramitación, reservada para despidos improcedentes. Con el expediente de no readmisión –del que se dijo que suponía una extralimitación gubernamental en el

³⁴⁰ La ley de acompañamiento de los PGE de 2004 (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE de 31 de diciembre de 2003) introduce la letra g, referida a diversos supuestos de discriminación, ampliados después por la LO 3/2007 para incluir casos de acoso sexual.

³⁴¹ En realidad, al establecer el art. 17 ET80 la nulidad de las decisiones unilaterales del empresario que produzcan discriminación, también en estos casos se producirá el reingreso obligatorio ((MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N., “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, en Efrén Borrajo Dacruz [dir.], *La reforma del Estatuto de los trabajadores: Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes*, vol. II: El despido, Editorial Revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994 [Comentarios a las leyes laborales], pág. 224). Para el resto de Derechos Fundamentales, la nulidad deriva de la propia CE, como tempranamente reconoció el TC mediante la construcción del “despido radicalmente nulo” en la STC 38/1981, de 23 de noviembre, del que se deriva la necesaria readmisión (*Ibid.*, págs. 227-228).

RDLeg que aprobó la LPL80³⁴²–, al permitir sustituir el reingreso por una indemnización también en los casos de nulidad, este simplemente suponía un incremento del coste, al prolongar la percepción de salarios de tramitación.

El desarrollo jurisprudencial de la tutela de los Derechos Fundamentales en el ámbito del despido³⁴³ se tradujo en la LPL90 en una regulación de la ejecución de la sentencia de despido nulo más conforme con la protección de aquellos; así, este despido pasa a tener efectos que eliminan plenamente del ordenamiento la decisión extintiva: la readmisión no sólo es obligatoria, sino que se establecen los mecanismos coercitivos para ello, mediante la imposición, en su caso, de una sanción por una cantidad diaria fijada en función del salario diario del trabajador (entre una y cuatro veces éste), limitando la sustitución del cumplimiento de la sentencia en sus propios términos por la indemnización a los casos en que se constate la imposibilidad de readmitir³⁴⁴. Incluso cuando la readmisión no venga impuesta por la ley al empresario sino que esta provenga de su opción expresa o presunta, el art. 278.2.b LPL90 prevé la posibilidad de una indemnización adicional, discrecionalmente tasada por el juez, para resarcir al trabajador por la no readmisión o readmisión irregular. Para ello “en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados”, dispone el juzgador de un límite de 12 días de salario por año y con un tope de 12 mensualidades, con lo que puede encarecerse notablemente el despido.

La reforma de 1994, por una parte, en lo formal, incorporó al art. 55 ET80 las garantías que ya recogían el art. 10.3 LOLS y el art. 68 ET80 para representantes legales y sindicales de los trabajadores y trabajadores afiliados a sindicatos³⁴⁵. Además, como ya se había hecho en la LPL90, se acoge la doctrina constitucional de nulidad del despido realizado en vulneración de Derechos Fundamentales, que posteriormente se ampliaría para tutelar el embarazo, paternidad y maternidad³⁴⁶, pero sin añadirse a la anterior causa de nulidad –el incumplimiento de los requisitos formales– sino que la sustituye; ahora este defecto de forma –que históricamente había sido el motivo central de la nulidad– acarreará simplemente la improcedencia, sin perjuicio de permitirse la realización de un nuevo despido con la forma correcta en el plazo de 20 días desde el primero, con abono de los salarios correspondientes. De la misma forma, se suprime la calificación de nulidad para el despido no procedente del trabajador cuyo contrato estuviera en suspenso, que ahora será, en su caso, simplemente

³⁴² MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N., “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, cit., pág. 225.

³⁴³ Vid. nota 341 y Capítulo III, epígrafe 1.1

³⁴⁴ MURILLO, M., “El despido y su ejecución”, en Consejo General del Poder Judicial (dir.), *Estudios sobre la nueva Ley de procedimiento laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 239-240.

³⁴⁵ También se indica la posibilidad de que la negociación colectiva añada otros requisitos formales, pero esta disposición tiene un carácter meramente pedagógico, dado que no estando prohibida esta posibilidad de incrementar la protección de los trabajadores ya era conforme a derecho.

³⁴⁶ La Ley 39/1999 primero y la LO 1/2004 y LO 3/2007 después, ampliaron progresivamente el ámbito de la nulidad.

improcedente³⁴⁷. Por otra parte, tras la reforma de 1994 se eliminan las sanciones coercitivas y con un cierto margen de discrecionalidad que contenía el art. 282 LPL para vencer la resistencia del empresario a la obligación de readmisión.

Con este conjunto de medidas procedimentales, el despido disciplinario gana en seguridad jurídica para el empresario, pues salvo que se produzca en violación de Derechos Fundamentales, tiene asegurado su efecto, sin perjuicio de que la calificación pueda ser la de la nulidad. En este sentido, se reduce el coste del incumplimiento de los requisitos formales, por cuanto que, si antes era necesaria la readmisión y un nuevo despido, que a su vez podía ser impugnado, ahora podrá producir sus efectos, garantizando al empresario la terminación del contrato deseada.

c).- Despido individual por motivos objetivos.

Se ha indicado más arriba que la reforma de 1994 estableció una importante diferenciación en los despidos que hasta entonces se realizaban por “causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor”, introduciendo, al margen de una nueva enunciación de supuestos, la categoría de despidos colectivos en el art. 51 ET80. Con ello se produce la primera simplificación procedimental, pues como a se verá en el siguiente apartado, el despido colectivo requiere un procedimiento notablemente más complejo. De esta forma, toda extinción por causas ajenas a la persona del trabajador que no alcance los nuevos umbrales se tramitará por la vía del art. 53 ET80 (e igual número en el ET), en el que se plantean tres requisitos, la notificación escrita con entrega de la indemnización, un preaviso sustituible por el importe los salarios en metálico, y la concesión de un tiempo para la búsqueda de un nuevo empleo.

La formulación original del preaviso en el ET establecía tres plazos distintos, crecientes según la antigüedad del trabajador, pues concedía un mes por cada año (o fracción inferior) en la empresa, con un máximo de tres meses, es decir, a partir de superar los dos años de servicios para el mismo empresario. La L11/1994, que como se viene exponiendo va a suponer un importante paso en la reducción de costes asociados a la terminación del contrato, unifica todos estos plazos en el menor de ellos –transformándolo en treinta días– con lo que también reduce el plazo durante el cual el trabajador dispone de la licencia de seis horas semanales para la búsqueda de un nuevo empleo. Al margen de estas horas, resulta razonable entender durante este periodo la productividad del trabajador se resentirá enormemente, pues carece de incentivos para prestar adecuadamente sus funciones, y puede contribuir a un clima

³⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N., “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, cit., págs. 241-243.

negativo³⁴⁸. Así, en la práctica, más que un periodo de búsqueda subvencionada de empleo, se transformó en una compensación adicional, pues la propia norma siempre ha permitido su sustitución por abono en metálico, como en la práctica hacía la empresa³⁴⁹.

Por ello, la reducción del preaviso, culminada años después con la reducción a quince días en la reforma del año 2010, supone un aspecto relevante en este proceso flexibilizador, con particular impacto en el encarecimiento del despido de trabajadores de escasa antigüedad, para los que este preaviso podía suponer más cantidad que la indemnización en sí misma, pues incluso en caso de declaración de improcedencia y aun cuando se hubieran abonado sin prestar servicios, se acumulan a los salarios de tramitación (art. 110 LPL80, art. 123 LPL90, LPL95 y LRJS).

Por otra parte, aunque los requisitos formales no han sido objeto de grandes modificaciones, son dos las cuestiones que deben destacarse. Por una parte, la L42/1994 introdujo una excepción a la obligación de abonar la indemnización en el momento de la comunicación del despido cuando la causa fuera económica y, precisamente por ello, no se dispusiera de la liquidez. De este modo, en la práctica, se da acceso al despido económico a las empresas que estén en una situación particularmente crítica, y que de otro modo probablemente se verían abocadas de manera irrevocable a la quiebra: si necesitando prescindir de trabajadores para reducir el gasto salarial no se le permite hacerlo porque esa falta de liquidez le impide abonar indemnizaciones, posiblemente tampoco podrá abonar los salarios y demás deudas contraídas para su funcionamiento.

El segundo aspecto modificado en los requisitos formales está íntimamente relacionado con éste, y es el de las consecuencias de los defectos en su cumplimiento, pues a diferencia de lo ocurrido para los despidos disciplinarios, la reforma de 1994 mantuvo en los objetivos el carácter *ad solemnitatem* de aquellos, calificando como nulas las extinciones que no los respetaran. Esta distinción de difícil justificación³⁵⁰, unida a la necesidad de preaviso, provoca que ante la expectativa de calificación del despido como improcedente –que a la vista de lo expuesto más arriba no es una consideración irracional del empresario (*vid supra* 0)– sea más prudente la alegación del carácter disciplinario del despido con reconocimiento (a partir de la reforma de 2002 inmediato) de la improcedencia. Por esta razón, unificando consecuencias del

³⁴⁸ Así se ha dicho que “las posibilidades de utilización productiva del trabajador durante el preaviso son en la práctica nulas”, en DESDENTADO BONETE, A. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, cit., pág. 96.

³⁴⁹ DEL REY GUANTER, S., “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, cit., pág. 187.

³⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N., “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, cit., pág. 270.

incumplimiento formal para ambos despidos, la reforma de 2010, además de reducir el plazo de preaviso, estableció para este caso la calificación de improcedencia.

Con ambas modificaciones se pretende (con escaso éxito, como se ha expuesto) potenciar que las empresas, cuando concurren causas objetivas para extinguir el contrato, no se encuentren obstáculos formales que conduzcan a renunciar a la defensa de la legalidad de su decisión, lo que en último término debería conducir a una reducción del coste del despido (al aumentar el número de supuestos con factor indemnizatorio reducido de 20 días) y con ella a un incremento del uso del contrato indefinido.

d).- El camino hacia la autotutela en el despido colectivo

La reforma de la L11/1994 supone el nacimiento en nuestro derecho del despido colectivo como tal; frente a la legislación precedente, en la que la clasificación de las extinciones se realizaba atendiendo a la razón empresarial que las motivaba, a partir de este momento el elemento cuantitativo –número de trabajadores afectados– pasa a ser determinante.

El procedimiento para estos despidos fijado en el ET80, heredero en gran medida del previsto para los despidos por crisis en el franquismo, no suscitó en su momento gran discusión, pero con el tiempo la necesidad de flexibilización y el cuestionamiento de la pervivencia de la autorización administrativa previa fueron cobrando importancia en el debate público³⁵¹. La reforma de 1994, en todo caso, mantiene la estructura básica del procedimiento para llevar a cabo los despidos por causas económicas – siempre que tengan la entidad cuantitativa requerida– de la legislación precedente: participación de los representantes de los trabajadores, control administrativo y una tarifa o factor indemnizatorio reducido homogéneo para todos los trabajadores³⁵².

Los cambios introducidos en el procedimiento, aunque responden en su origen a la adaptación al derecho comunitario, contienen algunos aspectos en los que se aprecia una cierta agilización, y con ella una reducción de costes de la terminación, si bien los requisitos de las Directivas aplicables en algunos casos, al reforzar ciertas garantías, operan en sentido opuesto. Entre las medidas de agilización puede mencionarse, por una parte, la coincidencia del inicio del proceso con el del procedimiento administrativo, lo que permite que la administración laboral pueda anticipar el estudio de los aspectos que le competen en un momento anterior y muy especialmente solicitar los informes pertinentes, lo que hará que en el momento de concluir las consultas se encuentre en situación de dictar casi de inmediato la

³⁵¹ GOERLICH PESET, J. M., “Los despidos colectivos”, cit., pág. 89.

³⁵² VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los despidos por causa económica”, en Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 416.

resolución que corresponda³⁵³; por otra parte, la sustitución del periodo de consultas de treinta días –que se entendía como un máximo– por otro de “una duración no inferior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores” supone, al menos en las empresas más grandes, la posibilidad de que se encarezca el procedimiento³⁵⁴. Además, se amplía el objeto de las consultas, que ahora versarán “sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

En relación a la intervención administrativa, se mantiene la necesidad de homologación del acuerdo que en su caso se alcance, y que por tanto no tendrá eficacia por sí mismo, aunque la aprobación será forzosa para la Administración laboral salvo que decida impugnarlo ante la jurisdicción social por la vía del procedimiento de oficio³⁵⁵, lo que ocurrirá no sólo en el probablemente infrecuente supuesto de dolo o coacción, sino también en los casos de fraude y abuso de derecho, que típicamente se referirán a la obtención indebida de prestaciones, esto es, a la inexistencia real de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en casos de terminaciones consensuales³⁵⁶. En caso de que el acuerdo no se produzca en el periodo de consultas, la reforma limita el ámbito de discrecionalidad administrativa al acotarlo a la valoración de la “razonabilidad” de las medidas propuestas para el cumplimiento de los fines exigidos al despido según su causa³⁵⁷.

Esta restricción de la discrecionalidad, unida a la disminución del plazo para resolver que se ofrece a la administración laboral (quince días en todo caso, frente a los treinta que disponía en la normativa previa si no se alcanzaba el acuerdo entre empresa y trabajadores) y el carácter positivo del silencio administrativo que introduce la reforma para el caso de falta de acuerdo, suponen en la práctica una agilización y una potenciación de los despidos objetivos, con lo que de nuevo se pretende impulsar la capacidad de adaptación de las empresas a la situación económica como mecanismo de mejora de la competitividad, como expresamente señala (aunque referido al conjunto de la L11/1994) la Exposición de Motivos de la norma.

³⁵³ GOERLICH PESET, J. M., “Los despidos colectivos”, cit., pág. 162.

³⁵⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los despidos por causa económica”, cit., págs. 419-420. El plazo superior al marcado por la norma no es exigible con carácter general, sólo lo sería, en principio, cuando así se hubiera pactado, o tal vez cuando la complejidad de las materias o lo avanzado del proceso negociador exigiera su prolongación, como manifestación de la exigencia de negociar de buena fe que el mismo precepto impone.

³⁵⁵ GOERLICH PESET, J. M., “Los despidos colectivos”, cit., pág. 155.

³⁵⁶ DESDENTADO DAROCA, E., “La intervención administrativa en los despidos colectivos: Naturaleza y procedimiento”, en Antonio Baylos Grau (dir.), *La reforma laboral de 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996 (Estudios), pág. 224.

³⁵⁷ GOERLICH PESET, J. M., “Los despidos colectivos”, cit., pág. 167; ; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los despidos por causa económica”, cit., pág. 425.

Este régimen jurídico va a gozar de cierta estabilidad hasta la actual crisis financiera global, en la que sus dos reformas han tratado, de nuevo, de agilizar el procedimiento y facilitar la decisión empresarial; entre medias, merece destacar –aun cuando se trata de una materia que, como se ha expuesto en la introducción, queda fuera del ámbito de esta investigación– la aprobación de la LConc. en 2003; hasta la aprobación de la misma, pese a los diversos intentos de reforma, el derecho concursal español partía de una lógica esencialmente privatista, en la que el objeto de la regulación era, esencialmente, lograr una liquidación ordenada de la empresa³⁵⁸. La ampliación del ámbito objetivo de la LConc. a “cualquier deudor, sea persona natural o jurídica” y la moderación del modelo liquidatorio – la Exposición de Motivos hace expresa referencia a la “finalidad de conservación de la actividad profesional (...) aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas” y resalta que incluso en caso de liquidación “la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo”–, unidos a la misión comprensiva del concurso, hacen que los efectos de proceso concursal sobre los trabajadores no sean ajenos a aquel. Consecuentemente, la Ley deroga el párrafo 10 del art. 51 ET, en el que simplemente se indicaba la necesidad de tramitar el expediente de regulación de empleo en caso de quiebra para el reconocimiento de prestaciones por desempleo, estableciendo su propio régimen jurídico.

El art. 64 LConc. contiene, bajo la rúbrica “Contratos de trabajo”, las especialidades para la extinción (entre otras medidas) de las relaciones laborales, que se caracterizan por la sustitución de los sujetos: en lugar del empresario actúa la administración concursal, pero el papel de supervisión pública presenta mayores diferencias. Al tratarse de una autoridad judicial, a él mismo le corresponde valorar la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, para lo que contará con el informe que ha de solicitar a la autoridad laboral. En relación a los plazos, se fija también en 30 días, pero aquí, como hacía el art. 51 ET⁸⁰, con carácter de máximo; en todo caso, lo común será que la resolución se retrase en relación a un despido colectivo “común”, pues para el informe señalado la administración laboral dispone de quince días, a partir de los cuales el juez del concurso dispondrá de otros cinco.

Por otra parte, al no tratarse de autoridad administrativa, no operarán las reglas sobre silencio administrativo: en todo caso habrá de esperarse a la resolución para que las medidas tengan efecto, y en su caso serán revisables por la jurisdicción social en suplicación (en el caso de las impugnaciones relativas a relaciones laborales individuales, previo incidente concursal). Hasta la reforma de la LConc. operada por la

³⁵⁸ ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, págs. 33-34.

Ley 38/2011³⁵⁹ no se indicó cual debía ser la indemnización, pero dada la naturaleza del proceso –que debe equilibrar el derecho de los trabajadores con el interés de la masa– lo más razonable es aplicar la indemnización de 20 días de salario prevista en el art. 51 ET³⁶⁰, que es precisamente a la que debe entenderse referida en texto vigente al afirmarse que las indemnizaciones “se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores”.

Esta última modificación, además, procede a adaptar la representación de los trabajadores en la legislación concursal a los cambios introducidos por la reforma de 2010 –se incorpora la participación de las comisiones del art. 41.4 ET, se permite la sustitución de las consultas por procedimientos de mediación y arbitraje que resulten aplicables– y posibilita la intervención del concursado en el proceso de negociación y consultas. Como medida de agilización, aunque no se reduce la duración de las consultas (a diferencia de la Ley 35/2010) se autoriza la presentación del acuerdo junto con la solicitud, acelerando así toda la tramitación.

En todo caso, al margen de las disfunciones que puedan provocar las diferencias entre la legislación concursal y la ordinaria, debe señalarse que este asunto queda fuera del objeto de esta investigación, pues no se trata realmente de una decisión empresarial acerca de la continuidad del contrato, sino de la adoptada por unos gestores cuya función es asegurar los derechos de la masa de acreedores, y sólo cuando sirva a este fin, mantener la empresa en funcionamiento.

En la reforma laboral iniciada en 2010, al margen de las cuestiones relativas a la causalidad, en materia de procedimiento de despido colectivo se introducen importantes novedades destinadas a agilizar la tramitación y a dotar de mayor seguridad jurídica, y por tanto reducir los costes no directamente cuantificados, a la decisión empresarial.

En cuanto a las medidas agilizadoras, además de la mencionada posibilidad expresa de someter el asunto a arbitraje, que garantiza una resolución, se altera la naturaleza de los plazos para las consultas de treinta días (quince en empresas de menos de 50 trabajadores), al transformarlos de mínimos –lo que impedía la ruptura unilateral de la negociación e incluso el cese consensual anticipado cuando el acuerdo se percibiera como inviable– en máximos. De este modo, se impide la práctica relativamente extendida de prolongar las negociaciones con el objeto de buscar un acuerdo e impedir así una imprevisible resolución administrativa³⁶¹; se prima así la

³⁵⁹ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre de 2011)

³⁶⁰ ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 74.

³⁶¹ DESDENTADO BONETE, A. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, cit., pág. 97.

agilidad sobre el consenso, reduciendo el coste de duración del proceso y presionando a las partes para alcanzar un acuerdo rápido o someterse al juicio discrecional de la autoridad laboral. Además, en caso de acuerdo, se reduce el plazo para dictar resolución a siete días.

En el plano de la seguridad jurídica, se clarifica el procedimiento que debe seguirse cuando los trabajadores carezcan de representación legal; si hasta esta modificación legal había sido uno de los obstáculos para la aplicación de modificaciones y despidos colectivos, solventada sólo reglamentariamente³⁶², ahora se establece un interlocutor: los trabajadores nombrarán a una comisión de un máximo de tres miembros en el plazo de cinco días, formada o bien por trabajadores de la propia empresa elegidos democráticamente, o bien por sindicatos más representativos y representativos del sector que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable. Aunque algunos autores ya entendieron que estas comisiones eran también el interlocutor válido de la administración concursal por aplicación directa de la L35/2010³⁶³, la reforma de la LConc. por la L38/2011 lo recogió expresamente.

El ánimo “flexiseguro” de la reforma refuerza el contenido de las consultas, pues además de los aspectos ya introducidos por la L11/1994, ahora se concreta el alcance de “las medidas necesarias para atenuar” las consecuencias del procedimiento extintivo sobre los trabajadores, si bien mediante una lista abierta³⁶⁴ y meramente ejemplificativa, por lo que en la práctica no introduce un cambio sustancial³⁶⁵.

La mayor modificación en el ámbito del proceso de despido colectivo se da, sin lugar a dudas, en la reforma de 2012. En ella, al margen de otras situaciones, se suprime cualquier control previo a la decisión extintiva empresarial, que como se ha expuesto ha sido una constante en nuestro ordenamiento desde 1935, hasta el punto que se ha llegado a calificar como “uno de los rasgos más característicos de nuestro sistema de relaciones laborales”³⁶⁶: no se trata, por tanto, de un redimensionamiento ni una agilización de la intervención administrativa³⁶⁷, sino de una alteración de su naturaleza, pasando a ser un mero supervisor –velará por la efectividad del periodo de consultas y podrá remitir advertencias y recomendaciones a las partes (art. 51.2 ET,

³⁶² DEL REY GUANTER, S., “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, cit., pág. 183.

³⁶³ ORELLANA CANO, A. M., “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 14, 2011, págs. 89-90.

³⁶⁴ Establece que serán “tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”.

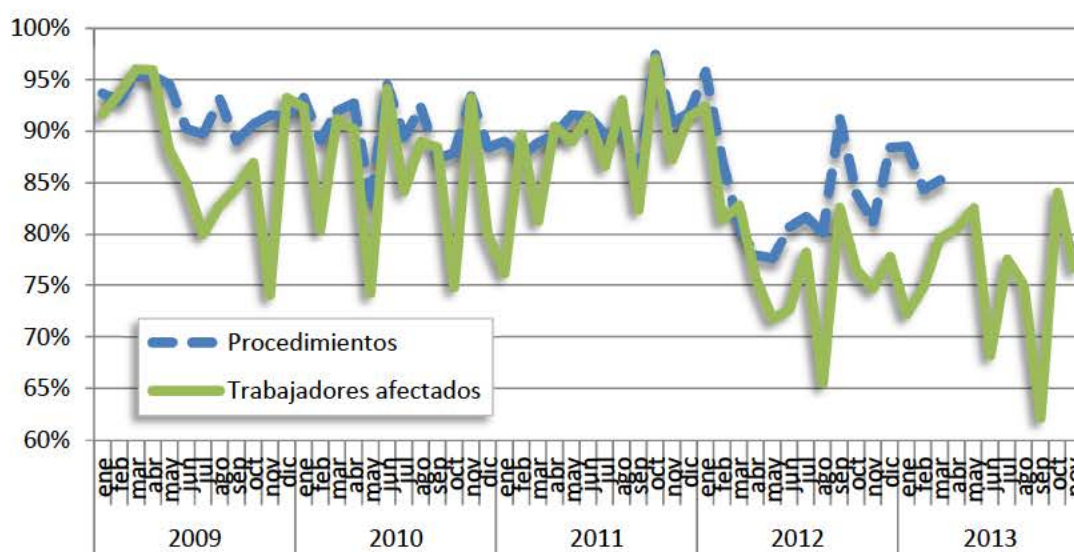
³⁶⁵ GALIANA MORENO, J., “Extinción del contrato de trabajo”, cit., pág. 95.

³⁶⁶ CABEZA PEREIRO, J., “La suspensión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de derecho social*, 57, 2012, pág. 183.

³⁶⁷ GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., págs. 356-357.

párrafo 10)–, al que se le retira la capacidad para impedir que el despido se lleve a efecto: el despido colectivo deja de ser un “despido propuesta” para pasar a ser una decisión unilateral con control judicial sólo a posteriori³⁶⁸. De esta forma se pretende limitar que en la fase de consultas la empresa se vea forzada a aceptar indemnizaciones mayores de las legales con el objetivo de garantizarse, con el acuerdo, la autorización administrativa, a pesar de que a juicio de algunos autores es precisamente una de sus finalidades, de conformidad con el derecho comunitario³⁶⁹.

Gráfico II-22: Porcentaje de procedimientos de extinción que han sido pactados y trabajadores afectados



Fuente: Elaboración propia con datos del MEYSS (en abril de 2013 se ha dejado de publicar el dato para el número total de procedimientos)

Las consecuencias de ello son difíciles de precisar, pues las estadísticas publicadas no recogen las indemnizaciones que en cada caso se pactan; en todo caso, sí que se aprecia en el Gráfico II-22 como, coincidiendo con la entrada en vigor del RD-L 3/2012, el porcentaje de los despidos colectivos en los que se alcanza un acuerdo cae más de quince puntos porcentuales, aunque a partir de ese momento empieza a recuperarse, y oscila en torno al 85% del total, unos cinco puntos menos que antes de la reforma.

Como consecuencia de la supresión de la autorización administrativa –no aplicable a los casos de fuerza mayor ni en caso de concurso–, se suprime también la capacidad de los trabajadores, a través de sus representantes, para iniciar el procedimiento, como les permitía hasta ese momento el art. 51.9 ET cuando

³⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, cit., pág. 317.

³⁶⁹ En relación a la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, así se sostiene en CABEZA PEREIRO, J., “La suspensión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, cit., pág. 192.

“racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación”. En caso de que exista este riesgo, salvo que resulte de aplicación la legislación concursal (en su condición de acreedores), o se den algunas de las causas previstas en el art. 50 ET (particularmente la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado), el trabajador no tendrá instrumentos para forzar las extinciones, pues es ya claramente un derecho que corresponde en exclusiva al empresario.

En cuanto al contenido de las consultas, la nueva regulación de la causalidad y la eliminación de la prueba de los fines de la medida justifican una nueva ordenación del mismo, que se aprecia desde su comienzo: la comunicación dirigida a los representantes de los trabajadores –con preferencia por las secciones sindicales cuando estas a así lo acuerden, siempre que tenga la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal³⁷⁰– especificará las causas del despido, pero también los trabajadores afectados (número y clasificación profesional) y empleados por la empresa los criterios que se pretenden tener en cuenta, así como el plazo para la efectividad de los despidos. Con el objetivo de facilitar el procedimiento y evitar incertidumbre sobre los aspectos procedimentales, posteriormente el RD-L 11/2013³⁷¹, acogiendo la construcción de alguna resolución judicial³⁷², unifica la negociación en una sola comisión para toda la empresa y aclara otros aspectos procedimentales que podían suscitar dudas³⁷³.

En materia de la calificación del despido, la falta de supervisión administrativa implica necesariamente una modificación de la legislación procesal, pues ahora lo que se impugna no es un acto de la autoridad laboral (y por tanto recurrible por la vía de los arts. 151 y 152 LJS). Por ello, la reforma dio nueva redacción al art. 124 LJS estableciendo un procedimiento específico para la impugnación del despido colectivo, que supone una cierta paradoja, pues al suprimirse la presunción legal de existencia de las causas en caso de acuerdo se desincentiva éste, pero la norma procesal dota de particular importancia a la efectiva negociación al sancionar con la nulidad la ausencia de buena fe en la misma³⁷⁴. En aras a la celeridad procesal, se acota notablemente el objeto del proceso, no pudiendo discutirse en él más que la concurrencia de las causas,

³⁷⁰ Modificación esta que se introdujo por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE de 11 de junio de 2011)

³⁷¹ Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto de 2013)

³⁷² Particularmente la SAN de 1 de abril de 2013 (nº17/2013) que anula un procedimiento suspensivo por negociarse centro a centro en lugar de para la totalidad de la empresa, por considerar que el reglamento que lo permitía (el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, BOE de 30 de octubre de 2012) es ilegal por ser *ultra vires*.

³⁷³ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Examen del RD-Ley 11/2013, de 2 agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6/2013, 2013.

³⁷⁴ CABEZA PEREIRO, J., “La suspensión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, cit., pág. 194.

el incumplimiento de las normas de procedimiento (comunicación a la autoridad laboral y consultas) o la existencia de vicios de la voluntad, dejando las restantes cuestiones para los litigios individuales que en su caso puedan plantearse³⁷⁵. El juego planteado entre este proceso y el individual da lugar a una calificación particular: en el de despido colectivo no se declarará la procedencia sino si es o no es ajustado a derecho; en caso de que no lo sea –salvo los supuestos de nulidad– serán los despidos individuales los improcedentes³⁷⁶.

En definitiva, el conjunto de modificaciones establecidas en la legislación sustantiva tienen un objetivo claro: facilitar y con ello abaratar la puesta en práctica de medidas extintivas; aunque también se otorgan al empresario mayores capacidades para la realización de ajustes que no afecten al número de trabajadores (reducciones de jornada, suspensiones) y ni siquiera a la cantidad total de trabajo (modificaciones sustanciales, movilidad geográfica...), la reforma de 2012 no contiene una opción clara por unas u otras. En atención a las causas que en cada caso concurren, será el empresario el que, con un alto grado de libertad, pueda decidir si extingue o no los contratos, con un reducido (aunque no desaparecido) grado de incertidumbre.

³⁷⁵ ALFONSO MELLADO, C. L., “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de derecho social*, 57, 2012, págs. 274-275.

³⁷⁶ En el caso de que el Despido Colectivo sea ajustado a derecho los despidos individuales podrán ser calificados –por otros motivos, pues respecto a lo discutido en el proceso de despido colectivo su sentencia produce efectos de cosa juzgada– conforme a la triple clasificación ya tradicional: procedente, improcedente o nulo.

Capítulo III.- EL MARCO NO DISPONIBLE AL LEGISLADOR ESPAÑOL: LÍMITES A LA REGULACIÓN

1.- PLANTEAMIENTO

El derecho es una creación humana, y como tal puede ser cambiada por el hombre. Al margen de tesis iusnaturalistas, cualquiera que sea su fundamento, no existen, en un sentido estricto de la palabra, límites absolutos indisponibles que no puedan ser franqueados bajo ningún concepto. No obstante, desde una perspectiva práctica, resulta claro que no todas las normas presentan el mismo grado de rigidez o resistencia a su modificación. En particular, cuando en este epígrafe se hace referencia a la indisponibilidad, se entiende como tal la que atañe al legislador ordinario. El poder normativo de éste, dejando a un lado la construcción iusfilosófica de su origen último y legitimidad, deriva del mandato constitucional, que lógicamente constituye la primera fuente de restricciones a la acción legislativa: el contenido material de la CE, en la interpretación que da la misma hace el Tribunal Constitucional, supone una barrera que el legislador ordinario no puede franquear, sin perjuicio de que evidentemente tenga la posibilidad –en sus atribuciones constituyentes– reformar la norma fundamental.

La propia Constitución, al articular el sistema de fuentes, establece otras dos formas mediante las que puede restringirse la capacidad normativa del legislador. La primera de ellas procede del art. 93 CE, en el que –con vistas ya a la integración en las entonces denominadas Comunidades Europeas– se prevé la atribución de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones de carácter internacional. De acuerdo con esta norma, la L 10/1985, de 2 de agosto, de

Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas¹, se permitió la ratificación del Tratado por el que el Reino de España se integró en las instituciones comunitarias². Conforme a los Tratados Constitutivos, las instituciones comunitarias disponen de capacidad normativa, limitadas conforme al principio de atribución (art. 5 TUE) pero con plenos efectos jurídicos, garantizados por el principio de primacía³ y caracterizadas por la eficacia directa, pues generan derechos y deberes inmediatos para todos los destinatarios, incluidos los particulares, lo que permite su invocación en cualquier proceso⁴. Particularmente se reconoce la existencia de competencias en materia de empleo (arts. 145 y siguientes del TFUE) y en relación con la libre circulación de trabajadores (arts. 45 y ss. TFUE), que permiten la existencia de normas que orientan al legislador nacional en materia de despido.

Junto a los tratados con función de habilitación, de transferencia de la capacidad normativa a instituciones ajenas a las reguladas en la articulación constitucional, el art. 4 CE se refiere a los tratados “tradicionales”, en los que se produce una función de recepción o incorporación de derecho no exclusivamente estatal⁵. Respecto de estos, el art. 96 CE establece la primacía de los convenios internacionales válidamente celebrados y publicados respecto de las leyes, al restringir su derogación, modificación o suspensión a “la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Aunque las relaciones laborales son una materia en la que el vínculo es entre empresarios y trabajadores (que no son sujetos de derecho internacional público), en el seno de entidades como la OIT se han desarrollado tratados de los que España es parte que afectan a la forma en que aquellas relaciones deben regularse. En consecuencia, y sin perjuicio de la posible denuncia, se trata de regulaciones mínimas que el legislador no puede ignorar.

En definitiva, en las páginas siguientes se evaluará el marco en el que puede desarrollar su capacidad normativa el Parlamento español (o eventualmente el

¹ BOE de 8 de agosto de 1985

² Cuya denominación completa es la de Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985 entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de España y la República Portuguesa, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (BOE de 1 de enero de 1986)

³ En las Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, publicadas junto con las versiones consolidadas de los tratados en el DOUE de 26 de octubre de 2012, expresamente se hace mención al mismo y a su vigencia, reproduciendo la enunciación el Asunto Costa/ENEL (STJCE de 15 de julio de 1964, Asunto 6/64): “...se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”

⁴ CACHÓN VILLAR, P., “Recepción del derecho social comunitario por los órganos jurisdiccionales españoles”, en Jesús Rentero Jover (dir.), *Derechos laborales individuales y colectivos y derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (Cuadernos de derecho judicial), pág. 14.

⁵ PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 146-147.

Gobierno mediante las figuras normativas a su alcance) en su función legislativa ordinaria. Este es el contexto en el que se plantearán asimismo las propuestas del Capítulo V, puesto que es el único en el que las medidas podrían llevarse a efecto de con menores dificultades prácticas.

2.- LÍMITES CONSTITUCIONALES

2.1.- La proyección del derecho al empleo sobre el despido

El texto constitucional no recoge ninguna mención expresa al despido en todo su texto⁶, por lo que *a priori* pudiera parecer que es una materia en la que el legislador goza de plena libertad para establecer el régimen jurídico que tuviera por conveniente. No obstante, el alcance de determinados preceptos obliga, cuando menos, a matizar esta afirmación. Al margen del efecto indirecto que la tutela de los Derechos Fundamentales puede tener en la regulación o aplicación del despido, y de aspectos sobre la interpretación de la CE en relación a regulaciones concretas⁷, cobra en esta materia especial interés el “derecho al trabajo” de “todos los españoles” que se recoge en el art. 35 CE. Aunque algunos autores calificaron este precepto como “un principio programático y no derecho exigible, por cuanto no precisan los sujetos del deber de dar trabajo”⁸, ya en los primeros análisis del texto constitucional comenzó a concebirse que el derecho al trabajo es “pleno en la *formulación* y variable en su *contenido*” ejercitable “no sólo frente a los Poderes Públicos, sino también frente a los empresarios y sus organizaciones y frente a los propios trabajadores y sus sindicatos”⁹.

El precepto recoge un derecho de los llamados económicos y sociales, que si bien exigen –a diferencia de la inacción del poder público propia de los derechos de libertad– una actuación normativa o material positiva¹⁰, tienen un verdadero alcance jurídico. En concreto, el derecho al trabajo se articula como un deber del legislador –controlable sólo de modo negativo por medio de los instrumentos de preservación de la CE ante el Tribunal Constitucional– cuyo contenido concreto tiene unos límites poco precisos, posiblemente contingentes y que precisan de un análisis contextual.

⁶PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pág. 139.

⁷ Ambas cuestiones son objeto de atención específica en los epígrafes subsiguientes

⁸SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “El derecho al trabajo en la constitución”, en Tomás Ramón Fernández Rodríguez (dir.), *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, pág. 209.

⁹SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Comentario al art. 35 de la Constitución”, en Oscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983 ((Revista de Derecho público)), pág. 471. *Cursivas en el original.*

¹⁰ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, *Revista de Política Social*, 121, 1979, pág. 6 y ss.

El alcance del derecho al trabajo, en todo caso, es poliédrico, pues al margen de una utópica visión de garantía de pleno empleo –que el propio constituyente prudentemente concibe como un mero objetivo, la dirección a la que deben orientarse las políticas en el art. 40 CE¹¹–, se materializa en la necesaria existencia de la posibilidad (libertad) de trabajar, y potencialmente en un derecho a la estabilidad en el empleo, en el sentido de que el despido sin causa suficiente no puede estar amparado por la libertad de empresa. El derecho al trabajo del art. 35 CE, a diferencia del mandato de perseguir el pleno empleo, no es una mera directriz, que puede cumplirse en cierto grado, sino un verdadero derecho subjetivo, de carácter ciertamente poco concreto, que puede desagregarse en otros más precisos, pero una vez definido su alcance, se cumplirá o no, sin términos intermedios¹².

Esta configuración de derecho al trabajo como Derecho Constitucional –aunque no Fundamental– le otorga un importante grado de protección: aunque conforme al apartado segundo del art. 53 CE no cabe recurso de amparo en su tutela, sí que le es de aplicación el apartado primero. De esta forma, vincula a todos los poderes públicos y existe reserva de ley para la regulación de su ejercicio, que en todo caso “deberá respetar su contenido esencial”. Es precisamente la delimitación de este concepto jurídico, la determinación de cuál sea el contenido esencial del derecho al trabajo en relación con el despido, lo que marca el límite que el legislador no puede superar¹³. De esta forma, la regulación sustantiva de la terminación unilateral por el empresario y la terminación del contrato de trabajo, así como el reconocimiento de garantías instrumentales para la eficacia de dicho régimen jurídico, establecen una restricción al establecimiento de políticas que, basándose en consideraciones estrictamente económicas, puedan pretender una plena flexibilidad para la extinción¹⁴.

En una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional tuvo ya ocasión de analizar algunos de los extremos que determinan el alcance del derecho al trabajo en relación con su terminación contra la voluntad del trabajador. La STC 22/1981, de 2 de julio, señala expresamente que “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo (...). En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una

¹¹MONTOYA MELGAR, A., “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *Revista de Política Social*, 121, 1979, pág. 333 ; idéntica idea reitera el autor en “La protección constitucional de los derechos laborales”, cit., pág. 286.

¹²HERRANZ CASTILLO, R., “Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 13, 2004, pág. 42.

¹³BORRAJO DACRUZ, E. Y CRUZ, “El derecho al trabajo en la sociedad española del siglo XXI”, *Actualidad Laboral*, 19, 2007, pág. 2277.

¹⁴BAYLOS GRAU, A. Y PÉREZ REY, J., *El Despido o la violencia del poder privado*, cit., pág. 40.

justa causa”. En esta sentencia, que se refiere a la constitucionalidad de la DA 5ª ET80, reguladora de la extinción forzosa del contrato para los trabajadores de más de 69 años con los periodos de carencia para obtener la prestación por jubilación, se realiza ya un primer análisis ponderativo: la causa para la pérdida del puesto de trabajo podrá ser admisible si se establece dentro del marco de una política de reparto del empleo, de modo que el despido de unos sirva para la contratación de otros¹⁵, y ello siempre que no suponga para los primeros un perjuicio desproporcionado; por el contrario, el mero cumplimiento de una edad –la que sea– no puede ser razón suficiente para la extinción del contrato de trabajo, por cuanto que se trataría de una vulneración del derecho al trabajo sin justificación en otro bien constitucionalmente relevante.

La mayor parte de los asuntos en materia de despido que han llegado a este órgano constitucional se han basado en la vulneración de Derechos Fundamentales, toda vez que la existencia constante de indemnizaciones por despido improcedente en la legislación no ha dado pie a que se analice la necesidad constitucional, al amparo del art. 35 CE, de que se reconozca el derecho del trabajador a ser resarcido por la pérdida de su empleo. No obstante, existen algunos pronunciamientos, en interpretación de normativa preconstitucional, que han dado ocasión a afirmaciones significativas para el análisis que aquí interesa. Así, la STC 20/1994, de 27 de enero, aunque otorga el amparo apoyado en el art. 14 CE –el art. 35 CE no está protegido por esa clase de recursos–, reconoce que “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador (...) es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional”. En la misma sentencia se continua argumentando que “la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, (...) cuya finalidad (...) no es otra que la de compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática”. En consecuencia, resulta claro que el Tribunal Constitucional entiende que el art. 35 CE exige que se establezca alguna consecuencia para el despido

¹⁵ No obstante, debe tenerse en cuenta que no existe evidencia empírica que demuestre la efectividad de estas políticas. Este tipo de razonamientos que pretenden “repartir el empleo” caen en lo que se ha llamado “Falacia de la cantidad fija de trabajo”. Una exposición divulgativa de la misma, con remisión a múltiples estudios académicos es la publicada bajo el pseudónimo MERCADO, J. DE, “Aprendiendo a sumar (I): La falacia de la cantidad fija de trabajo”, *Nada es Gratis*, 2012, accedido en <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=22484>. La correcta interpretación de esta falacia no implica que las medidas de reparto (jubilaciones forzosas, reducción del tiempo de trabajo) no puedan ser positivas para el empleo, sino simplemente que la respuesta no es tan sencilla: dependiendo de diversos factores podrán ser negativas, neutrales o positivas.

sin causa, aunque no entra a valorar cuál debe ser precisamente, ni en su cuantía ni en su naturaleza¹⁶.

Esta resolución permite afirmar algunos perfiles sobre el señalado “contenido esencial” del derecho al trabajo en relación con el despido: la terminación empresarial unilateral del contrato de trabajo debe configurarse como un procedimiento, en el que se exteriorice expresamente tanto el hecho del despido como la causa que se alega, y esta decisión empresarial debe ser revisable *a posteriori* por un órgano judicial¹⁷. Dicho de otro modo, el derecho al trabajo en esta dimensión se caracteriza por exigir un despido expreso, causal y sometido a la jurisdicción.

El Tribunal Constitucional, en todo caso, ha mantenido en su jurisprudencia la existencia de un amplio margen para que el legislador defina las consecuencias derivadas de la extinción unilateral del contrato de trabajo por el empresario. La STC 6/1984, de 24 de enero, expresamente hace referencia a la capacidad del Estado para ordenar la economía y las relaciones laborales (arts. 35, 38 y 53 CE) en un contexto de pluralismo político (art. 1 CE), lo que necesariamente lleva a considerar admisibles una pluralidad de soluciones. La indemnización por despido improcedente se considera, en esta sentencia, como sustitutiva de “la indemnización de daños y perjuicios, y que opera (si bien *ex lege*) de modo similar a la cláusula penal en los contratos cuando no se le da otro carácter, es decir, como una suma que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia del despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos”. Sin embargo, se permite que esta cláusula penal, tasada y desvinculada del daño real que sufre el trabajador como consecuencia ilícita, sea fijada en atención a criterios de política económica, negando que la (entonces vigente) reducción de un 20% en la cantidad recibida para el caso de empresas de menos de 25 trabajadores pueda considerarse discriminatoria.

Un elemento destacable es que no se muestra en la jurisprudencia constitucional la necesidad de indemnizar al trabajador despedido por causas objetivas, ni expresa ni implícitamente. Las resoluciones que han tratado el tema, siempre de modo tangencial y en el marco de procedimientos de amparo en los que el art. 35 CE no podía ser invocado, han señalado las notas mencionadas: debe ser causal, procedimentalizado y controlable judicialmente, pero en caso de procedencia no ha exigido que sea indemnizado. Evidentemente, cuando no se dan dichas notas, el sistema jurídico debe contener alguna clase de reacción, pues si no el derecho al trabajo en su vertiente de

¹⁶ De hecho, al indicar la necesidad de que exista alguna reacción, incluye el inciso “abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización)”

¹⁷ BAYLOS GRAU, A. P., “El derecho al trabajo como Derecho Constitucional”, en *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, CGPJ, 2003 (Cuadernos de Derecho Judicial), pág. 36.

estabilidad en el empleo quedaría desprovisto de su contenido esencial. En un ordenamiento en el que el derecho al trabajo se constitucionaliza, no cabe privar al trabajador de su empleo sin un motivo serio, por lo que en caso de que esto ocurra debe ser resarcido. El importe “suficiente” para la salvaguarda del derecho no ha sido analizado por el Tribunal Constitucional, si bien salvo casos extremos, es poco probable que se entienda infringido el art. 35 CE¹⁸.

Es de destacar en esta línea argumental la STC 103/1990 de 4 de junio, en la que se otorga el amparo a un Jefe de Máquinas de un buque que había sido objeto de un cese no indemnizado conforme a la Ordenanza Laboral preconstitucional de aplicación. La argumentación que usa el TC no se basa en la necesidad constitucional de que toda terminación en la que no concurra voluntad o culpa del trabajador deba ser indemnizada, sino en una violación del derecho a la igualdad. Argumenta la sentencia, y esto es lo relevante en este punto de la exposición, que en el vigente Estatuto de los Trabajadores, en los supuestos que no traigan causa de una conducta grave y culpable del trabajador (disciplinario procedente) “el Estatuto prevé una indemnización”, a lo que añade que “esta regla tiene también aplicación, aunque con matices, en el ámbito de las relaciones laborales especiales”. Este repaso le sirve al Tribunal para afirmar que esa es la regla general en el ordenamiento (y al no aplicarse al recurrente se produce una violación de su derecho a la igualdad), pero no que deba serlo; de hecho, se indica que la indemnización es la consecuencia del despido procedente no disciplinario “a falta de una norma que expresamente disponga lo contrario”, con lo que está abriendo la puerta a que así ocurra.

La interdicción constitucional del despido *ad nutum* tiene, por todo lo expuesto, un alcance bastante limitado¹⁹, pues se permite que sea el empresario el que por sí sólo termine con el vínculo laboral, sin más consecuencia –con la excepción de la violación los Derechos Fundamentales, que se expondrá a continuación²⁰– que el abono de determinada indemnización, que ni siquiera tiene por qué suponer una *restitutio in integrum* al trabajador en caso de que el despido sea declarado improcedente.

¹⁸FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes”, cit., págs. 201-202.

¹⁹BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, cit., pág. 453.

²⁰ El legislador puede, obviamente, sancionar en mayor medida el despido procedente o improcedente; lo que aquí se expone es el *mínimum* constitucional.

2.2.- La tutela de los Derechos Fundamentales como límite al despido y las consecuencias sobre los costes extintivos

El sistema de protección de los derechos subjetivos que recoge en nuestra Constitución responde a una sistemática relacionada, más que con su contenido, con el grado de protección del que disponen y con el grado de *inmediatividad* en su ejercicio²¹. En ese sentido, la sección primera del Capítulo II del Título I, bajo la rúbrica “De los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas”, junto con el art. 14 CE, que regula la igualdad ante la ley, gozan de un pleno efecto directo y protección reforzadas: de acuerdo con el apartado segundo del art. 53 CE, “Cualquier ciudadano podrá recabar” su tutela “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

Se trata por tanto de verdaderos derechos subjetivos que todos los que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Constitución, sean particulares, personas jurídicas o instituciones públicas, deben respetar. Aunque en términos estrictos sólo dos (libertad sindical y huelga) pueden considerarse estrictamente laborales, el trabajador, en cuanto que ciudadano, es también titular de los restantes²². En consecuencia, no es de extrañar que pronto el Tribunal Constitucional declarará expresamente la efectividad de los mismos dentro de la empresa, en lo que reputada doctrina ha venido a calificar como una de las más importantes contribuciones de la jurisprudencia constitucional²³; aunque como inmediatamente se verá no es la primera sobre la cuestión, merece ser destacada por la claridad con que lo enuncia, la STC 88/1985: “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”, pues “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestanservicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus Derechos Fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)” (F.J.2)

²¹MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, cit., pág. 274.

²²MONTOYA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, cit., págs. 47-48.

²³CASAS BAAMONDE, M. E., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales”, en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 224.

Una vez que queda claro que el empresario está vinculado en su relación con el trabajador por el respeto a los Derechos Fundamentales, la cuestión relevante, *lege ferenda*, es el alcance que esa afirmación tiene. No cabe duda, por una parte, de que quien vea vulnerado su derecho debe disponer de la correspondiente acción para recabar la tutela que le ofrece el art. 53 CE, pero tampoco, por otra, de que el alcance de la misma no está expresamente recogido en el texto fundamental. La STC 38/1981 responde precisamente a ese problema jurídico. En la misma, analizando las consecuencias de un despido que se produce por razón de la actividad sindical de los trabajadores demandantes, se determina que esta clase de conculcación de Derechos Fundamentales no puede tener como resultado la mera improcedencia del despido, ni los efectos entonces previstos para la nulidad –que sólo se producía por defectos de forma, como se ha visto en el Capítulo anterior de esta investigación–. La Sala, haciendo uso de la previsión del art. 55.1.c LOTC, con el fin de restablecer al recurrente “en la integridad de su derecho o libertad, con la adopción de las medidas apropiadas para su conservación” entiende que la única vía para ello es reconocer que los despidos son “nulos, con nulidad radical” y en consecuencia, ser nuevamente “admitidos en la empresa, con todo lo demás que procede en los casos de despido nulo, con nulidad radical”. Esta expresión, aunque pueda parecer innecesaria²⁴ –un acto jurídico es nulo o no lo es, pero siempre lo será de raíz, pues la consecuencia será la inexistencia para el derecho– tiene sentido en el contexto de la entonces vigente regulación del despido nulo por defectos de forma.

De esta manera, se reconoce una nueva acción –que emana directamente de la Constitución– carente de régimen jurídico propio y específico, que la jurisprudencia tuvo que construir²⁵ y que finalmente la legislación procesal reflejó a partir de la LPL90. Si como consecuencia del ejercicio de un Derecho Fundamental el trabajador es despedido, la única respuesta posible es la restitución de aquel en la situación previa a ese acto contrario a la norma suprema.

El alcance de esta protección no se limita, lógicamente, a los casos en los que el empresario, en la propia carta de despido, indica que es el ejercicio de una libertad constitucional –o más cabalmente, la extralimitación por parte del trabajador en dicho ejercicio– lo que motiva la extinción del contrato de trabajo. Por el contrario, se extiende también a aquellos casos en los que formalmente se alega una razón (disciplinaria u objetiva) que aparece como desconectada de la realidad, siendo la vulneración de un Derecho Fundamental o Libertad Pública el móvil oculto en la terminación del contrato.

²⁴ Como tautológica se adjetiva en PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales*, cit., pág. 173.

²⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, J., “La constitución y el despido”, en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 465.

En todo caso, los efectos son sustancialmente los mismos, pues tanto en uno como en otro caso corresponde al empresario acreditar los hechos que le resulten favorables: en el primero, bajo el principio de que quien afirma debe probar (STC 47/1985, de 27 de marzo), y con una cierta inversión de la carga de la prueba, en el segundo. La responsabilidad probatoria del empresario en este supuesto se apunta ya con claridad en la citada STC 38/1981, en la que la Sala sentenciadora se apoya en el art. 10.2 CE para dar contenido al art. 28 CE por medio de los tratados internacionales. Así, cita expresamente el Convenio número 98 de la OIT²⁶ y, como criterio interpretativo, el informe 130 del Comité para la Libertad Sindical, relativo al caso 637, que en su párrafo 65, en el que el alude a la recomendación 143, se indica la posición favorable a “que se imponga al empleador la obligación de probar que su acto estaba justificado, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene carácter discriminatorio”.

La doctrina constitucional en este sentido aparece bien recogida –con cita de múltiples resoluciones anteriores, entre ellas algunas de las analizadas más arriba– en el F.J. 2º de la STC 266/1993, de 20 de septiembre: en los casos en que se alegue que el despido es lesivo de algún Derecho Fundamental, y esta alegación tenga reflejo en los hechos de los que resulte efectivamente una apariencia de que dicho daño existe, el empresario tiene que probar que su decisión extintiva estuvo apoyada en causas suficientes, reales y serias. Ello no supone hacer soportar al empresario la obligación de una prueba diabólica de hechos negativos –la ausencia de intenciones discriminatorias–, sino positiva de la concurrencia de los hechos en que apoya su despido. Además, no es suficiente con la alegación por parte del trabajador de la vulneración del derecho, sino que ha de aportar los hechos –aunque sean indiciarios– que permitan presumir que puede darse el ataque a los Derechos Fundamentales. Esta inversión de la carga de la prueba, que no es por tanto automática y que, a pesar de construirse sobre los convenios y recomendaciones sobre la Libertad Sindical, no se ha limitado a ésta, se configura como una herramienta central en la tutela de la dignidad del trabajador y de la vigencia plena del ordenamiento constitucional en la relación laboral²⁷.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la tutela de los Derechos Fundamentales en relación con el despido no se limita a la extinción decidida como

²⁶ Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en la 32ª sesión, el 1 de julio de 1949, ratificado por España el 20 de abril de 1977 (BOE de 10 de mayo de 1977)

²⁷ CASAS BAAMONDE, M. E., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales”, cit., págs. 225-226.

represalia del ejercicio de un Derecho Fundamental (libertad de expresión²⁸, libertad sindical²⁹, huelga³⁰, etc), sino también a los casos en que el propio despido trae causa de una violación de un derecho de esta naturaleza. Así, no se trata en estos casos de la motivación empresarial para llevar a cabo el despido, sino su efectiva actuación material³¹. El ámbito natural de concurrencia de esta clase de problema jurídico es el del despido disciplinario, en el que el empresario, ya sea con la finalidad de confirmar una sospecha o con carácter puramente preventivo, supera la barrera de los Derechos Fundamentales de sus trabajadores. No corresponde a este lugar llevar a cabo una construcción completa del juego del juicio de proporcionalidad³², pero con carácter general será ese el criterio que habrá de emplearse para determinar si la forma de actuar del empresario es conforme a derecho: aunque normalmente superará el fin será legítimo –la consecución de un recto funcionamiento de la empresa, detectando las conductas de los trabajadores incompatibles con aquel– y se superarán sin demasiados problemas los juicios de necesidad –sin control no pueden detectarse las conductas contrarias al interés empresarial–, y de idoneidad –pues en las pruebas obtenidas se basará el despido a cuya potencial nulidad se discute–, la clave estará en la evaluación de la llamada proporcionalidad en sentido estricto: sólo será admisible cuando el daño al derecho del trabajador sea razonable para la defensa bien jurídico protegido que lo ocasiona, generalmente en el marco de la libertad de empresa o en la defensa de su derecho a la propiedad privada. Evidentemente, si el vicio está en el origen, y el fin no es constitucionalmente admisible –pues lo que se pretende al iniciar cualquier medio de investigación es precisamente represaliar al trabajador por alguna conducta amparada por la constitución– no será preciso el resto del análisis.

Hecha esta salvedad relativa al procedimiento –en el que la presunción de inocencia, pese a la inicial estimación que se hizo, ha ido mitigándose en el tiempo³³– el despido también será nulo cuando sea consecuencia de una violación del derecho a

²⁸ A título meramente ejemplificativo, la STC 88/1985, de 19 de julio, en la que se declara nulo el despido de un psiquiatra por verter críticas a la dirección de la Fundación para la que prestaba sus servicios, entrevistado para la Televisión Pública en un reportaje periodístico.

²⁹ Es el caso, entre muchas de la ya citada STC 38/1981.

³⁰ Como ocurre en las SSTC 75/2010 y 76/2011, de 19 de octubre, y posteriormente en las SSTC 98 a 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre, que resolviendo sobre diferentes trabajadores en idéntica situación, en un caso de subcontratación, entienden que el despido ocasionado con motivo de la resolución del contrato mercantil por otra empresa, fruto del legítimo ejercicio del derecho de huelga y denuncia a la Inspección de trabajo, supone una violación de Derechos Fundamentales de la que se deriva necesariamente la nulidad radical.

³¹ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales*, cit., pág. 147.

³² Sobre esta cuestión, una exposición completa puede encontrarse en PERELLÓ DOMÉNECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, 28, 1997, pág. 71 y ss.

³³ Así, la STC 24/1984 de 23 de febrero, al evaluar la contradicción entre una sentencia penal y otra social sobre los mismos hechos (la eventual responsabilidad de un conductor-recaudador de las cabinas telefónicas por la falta de dinero en algunas de las que se encontraban bajo su confianza), parece admitir la existencia de esta presunción; en la STC 30/1992 de 18 de marzo se indica expresamente que el alcance pleno de este derecho se restringe al derecho penal, y que sólo con un “alcance específico y en cierto modo restrictivo” afecta al mundo del trabajo. Un desarrollo completo de la evolución de la jurisprudencia constitucional se realiza en PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales*, cit., pág. 245 y ss.

la intimidad³⁴, del derecho de protección de datos³⁵, etc. A diferencia de los supuestos antes referidos, el despido no produce la vulneración del Derecho Fundamental, sino que trae causa de ella³⁶.

Es necesario, por último, hacer referencia al alcance de la tutela en supuestos extintivos que no constituyen técnicamente un despido. La legitimidad de las regulaciones que permitan otras formas de terminación del contrato de trabajo por la voluntad del empresario, como pueden ser el periodo de prueba o la denuncia por cumplimiento del término o realización de su objeto de un contrato temporal, no excluyen la tutela de los Derechos Fundamentales del trabajador, cuyo vínculo se resuelve: el hecho de que concurren circunstancias que justifiquen la decisión del legislador de hacer ceder, en determinados supuestos, la estabilidad en el empleo derivada del derecho al trabajo en favor de otros principios constitucionales – típicamente la libertad de empresa o el fomento del empleo– no puede suponer una carta blanca para vulnerar el resto del ordenamiento jurídico, y especialmente los derechos que el art. 10 CE califica como inherentes a la persona.

Este es precisamente el sentido que debe darse a la argumentación seguida en la STC 94/1984, de 16 de octubre, en la que expresamente se indica que “la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”. Aunque esta sentencia no otorga el amparo³⁷, abre la vía para que en los casos en que las razones del empresario sean extralaborales –en el más amplio sentido– y respondan a un ánimo discriminatorio, sí pueda estimarse la nulidad del despido (en el sentido más amplio de este término).

Esta doctrina, reforzada por la STC 166/1986, de 26 de septiembre, en la que sí se otorgó el amparo, supone considerar la extinción del contrato en el periodo de prueba

³⁴ No es aceptable desde la perspectiva constitucional, por ejemplo, el uso de la información obtenida en el reconocimiento médico de la empresa sobre el consumo de drogas por parte del trabajador, a los efectos de considerar no apta a la trabajadora (STC 196/2004, de 15 de noviembre)

³⁵ Este es el derecho que entiende vulnerado la reciente STC 29/2013, de 11 de febrero, en el caso de un trabajador despedido por constatar sus ausencias del puesto de trabajo a través de las cámaras de seguridad cuya colocación no se había realizado con fines de control laboral ni se había indicado a los trabajadores tal procesamiento de los datos de las mismas.

³⁶ Una revisión de la jurisprudencia constitucional y ordinaria en relación al alcance de la vulneración de distintos Derechos Fundamentales puede encontrarse en DEL REY GUANTER, S., “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, en Manuel R. Alarcón Caracuel (dir.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992 (Monografías jurídicas), pág. 35 y ss. Más recientemente, HERRAIZ MARTÍN, M^ªS., *El despido nulo: causas y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, cap. II.

³⁷ El supuesto analizado, la empresa extingue durante el periodo de prueba el contrato de una enfermera tras un embarazo y posterior aborto; el Tribunal Constitucional entiende que la contratación habitual de mujeres en la empresa y el hecho de que el embarazo ya no existiera en el momento de comunicarse la terminación del contrato hacen imposible apreciar el indicio de vulneración de Derechos Fundamentales que hubieran exigido al empresario acreditar sus razones legítimas para evitar la nulidad.

como una decisión no motivada, pero no por ello acausal: el hecho de que la ley no exija hacer explícitos los motivos no implica que estos no existan. Su alcance será amplio, pero tan sólo llegan hasta donde la ley puede autorizar, por lo que los Derechos Fundamentales deben ser, también en este caso, salvaguardados. Así, resulta ya un criterio empleado por los tribunales ordinarios, que ajusta el carácter *ad nutum* del despido del trabajador a prueba, pues aunque sigue sin exigirse que el empresario haga explícitas sus razones, en caso de que los indicios de discriminación se hagan patentes en el proceso, sí se verá compelido a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria³⁸. En todo caso debe matizarse que como señala la reciente STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013³⁹ no toda la protección otorgada al despido puede trasladarse automáticamente al análisis del periodo de prueba, de modo que si bien las extensiones de tutela de Derechos Fundamentales que haga el legislador pueden justificar el otorgamiento de amparo constitucional por la vía de considerar “no razonables” las interpretaciones restrictivas (SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo), eso no implica que exista una exigencia de aplicación analógica de aquellas garantías a todas las extinciones, y particularmente al periodo de prueba.

La aplicación de la tutela de los Derechos Fundamentales a los contratos temporales resulta algo más compleja. No plantea particulares problemas la consecuencia de los despidos que afecten –atacando estas garantías– a trabajadores con un vínculo de duración determinada, cuando la extinción se produzca con anterioridad al cumplimiento del término o condición resolutoria que procediera⁴⁰: el despido será nulo de pleno derecho, con lo que el contrato producirá sus efectos, que se manifiestan en la readmisión hasta el vencimiento natural del contrato, y si este ya hubiera llegado, con el abono de los salarios dejados de percibir y la indemnización que eventualmente corresponda⁴¹. Más compleja es la aplicación a los supuestos en los que el empresario no termina el contrato con un móvil discriminatorio, sino que el motivo antijurídico se da en la decisión de no prorrogar el contrato temporal. Pudiera parecer que, habiéndose extinguido el vínculo por un motivo legalmente previsto y en el que no interviene la voluntad empresarial –cumplimiento del plazo previsto, finalización de la obra o servicio–, no cabe acción de despido. Sin embargo, en caso de

³⁸ En este sentido, STSJ de Madrid de 4 de junio de 1992 (R^o 138/1992), también en relación a una trabajadora embarazada.

³⁹ Sobre el fondo de esta resolución, y el alcance de la doctrina de protección de la mujer embarazada frente al despido y la nulidad cuasi-automática del despido, vid. infra. Capítulo IV.- 2.5.-

⁴⁰ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales*, cit., pág. 180.

⁴¹ Esta solución es ya jurisprudencia consolidada en unificación de doctrina, desde las SSTS de 14 de abril de 1989 (R^o485/1989) y de 20 de diciembre de 1.990 (Rec. 458/90), reiterada recientemente por la STS de 28 de abril de 2010 (R^o1113/2009), conforme a la cual los efectos de la vulneración del derecho no pueden ser otros que la reposición del trabajador en la situación en la que se habría encontrado de no mediar la conducta antijurídica, esto es, los efectos que se deriven del contrato según su naturaleza, pero no su conversión en indefinido.

que el trabajador aporte indicios de que la razón de no prorrogar el contrato es precisamente la discriminación, la efectividad de los Derechos Fundamentales exige la reposición del trabajador en su puesto de trabajo. Así lo han entendido los tribunales en los casos en que, siendo varios los trabajadores en la misma situación, se deja de renovar –sin aportar razones suficientes de índole estrictamente laboral– precisamente a la trabajadora embarazada⁴², llegándose incluso a forzar la transformación del contrato en indefinido⁴³.

Es preciso finalizar este análisis con una consideración específica acerca de las consecuencias específicas de la vulneración de Derechos Fundamentales en relación a la terminación del contrato de trabajo. Con carácter general, las consecuencias de la violación del Derecho Fundamental se materializarán en la readmisión del trabajador, sin perjuicio de que adicionalmente se deba resarcir el perjuicio causado. Sin embargo, existen supuestos específicos en los que la causa de la terminación del contrato no es la voluntad expresa del empresario, sino que su actuación coloca al trabajador en una situación en la que es éste –por medio de una acción judicial específica en la configuración legal existente– se ve abocado a forzar el fin de su relación laboral. En estos casos, la efectividad de los Derechos Fundamentales impide que la sanción para el empresario que los ha atacado sea la misma que ante cualquier otra infracción grave del contrato. De este modo, al margen de los problemas que pueda generar desde la perspectiva constitucional la indemnización legal estrictamente tasada (*vid infra* 2.3.2.-C.-), resulta claramente necesario resarcir íntegramente el perjuicio causado por el ataque al señalado Derecho Fundamental, que es independiente del que supone la pérdida del empleo. Esta interpretación, aunque no ha sido aplicada durante la mayor parte del tiempo de vigencia de la Constitución, parece hoy ser la aceptada tanto por la jurisprudencia⁴⁴ como por el propio legislador, tras la Ley Orgánica de Igualdad⁴⁵, en la que se incorporó al art. 181 LPL95 la expresa compatibilidad de la indemnización por terminación del contrato con la relativa a la vulneración de los Derechos Fundamentales, en idéntica redacción a la hoy recogida por el art. 183.4 LRJS.

⁴² Es el caso, referido al ya desaparecido contrato temporal para el fomento del empleo, en la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1997, AS 1997\3716, en la que se considera discriminatoria la falta de prórroga cuando a otros trabajadores si se les realizó.

⁴³ Así, STSJ del País Vasco de 14 de diciembre de 2010, R°2680/2010, en que se entiende vulnerado el derecho a la Igualdad de la trabajadora embarazada por ser la única de los trabajadores que tras ser contratados en prácticas no ve transformado su contrato en indefinido. Indica el Tribunal que *“el empresario habría actuado con ella en igual forma que con sus compañeros de no haber mediado su maternidad, estando viciada de nulidad radical su decisión de no actuar en similar modo a como lo hizo con sus compañeros, con un doble efecto: 1) el que llevó a calificar entonces la decisión extintiva como despido nulo; 2) la conversión del contrato en indefinido, desde ese mismo momento, con relevancia para el caso de que, como ha sucedido, la relación laboral se restableciese”*

⁴⁴ Inicialmente en la STS 17 de mayo de 2006 (R° 4372/2004) y posteriormente de manera notablemente más clara en la STS de 20 de septiembre de 2007 (R° 3326/2006), recogiendo expresamente este razonamiento, en un momento posterior a la incorporación legislativa de esta postura pero aplicándola a un caso anterior.

⁴⁵ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).

2.3.- Otros aspectos constitucionales

2.3.1.- Libertad de empresa y despido

El derecho del despido no puede verse únicamente como la tutela de los derechos de los intereses del trabajador. Resulta claro que, igual que se ve implicado el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 CE, la posibilidad de extinguir contratos –de la misma forma que la de dar entrada a nuevos trabajadores– se inserta de pleno en la libertad de empresa, garantizada con el mismo rango en el art. 38 CE: dentro de una división clásica de los medios de producción en capital físico y mano de obra, tan contrario a la Constitución sería prohibir absolutamente la baja en el inventario de la maquinaria como la interdicción plena de cualquier despido⁴⁶.

El límite al legislador en la regulación del despido se encuentra aquí en el extremo opuesto al generalmente analizado: el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa exige que quien la ejerce esté jurídicamente posibilitado para redimensionar su empresa, sin condicionamientos que resulten irrazonables o desproporcionados⁴⁷. Evidentemente, de la misma forma que el contenido esencial del derecho al trabajo no ampara la estabilidad incondicional en el empleo, queda fuera del núcleo protegido de la libertad de empresa el despido acausal basado únicamente en la voluntad empresarial, pues no hay en nuestra Constitución derechos absolutos o ilimitados⁴⁸. Sin embargo, a la hora de configurar cualquier propuesta alternativa al régimen jurídico actual, debe tomarse en consideración que existe ese núcleo indisponible, que aunque permite introducir elementos moduladores en ponderación de los diversos bienes jurídicos de relevancia constitucional (derecho al trabajo, pleno empleo, dirección de la economía, participación de los trabajadores, impulso de la igualdad material...), no puede llegar a sustituir por completo la libertad de autogestión empresarial por la de un tercero, ya sea una autoridad administrativa o judicial.

El alcance de la libertad de empresa se ve, por tanto, limitado por la concurrencia de otros intereses jurídicos constitucionalmente protegidos; la orientación de la política gubernamental a la consecución del pleno empleo puede legitimar la interferencia en la decisión empresarial, en el sentido de potenciar o imponer medidas que, contribuyendo al mismo fin, tengan menor incidencia sobre el paro⁴⁹. Una ley de

⁴⁶BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, cit., pág. 456.

⁴⁷GOERLICH PESET, J. M., “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, págs. 241, 251.

⁴⁸Entre otras, STC 20/1990, de 15 de febrero.

⁴⁹MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”, cit., págs. 201-203.

despido libre atentaría contra el derecho al trabajo, pero podría defenderse, según las circunstancias, como una medida de fomento de la inversión y el empleo⁵⁰

En todo caso, a los efectos que aquí interesan, los relativos a las limitaciones a la regulación legal del despido, la libertad de empresa juega, igual que ocurre con el propio derecho al empleo, un papel muy limitado: debe garantizarse la capacidad de autoorganización, incluyendo lo relativo al tamaño de las plantillas, pero ni siquiera puede considerarse que la autotutela empresarial –esto es, que pueda proceder al ejercicio de su derecho por sí misma, sin intervención de terceros– esté constitucionalmente protegida: nada impediría en la Constitución –aunque tendría evidentes problemas prácticos– que el ejercicio del derecho a la terminación causal del contrato de trabajo requiriera el previo reconocimiento de la concurrencia de los requisitos legales por parte de la autoridad judicial o administrativo-laboral (como por otra parte ha ocurrido tradicionalmente con los despidos colectivos hasta la reforma laboral de 2012).

2.3.2.- Igualdad e indemnizaciones: diferencias e indiferencias

A.- Igualdad material, igualdad formal y régimen indemnizatorio en la ley

La igualdad tiene en la Constitución una presencia notable: se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), como un principio de actuación de los poderes públicos (art. 9.2 CE) y como un derecho en su vertiente formal de igualdad ante la ley (art. 14 CE), en este último caso con el máximo nivel de protección, pues tiene la garantía de amparo ante el máximo intérprete de la Constitución (art. 53.2 CE). Evidentemente, en el análisis casuístico juega un papel muy relevante en cuanto que Derecho Fundamental, dado que su vulneración por el empresario es, frecuentemente, la razón que determina la nulidad del despido. No es esa perspectiva, sin embargo, la que quiere abordarse en este punto, pues ya ha sido tratada más arriba, sino la del legislador.

Es evidente que el régimen jurídico de la extinción de contrato no queda al margen de esta protección, lo que obliga a plantearse el impacto del derecho a la igualdad desde una doble perspectiva. En primer lugar, es preciso valorar si es constitucionalmente admisible que distintos trabajadores tengan diferente grado de protección frente a la terminación de su contrato, y en su caso, bajo qué circunstancias. Por otra parte, cabe analizar si por el contrario puede reputarse como una vulneración del derecho a la igualdad la ignorancia de situaciones distintas: el sistema vigente desde el ET80 (ver en el Capítulo II el epígrafe 3.2) establece un sistema de indemnizaciones legalmente fijadas en atención únicamente a cuatro

⁵⁰ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, cit., pág. 21.

parámetros: el tipo de contrato –que determina el factor indemnizatorio–, el tiempo de prestación de servicios, el salario últimamente percibido y la causa y calificación jurídica del despido. Así, dos trabajadores con la misma antigüedad e idéntico salario que son despedidos por la misma causa recibirán exactamente la misma indemnización legal, sin importar cuál es el daño real que padecen, que al margen de percepciones subjetivas (valor emocional) estará relacionado con su capacidad para encontrar un nuevo empleo y la calidad del mismo, así como con circunstancias personales y familiares de muy distinta clase, que hasta el citado ET80 sí que eran tenidas en consideración, al menos en el caso de que el despido fuera calificado como antijurídico (“injusto” hasta 1956 e “improcedente” desde entonces).

B.- La igualdad y las diferentes consecuencias de la terminación en cada contrato

El esquema general de indemnizaciones (vid. infra Capítulo IV.- 1.2.1.-) que se aplica en nuestro ordenamiento establece un tratamiento homogéneo para todos los trabajadores en lo que se refiere a dos de los tres factores que componen el mecanismo de cálculo de la cuantía de aquella, cualquiera que sea la razón por la que el empresario decida terminar el contrato. La diferencia radica, al margen de los costes fijos y los implícitos, en lo que en esta investigación se califica como factor indemnizatorio. La distinción, cuando se refiere simplemente a la causa de la terminación y no al tipo de contrato, no plantea en principio particulares problemas: no cabe hablar de igualdad entre los trabajadores que violan gravemente sus obligaciones contractuales (despido disciplinario), quienes ven extinguido su vínculo laboral por una razón objetiva legalmente establecida en aras de otro derecho o interés constitucional (despido por causas objetivas) y quienes, sin que concurra razón legal suficiente, se ven privados de su empleo (despido improcedente): el Tribunal Constitucional así lo reconoció expresamente en el ATC 429/1983, de 28 de septiembre⁵¹. Y es que, como reiteradamente ha señalado, lo que garantiza el art. 14 CE no es la igualdad de trato absoluta, sino las diferencias de tratamiento legal que sean injustificadas por no ser razonables, correspondiendo con carácter general al legislador determinar los motivos que estime adecuados para otorgar diferencias de trato, sin más límites que los derechos y principios que establece la propia Constitución (entre otras, STC 34/1981, de 10 de noviembre).

⁵¹ Literalmente afirmó que “No resulta así irrazonable que se haya establecido una gradación en los efectos de las causas de extinción ajenas a la voluntad del trabajador, constituyendo diversos grupos que podrían ser: las causas de extinción ajenas a la voluntad del trabajador que suponen además un incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del empresario; las causas de extinción ajenas a la voluntad del trabajador, centradas en la imposibilidad objetiva o dificultad de continuar con la actividad de la empresa (fuerza mayor y causas económicas y tecnológicas); y las causas de extinción ajenas a la voluntad del trabajador y centradas en la imposibilidad subjetiva o en el ejercicio de derechos del sujeto (muerte, incapacidad o jubilación)”.

En el mismo sentido, puede entenderse que la diferenciación entre las consecuencias extintivas en los casos de finalización legítima de contratos temporales e indefinidos no puede ser atacada por la vía del art. 14 CE. Es cierto que en ambos casos se produce una terminación del contrato de trabajo decidida unilateralmente por el empresario, generalmente por no necesitar más los servicios del trabajador en cuestión⁵², pero las situaciones son claramente heterogéneas: mientras que en caso de los contratos de duración determinada la desaparición de la necesidad del trabajo – cuando esta es la razón del contrato– es inherente a la naturaleza del vínculo y es una condición previamente concretada u objetivamente contrastable, en los contratos indefinidos se trata de una circunstancia sobrevenida que afecta a la vida de una relación pactada para durar, valga la redundancia, indefinidamente. Evidentemente, desde la señalada capacidad que el Tribunal Constitucional atribuye al legislador para establecer los colectivos sometidos a regímenes diferenciados, nada obstaría para que se suprimiera esta distinción indemnizatoria, lo que a la vista de los fracasos en la lucha contra la dualidad (vid. epígrafe 4 del Capítulo II) y los perniciosos efectos de esta sobre la economía y los trabajadores (vid. epígrafe 2.2 del Capítulo I) podría tener efectos positivos.

El verdadero problema relativo a la igualdad se plantea cuando los trabajadores son contratados bajo la vigencia de las mismas normas, pues la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados a situaciones nacidas en distinto momento no puede calificarse como discriminación. El Tribunal Constitucional ha reiterado que el principio de igualdad ante la ley no obsta a la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico, de modo que las diferencias derivadas de los cambios normativos y el paso del tiempo quedan fuera de la protección del art. 14 CE⁵³. Es el caso de los contratos indefinidos de Fomento del Empleo, con factor indemnizatorio de 33 días sólo para el supuesto de que el despido por causas objetivas fuera improcedente, en los que se planteaba una doble diferencia de trato: por una parte, en relación a los trabajadores con contrato indefinido ordinario, y por otra con los trabajadores que bajo el CFCI fueran despedidos por causas disciplinarias y la decisión empresarial fuera igualmente considerada improcedente, pues en ambos casos el factor indemnizatorio se elevaba al máximo legal (45).

⁵² En realidad, tres de las cinco causas contempladas en el art. 52 ET responden a la pérdida de utilidad de la prestación de servicios: aunque se califican como “objetivas” sólo indirectamente afectan al objeto del contrato, pues están referidas (directa o indirectamente) a la capacidad del trabajador para realizar las funciones: incapacidad sobrevenida, falta de adaptación al puesto o excesivo absentismo. En estos casos es posible que el puesto de trabajo siga siendo necesario en la estructura organizativa de la empresa, pero el trabajador ya no puede satisfacer la necesidad de ésta.

⁵³ En este sentido, SSTC 119/1987, de 9 de julio, 88/1991, de 35 de abril, 38/1995, de 13 de febrero y más recientemente la STC 122/2008, de 20 de octubre.

En la primera de las relaciones, esto es, la especialidad del CFCI respecto del ordinario, la constitucionalidad resulta sencilla de salvar conforme a la amplia capacidad que el Tribunal Constitucional ha atribuido al legislador, de acuerdo con la finalidad del RD-L 8/1997 que creó esta figura. Debe tenerse en cuenta que la STC 6/1984, a la que ya se ha hecho referencia, convalidó la constitucionalidad de la reducción de la indemnización por despido improcedente en el caso de las empresas de menos de 25 trabajadores en un 20%; entendió el Tribunal que esta minoración “se hace con la finalidad de proteger a la pequeña y mediana empresa, en conexión con una consideración global de la crisis del empleo y de la forma de salir de ella, según quedó puesto de manifiesto en el debate del Congreso sobre el ET, finalidades que en sí mismas no pueden calificarse de contrarias a la Constitución, en cuanto conectan con la potestad legislativa del Estado para la ordenación de la economía (arts. 38 y 53.1 de la Constitución) y para regular distintas relaciones de trabajo con un régimen diverso (art. 35.2), e incluso con las características del Estado Social de Derecho (art. 1), en el que pueden incluirse sin violencia los fines a que responde la regulación legal”. Añade el Tribunal que si se tratara de una indemnización fijada en relación al perjuicio evidentemente sufrido por el trabajador, la medida sí sería discriminatoria por arbitraria, pero que tratándose de una “cantidad fijada ex lege, que atiende a finalidades globales de política social y económica” y siendo razonables los objetivos, debe calificarse como proporcionada. En el mismo sentido, la STC 95/1985, de 29 de julio, consideró ajustadas a derecho las prejubilaciones pactadas en convenio con compromiso de contratación, pues cumpliéndose ciertas garantías en defensa de los afectados relativas a su derecho a pensión, se trata de una cláusula de solidaridad adecuada a los fines de creación de empleo.

La lectura de ambas resoluciones, unido al objetivo de creación de empleo –con independencia de la eficacia posterior de la medida– del RD-L 8/1997 (y posteriormente el RD-L 5/2001) en colectivos con particulares dificultades de empleabilidad supone una justificación razonable y suficiente para sostener la constitucionalidad de los CFCI⁵⁴. El hecho de que se incentive la contratación mediante la reducción de la sanción por una conducta antijurídica (pues no puede calificarse de otro modo el despido improcedente) no obsta a esta conclusión, pues como se ha expuesto precisamente ése fue el caso de las empresas de menos de 25 trabajadores en el ET80, y se entendió que tal medida se ajusta al texto constitucional⁵⁵.

Mayores complejidades presenta –a pesar de no haber planteado especiales problemas en la práctica, dada la ausencia de sentencias sobre la cuestión– la

⁵⁴MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., “El contrato indefinido para el fomento de del empleo”, cit., págs. 19-20.

⁵⁵ En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J., “Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida”, cit., pág. 160.

diferencia de trato entre trabajadores bajo el mismo régimen contractual (el CFCI) según cual sea la razón alegada por el empresario para despedirlos, cuando esta no existe: la calificación de improcedencia supone precisamente la constatación de que no concurre ninguna causa de las legalmente previstas para terminar el contrato de trabajo, por lo que ciertamente existe un trato distinto a dos situaciones idénticas; como se ha dicho, de forma quizá algo exagerada “dependiendo de la mentira, el despido tiene un mayor o menor coste económico”⁵⁶. La única diferencia es una declaración de hechos (la causa) que no se llegan a acreditar, por lo que queda a discrecionalidad del empresario, lo resulta ciertamente poco razonable, y es posiblemente insuficiente para superar el canon de igualdad. La importancia de este debate no desaparece con la generalización del factor indemnizatorio de 33 días y la derogación expresa de la DA 1ª L 12/2001 por el RD-L 3/2012, pues los efectos potencialmente discriminatorios siguen produciéndose: la DT 6ª L3/2012 mantiene las consecuencias de la indemnización por despido disciplinario improcedente de los CFCI iguales a los de los contratos ordinarios, esto es, bajo el régimen de la DT5ª L3/2012 (vid. infra Capítulo IV.- 4.3.3.-)

C.- La igualdad excesiva: la homogeneidad de indemnizaciones

Es cierto que de las circunstancias valoradas por el legislador puede derivarse en cierta medida el daño que sufre el trabajador: el tiempo de servicio puede entenderse como un indicador del capital humano específico que el trabajador ha adquirido y que no podrá usar en otra empresa, perdiéndolo con el despido, siendo el salario el indicador del valor del trabajo que se pierde⁵⁷. No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado en la ya citada STC 6/1984 que “no guarda una relación de identidad con los perjuicios que pueda sufrir el trabajador como consecuencia del despido improcedente y de que el empresario opte por la no readmisión. Se trata de una indemnización *ex lege*, valorada en función de los criterios mencionados, que no toma en consideración de forma expresa el tiempo necesario, o la dificultad para encontrar otro puesto de trabajo, ni se calcula en función de estos datos. En consecuencia, debemos concluir que la indemnización a cargo de la empresa se concibe como una cantidad que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, y que opera (si bien *ex lege*) de modo similar a la cláusula penal en los contratos cuando no se le da otro carácter, es decir, como una suma que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia de despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos”. Resulta por tanto evidente que –con algunas salvedades que se verán más

⁵⁶LAHERA FORTEZA, J., “Las paradojas del despido libre pagado”, cit., pág. 48.

⁵⁷ Esta cuestión se trata más ampliamente en el Capítulo siguiente, al tratar los elementos que conforman la fórmula indemnizatoria.

adelante (Capítulo IV.- 1.1.2.-B.-)– no tienen cabida en el cálculo de su importe otros aspectos que pudieran servir para individualizar el perjuicio sufrido, tales como las cargas familiares o la dificultad para encontrar un nuevo empleo, que por otra parte tampoco son extrañas a nuestro derecho⁵⁸.

Es doctrina constante desde los años ochenta del pasado siglo hasta las más recientes resoluciones de este tribunal, que no existe un derecho a la diferencia, o en palabras del propio tribunal, “lo que habría de llamar «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito del artículo 14 de la Constitución”⁵⁹. La construcción de la tutela del derecho a la igualdad requiere un *tertium comparationis*, pues se trata de un concepto relacional, lo que requiere una diferencia entre los elementos comparados⁶⁰, por lo que esta mal llamada discriminación⁶¹ no tiene cabida en el art. 14 CE. No obstante, debe señalarse que sin abrir la vía a esta protección el Tribunal Constitucional sí que ha considerado –en contadas ocasiones– la inconstitucionalidad de disposiciones por establecer un tratamiento homogéneo o por no contemplar circunstancias específicas. Así, en el caso de las “leyes al por mayor”⁶² o las “ficciones legales”⁶³ que impiden valorar las circunstancias específicas de cada situación, puede producirse, a juicio del Tribunal Constitucional una violación de la interdicción de la arbitrariedad, tutelada por el art. 9.3 CE.

En particular, debe destacarse la STC 181/2000, de 29 de junio, en la que expresamente se analizaba una indemnización legalmente tasada –la relativa a la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación– que contaba (y cuenta) con un grado de detalle infinitamente superior al elegido por el legislador en el caso de las indemnizaciones por despido. En ella se

⁵⁸ Como se ha expuesto en el Capítulo II, durante mucho tiempo se permitió al juez tener en cuenta estos aspectos, así como otros que permitieran valorar el perjuicio efectivo.

⁵⁹ La expresión entrecomillada procede de la STC 86/1985, de 10 de julio. La misma idea se ha mantenido invariable en la jurisprudencia constitucional hasta la más reciente STC 175/2012, de 15 de octubre. Un recorrido por las diferentes sentencias sobre esta materia, así como un estudio más amplio sobre la discriminación por indiferenciación, pueden verse en mi trabajo GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto?: igualdad y no discriminación en la indiferenciación”, *Justicia Laboral*, 36, 2008. De él se toman algunas de las ideas aquí expuestas, por lo que al mismo me remito para un desarrollo más amplio.

⁶⁰ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 11, 1991, pág. 14.

⁶¹ Tras un uso inicial del término “discriminatorio” para referirse a cualquier violación del derecho a la igualdad, se ha ido asentando el carácter peyorativo de este término, de modo que solo podrá calificarse de este modo aquella conducta que establezca una diferenciación injusta motivada por razones que son tenidas por especialmente odiosas (RODRÍGUEZ-PÍNERO Y BRAVO-FERRER, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 156-157). Resultan más apropiadas otras expresiones como “desigualdad por un exceso de igualdad” (STC 135/1994) o “desigualdad por suprainclusividad”, atendiendo a la indebida inclusión en una norma de supuestos a los que no da una respuesta adecuada (RUÍZ MIGUEL, J. A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Luis García San Miguel [dir.], *El Principio de Igualdad*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2000, pág. 167).

⁶² En expresión tomada de CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 20, 60, 2000.

⁶³ Término empleado en PULIDO QUECEDO, M., “Las ficciones legales prohibidas por la constitución como forma de legislación”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 2, 2000.

afirmó que “la fórmula utilizada para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del «quantum» indemnizatorio, dado que el legislador parte de la premisa indeclinable de que ya ha tenido en cuenta toda clase de contingencias, incluidas las excepcionales, para establecer su tasada valoración, que viene de tal modo a conformar un sistema cerrado de tasación del daño personal, de carácter exclusivo y excluyente”. Por ello, continúa el Tribunal razonando que al no permitirse individualizar el perjuicio se “establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución”.

Al margen de las críticas que pudieran hacerse a este razonamiento y a la exclusión de la protección del trato diferenciado en el art. 14 CE⁶⁴ –susceptible de amparo constitucional, a diferencia del principio utilizado– el tribunal abre una vía para la inconstitucionalidad de tratamientos legales arbitrariamente idénticos que ignoran diferencias relevantes. Debe matizarse que lo que se estimó inadmisibles no es la propia utilización de baremos, que como ha señalado la doctrina no supone necesariamente una limitación del derecho al resarcimiento del daño en término medio, sino tan sólo una reducción de su variabilidad⁶⁵, sino que en los supuestos en los que existiera culpa del causante de un daño, la víctima tuviera que soportar parte del mismo, por impedir la ley entrar al juez a su valoración.

La traslación de la doctrina constitucional al ámbito de las indemnizaciones por despido no supone, ni mucho menos, sostener la absoluta oposición de las mismas a la Constitución, pero sí matizar su alcance. En los casos en los que el causante del perjuicio –el empresario que despide– actúa conforme a derecho o al menos de buena fe, la ponderación de intereses públicos y privados en juego es suficiente justificación para tasar los costes de despido. Debe tenerse en cuenta que, como se ha expuesto más arriba⁶⁶ la seguridad jurídica –tutelada por la CE– cuando se ve atacada por la impredecibilidad del coste del despido afecta al valor del puesto trabajo, y

⁶⁴ Como señala con acierto CAAMAÑO, la diferenciación entre igualdad e interdicción de la arbitrariedad se construye en la jurisprudencia constitucional de un modo circular, pues “acude al principio de interdicción de arbitrariedad para declarar la inconstitucionalidad de una norma que, en una materia sensible y sin justificación razonable alguna, impide hacer valer en un proceso el derecho a la diferencia, es decir, a poder probar ante el aplicador de la norma que, a pesar de la previsión general contenida en el baremo, los perjuicios patrimoniales efectivamente padecidos como consecuencia de la incapacidad temporal sufrida, son distintos, por lo que también distinta habrá de ser su cuantificación” (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “Leyes al por mayor...”, cit., pág. 285). La interdicción arbitrariedad es un elemento esencial en la construcción de la tutela de igualdad generalizado en los Tribunales constitucionales, como se expone en MERCADER UGUINA, J. R., “El marco teórico del principio de igualdad”, en Luis Enrique Villa Gil, Lourdes López Cumbre (dirs.), *Los principios del derecho de trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, pág. 238.

⁶⁵ PINTOS AGER, J., “Baremos”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2000, pág. 3.

⁶⁶ Vid. en el Capítulo I el epígrafe 1.2.5

consecuentemente al nivel de empleo, de modo que aun cuando existiera una potencial afección del derecho al trabajo (art. 35 CE), se trataría de una política orientada al pleno empleo (art. 40 CE).

De este modo, el posible problema constitucional, aun cuando no ha sido reconocido como tal por la jurisprudencia –ni siquiera se ha planteado aún su discusión– podría radicar en el caso de los despidos formalmente amparados en una de las causas legales pero sin imbricación real en las mismas. En estos casos, se trataría de una decisión dolosamente ilícita –el empresario actuante es plenamente consciente de que los hechos que alega como causa no existen en la realidad–, que producen un daño –pérdida del empleo, ingresos futuros, perjuicio social...– que la víctima soporta por imperativo legal. Ya sea desde la perspectiva de que este supuesto es en realidad una laguna legal, una realidad no regulada⁶⁷, ya sea desde la comprensión de que, igual que en el supuesto analizado en la STC 181/2000, es arbitrario tratar del mismo modo el daño que se produce al trabajador despedido por un causa real pero insuficiente⁶⁸, la imposibilidad de analizar el daño efectivo en estos supuestos extremos plantea serias dudas⁶⁹.

No obstante, cabe oponer a esta argumentación dos razones que permitirían defender la legitimidad de la medida⁷⁰: incluso en caso de falsedad absoluta de los hechos, el potencial perjuicio al trabajador es mayor cuando además de ser privado de su empleo es acusado de una falta grave de conducta, con lo que la distinción tendría justificación suficiente. Además desde una lógica finalista, teniendo en cuenta el coste global del despido, puede entenderse que es un mecanismo para fomentar el uso del despido objetivo frente al disciplinario, dada la ausencia de preaviso en este último.

2.3.3.- La aplicación en el tiempo: derechos adquiridos y retroactividad

La naturaleza esencialmente duradera de la relación laboral plantea el importante problema de la aplicación de las reglas en el tiempo, pues las sucesivas reformas, que como queda claro de la lectura de los anteriores capítulos no han sido pocas, pueden afectar a relaciones vivas cuyos efectos seguirán produciéndose: el tránsito del derecho antiguo al nuevo planta siempre el problema de hasta qué punto este último debe apoderarse de las situaciones jurídicas nacidas bajo el anterior, para adaptarlas al

⁶⁷ Construida con acierto en relación a los baremos antes citados de la Ley de Ordenación de Seguros privados por RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995”, *La Ley*, 1, 1997, pág. 1974.

⁶⁸ Puede tratarse de una falta de comportamiento que no tiene la gravedad suficiente para el despido o de una situación económica adversa que no tiene suficiente entidad para justificar un despido conforme a la legislación vigente en cada momento.

⁶⁹ Esta postura ya la mantuve, con mayor grado de desarrollo, en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Lógica y alcance de la indemnización por despido improcedente”, cit., pág. 53 y ss.

⁷⁰ Ambos tomados de CRUZ VILLALÓN, J., “Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida”, cit., pág. 166 y ss.

nuevo régimen jurídico⁷¹. En este sentido, es necesario determinar el alcance de la interdicción de la irretroactividad de las disposiciones no favorables y los efectos que la seguridad jurídica –ambas con rango constitucional ex art. 9 CE– despliegan sobre el contrato de trabajo ante un cambio normativo. Debe tenerse en cuenta que, dada la naturaleza sinalagmática de la relación derivada del contrato de trabajo, casi cualquier cambio normativo será favorable para una de las partes y perjudicial para la otra, por lo que el alcance de esta norma es potencialmente elevado. Además, incluso en una interpretación más moderada de la retroactividad, la garantía de seguridad jurídica hace entrar en juego la protección de los derechos adquiridos y la prohibición de la privación arbitraria de los mismos.

El Tribunal Constitucional ha establecido en múltiples resoluciones una interpretación ciertamente restrictiva de la prohibición de retroactividad como límite al legislador, pues como ya señaló en la STC 27/1981, de 29 de julio “el Ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado”. Así, se rechaza expresamente la “huidiza teoría de los derechos adquiridos”, entendiéndose que los derechos individuales, conforme al art. 9.3 CE, no pueden ser restringidos retroactivamente. La construcción de los límites a la retroactividad –excepcionales por cuanto que la Constitución defiende un modelo de cambio social⁷²– se ha reconducido a “los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores” (STC 42/1986, de 10 de abril, citada por la anterior), de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir”.

Resulta necesario determinar cuando nace el derecho a la indemnización por despido, pues ello tendrá relevancia a la hora de determinar el potencial efecto retroactivo de cualquier reforma, con lo que eventualmente podrá suponer un límite al legislador⁷³. Una primera postura supone calificarla como un derecho de devengo constante desde el inicio de la relación laboral, sometido a una condición novatoria o extintiva. Desde esta perspectiva, el trabajador generaría día a día el derecho a la máxima indemnización prevista en la ley, pero si la terminación del contrato se produce por las causas objetivas legalmente establecidas se vería reducido (condición novatoria), y en caso de producirse la extinción por motivos diversos al despido improcedente (despido disciplinario procedente, dimisión, jubilación, incapacidad...) éstas actuarían como condición extintiva, haciendo desaparecer el derecho a la

⁷¹GARCÍA VALDECASAS, J. G., “Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”, *Anuario de derecho civil*, vol. 19, 1, 1966, pág. 46.

⁷²GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, 1987, pág. 311.

⁷³*Ibid.*, pág. 52.

indemnización. En caso de defenderse esta postura, cada día de antigüedad –o más propiamente cada año prorrateado por meses, en la interpretación que se ha dado a esta expresión⁷⁴– constituirá una situación consolidada (modificable al finalizar el contrato por su propia naturaleza) que resultará intangible para el legislador.

La segunda postura, más acorde con el significado literal del derecho –una indemnización no es otra cosa que el resarcimiento de un daño o perjuicio, de modo que difícilmente nacerá antes de la producción efectiva de éste–, será la de entender que la cantidad recibida por el trabajador responde al perjuicio actual de pérdida del puesto de trabajo y al futuro de no poder trabajar, valorado todo ello conforme al baremo tasado por el legislador. En este caso, la deuda no nace –con independencia de los criterios que se tomen en consideración para la determinación de su valor– hasta que se produce el daño, que no es otro que la pérdida del empleo.

La opción por uno u otro criterio, sin cambios legislativos de por medio, resulta irrelevante desde la perspectiva laboral, pues no afecta a la cuantía de la indemnización, con lo que no es un asunto que se haya planteado ante los tribunales de este orden jurisdiccional; de hecho, en los casos de las reformas más recientes, tanto cuando se incrementó la indemnización por la terminación de determinados contratos temporales como cuando se redujo la indemnización por despido improcedente, la norma expresamente declaró que sus efectos únicamente se producirían hacia el futuro.

En relación a los contratos de duración determinada, el RD-L 10/2010 (y la posterior L 35/2010) añadió al ET la Disposición Transitoria decimotercera, de modo que el incremento desde los ocho a los doce días de factor indemnizatorio se produciría gradualmente, incrementándose a razón de un día por año desde 2012 hasta la plena aplicación de la norma en 2015. Además, toma como referencia la fecha de nacimiento del vínculo, con lo que el legislador parece estar optando por considerar que el devengo de la indemnización se produce durante la relación, de tal modo que la terminación por causa distinta al cumplimiento del término o finalización de la obra o servicio operaría como relación extintiva.

De la misma manera, el RD-L 3/2012 (con regla mantenida tras la tramitación parlamentaria en la L 3/2012), al reducir la indemnización por despido improcedente a 33 días de salario por año de servicio y rebajar el tope máximo de indemnización, lo hace para todos los contratados, no sólo hacia el futuro. Sin embargo la disposición transitoria quinta parece acoger también el criterio de devengo desde el inicio de la

⁷⁴ Vid. *Infra*. Capítulo IV.- 3.2.-

relación, al mantener el eventual derecho, o al menos la fuerte expectativa⁷⁵, de los trabajadores contratados antes de la reforma, cuya indemnización se calculará con una doble regla: conforme a la previamente vigente para el periodo transcurrido hasta el 11 de febrero de 2012, y de acuerdo con la nueva (y menor) indemnización a partir del día siguiente, que es precisamente el de la entrada en vigor del RD-L 3/2012. Por el contrario, en relación a los salarios de tramitación –que conforme a la doctrina sentada por las SSTs de 14 marzo 1995(R^o 2930/1994) y de 18 de abril de 2007 (R^o1254/2006) tienen naturaleza indemnizatoria⁷⁶–, dado que su devengo se producía desde el hecho extintivo hasta la declaración o reconocimiento de improcedencia, resulta claro que no puede haberse generado derecho anterior alguno que pueda producir sus efectos más allá de la nueva norma⁷⁷.

En sentido opuesto, al margen de los supuestos para los que el RD-L 3/2012 no ha previsto un régimen similar (altos cargos en entidades de crédito y sector público estatal)⁷⁸, puede señalarse el RD-L 8/1997 donde, al regularse por primera vez el CFCL, tras preverse la evaluación del mismo a los efectos de mantener o suprimir su existencia transcurridos cuatro años desde su entrada en vigor, se indica que la indemnización por despido improcedente de 33 días de salario por año de servicio se aplicará “salvo que sea expresamente por disposición legal al efecto” (DA 1^a.7), con lo que claramente se muestra cómo el legislador, al menos en esta ocasión, no entiende que la modificación de la cuantía indemnizatoria de contratos en vigor no supone vulneración alguna del principio de irretroactividad, lo que no estuvo exento de críticas doctrinales⁷⁹.

⁷⁵GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 370.

⁷⁶Señala la primera de las resoluciones que estas indemnizaciones tienen por objeto “compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente”, pues el contrato de trabajo ya está extinguido por la decisión empresarial, lo que impide atribuirles la condición de salario.

⁷⁷ La jurisprudencia posterior a la reforma, en ausencia de reglas específicas, ha considerado que los salarios de tramitación sí que se aplican a despidos producidos antes de aquella, de modo que siguen generándose aunque la declaración de improcedencia tenga lugar en un momento posterior: así, entre otras, SSTSJ de Extremadura de 28 de junio (R^o 263/2012) y de 29 de noviembre de 2012 (R^o 462/2012), STSJ de Andalucía, Sevilla de 10 de mayo de 2012 (R^o2579/2011), STSJ de Castilla y León, Burgos, de 28 de marzo de 2012 (R^o123/2012), STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2012 (R^o2899/2012) o STSJ de País Vasco de 21 de febrero de 2012, (R^o221/2012). En contra, esto es, entendiendo que lo relevante para el devengo de los salarios de tramitación es la legislación vigente en el momento de calificación del despido, se produjeron algunas resoluciones en primera instancia, como la SJdS n^o2 de León de 20 de febrero de 2012(P^o 937/2011) .

⁷⁸GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 370.

⁷⁹ Indica DEL REY GUANTER que “nos atreveríamos a plantear dudas de que una norma estatal, sin más, pudiera contemplar una nueva normativa sobre despido que fuera de eficacia retroactiva respecto a los contratos firmados bajo el RD-L 8/1997”, añadiendo que “sería más congruente con la seguridad jurídica” la intagibilidad de las relaciones nacidas al amparo de esta norma, aunque no llega a afirmar expresamente la inconstitucionalidad de la norma que así lo hiciera (DEL REY GUANTER, S., “El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, cit., pág. 141).

Por el contrario, desde una perspectiva de derecho civil, la jurisprudencia sí que ha tenido que ocuparse del momento de nacimiento del derecho a la indemnización a los efectos de atribuir naturaleza ganancial a la indemnización recibida por uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad, pero incluyendo en el tiempo de servicio usado como módulo o factor años en los que el trabajador era parte de aquella sociedad. Las consecuencias aquí son cruciales: si se estima que el derecho a la indemnización se perfecciona de un modo continuo, la indemnización tendrá naturaleza ganancial aun cuando la extinción del contrato sea posterior a la de la sociedad conyugal. Si por el contrario se entiende que el derecho nace única y exclusivamente al terminar el contrato el resultado será el opuesto.

La STS (1ª) de 29 de junio de 2005⁸⁰, ratificada por la de 15 de diciembre de 2005 (Rº 1701/1999), afirma que la razón por la que se satisface la indemnización es la pérdida del trabajo, no atendiendo al pasado sino mirando al futuro; entiende esa Sala de lo Civil que la indemnización por despido, como lo sería una indemnización empresarial por jubilación anticipada⁸¹, es un bien adquirido en el momento que nace el derecho al cobro de la misma, y no devengado durante la permanencia del trabajador en la empresa. Las STS (1ª) de 18 de marzo de 2008 (Rº 82/2001) y de 28 de mayo del mismo año (Rº 5198/2000) aunque *obiter dicta* parecen sostener un criterio opuesto, por cuanto que tras reconocer el carácter ganancial de la indemnización por un despido producido durante la vigencia de la sociedad pero abonado tiempo después –al declararse la improcedencia judicialmente– trata de matizar su naturaleza al afirmar que “*a la vista de que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales*” aplicando por analogía la regla prevista para las pensiones de viudedad en la DA 10, 1ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio y el art. 174.2 LGSS.

El criterio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo parece entender que lo determinante para la calificación de la indemnización es el momento del despido, que es en el que entiende que nace el derecho al cobro; a pesar de ello en algunas resoluciones hace referencia a la eventual naturaleza ganancial fraccionada en función del tiempo de coincidencia de la sociedad de gananciales y la relación de trabajo,

⁸⁰ Rº 48/1999.

⁸¹ Como ya había señalado la STS (1ª) de 22 de diciembre de 1999 (R2 2905/1995), aunque sin definir con precisión la naturaleza de la indemnización, por cuanto que entiende que tanto si resarce por un perjuicio a un derecho inherente a la persona –y por tanto privativo cualquiera que sea el momento en que se devengue– como si atiende a la pérdida de salarios futuros posteriores a la disolución de la sociedad, la solución en el caso analizado sería idéntica.

aunque debe destacarse que sólo se hace esta mención en casos en que no se aplica por ser íntegramente ganancial⁸².

Este criterio parece ser el más razonable por cuanto que, como señala la propia Sala de lo Civil, no retribuye el trabajo pasado, sino que atiende al perjuicio de no poder obtener los ingresos derivados del mismo en el futuro, como consecuencia de un daño que sólo él sufre. El cómputo de la indemnización en función de la antigüedad no supone lo contrario, como demuestra que el salario de referencia (*vid. infra* Capítulo IV.- 3.1.-) es el actual y no pondera el existente en cada uno de los periodos pasados. No existe por tanto derecho o expectativa protegida desde una perspectiva constitucional, del mismo modo que tampoco la tiene el empresario. Queda así en manos del legislador la posibilidad de reducir o aumentar las indemnizaciones, sin que ninguna de las dos partes pueda entenderse expropiada. Ello no supone, por supuesto, que sea contraria a la constitución la regulación que, como hace el RD-L 3/2012, atienda a la expectativa de indemnización hasta su fecha, pero se trata de una opción de política legislativa y no de un imperativo constitucional.

Este razonamiento, por otra parte, se ve reforzado por la práctica no controvertida de aplicar las causas de despido vigentes en el momento de la extinción, y no las que establecía la legislación en el momento del nacimiento de la relación jurídica. La ampliación de los supuestos en que el empresario puede terminar lícitamente con el contrato de trabajo supone un ataque mucho más intenso a las expectativas de estabilidad en el empleo que el importe de la indemnización: con mayor facilidad podría entenderse que esa mal llamada retroactividad⁸³ de grado mínimo, débil o impropia –la que afecta a los actos que se producen después de su entrada en vigor, con independencia de que la relación jurídica sobre la que generan sus efectos sea previa⁸⁴– restringe derechos individuales (en concreto el derecho al trabajo) que la reducción del importe de una indemnización fijada discrecionalmente por el legislador.

⁸² Así, las SSTs de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007/1632) y de 18 de junio de 2008 (R° 997/2001), referidas ambas a pagos relacionados con la extinción del contrato de trabajo producida después de disuelta la sociedad de gananciales, niegan el derecho del cónyuge del trabajador sobre esas cantidades.

⁸³ La retroactividad, en sentido técnico jurídico, no es otra cosa que “la atribución a una norma o a un hecho de los efectos que habría producido de haber estado vigente aquella o haber existido éste en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho” (GARCÍA VALDECASAS, J. G., “Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”, cit., pág. 47.) con lo que difícilmente puede calificarse como tal la aplicación de una ley a sucesos acaecidos durante su vigencia.

⁸⁴ VERDERA IZQUIERDO, B., *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 91.

3.- LÍMITES DE DERECHO COMUNITARIO

3.1.- El despido en los tratados constitutivos

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y comúnmente referido como Tratado de Roma⁸⁵, ya hacía referencia en su preámbulo a la mejora constante de las condiciones de trabajo. Esta afirmación se traslada a la parte dispositiva, pues en el Título III de la tercera parte del tratado, en el art. 117, se recoge expresamente el acuerdo para la promoción de este fin, y en el siguiente precepto se habilita a la Comisión para promover la colaboración, entre otras materias, en la relativa al “derecho del trabajo” y “las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores”, lo que ya en 1975 dio lugar a la primera directiva sobre despidos colectivos. Es preciso resaltar, sin embargo, que esta primera versión de los Tratados, no recoge aún menciones expresas a la extinción del contrato, sino que el régimen jurídico comunitario va a ir evolucionado a partir de las políticas impulsadas por la Comisión Europea⁸⁶.

Este tipo de declaraciones genéricas se ha mantenido en las sucesivas versiones de los tratados constitutivos que, como puede fácilmente deducirse, no suponen una limitación directa al legislador nacional en lo referente a la regulación o desregulación del despido, sino tan sólo una habilitación para la intervención de los organismos comunitarios.

El texto vigente del TUE, en su preámbulo, contiene alusiones a diferentes cartas de derechos en las que sí hay referencias a la terminación unilateral del contrato de trabajo. Así, se confirma la adhesión de los Estados miembros “a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989”, mientras que en términos igualmente no imperativos⁸⁷ el art.151 TFUE alude igualmente a dichas cartas, señalando que la Unión y los Estados miembros “tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo”, teniendo “presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican” en aquellas, esto es, parece ser un mero ejemplo.

⁸⁵ El texto oficial sólo está disponible en los idiomas propios de los países firmantes, entre los que no se encontraba España. Se usará en este trabajo la versión auténtica en francés, siendo propias las traducciones.

⁸⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “La intervención de la Unión Europea en materia de despido”, en Jesús Cruz Villalón (dir.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012 ((Tirant Monografías ; 814)), pág. 84.

⁸⁷ MILIONE, C., “¿Es razonable que España no haya ratificado la Carta Social Europea revisada de 1996? Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión”, *Lex Social: Revista de derechos sociales*, vol. 1, 1, 2011, págs. 124-125.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que España ha firmado y ratificado la primera⁸⁸ –la segunda no era más que una declaración política ante la negativa de Reino Unido a suscribirla⁸⁹–, por lo que se incorpora al derecho interno por la vía del art. 96 CE. Si bien no tendrá los mecanismos de tutela del derecho comunitario, sí afectará a la interpretación de los derechos y libertades constitucionales de acuerdo con el art. 10.1 CE, e influirá en la interpretación y aplicación del derecho comunitario en virtud de estas llamadas.

La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, no obstante su falta de aprobación inicial⁹⁰, tiene hoy en día una importancia indirecta mayor, por su incorporación como anexo de eficacia limitada a los tratados, bajo la rúbrica de “Protocolo sobre Política Social”. De esta forma, los once estados firmantes (Estados miembros de la Comunidad Europea, a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) en el Tratado de Maastricht⁹¹ manifestaron su “deseo” de aplicar esta Carta a partir del acervo Comunitario. En sus disposiciones se recoge ya como ámbito de decisión del Consejo (por unanimidad, previa consulta al Parlamento y al Comité Económico y Social) en relación a la “protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral”. Este protocolo, formalmente derogado por el art.2.58 del Tratado de Amsterdam⁹², fue integrado en el texto del articulado (la referencia a la protección de los trabajadores se recogió en el art. 118 en el TCCE en la versión resultante de dicho Tratado de Amsterdam), dentro de la tendencia –o al menos voluntad– de dotar de un mayor equilibrio a la Unión en lo referente a la política social, claramente rezagada en relación a la integración económica⁹³.

En la versión vigente de los Tratados Constitutivos se contiene un mandato expreso a la Unión para que esta apoye y complete la acción de los estados miembros, entre otras materias, en la citada “protección de los trabajadores en caso de rescisión

⁸⁸ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961 (BOE de 26 de junio de 1980); Posteriormente fue denunciado el art. 8 (4) (b), referido a la más que posiblemente inconstitucional (STC 229/1992, de 14 de diciembre) prohibición del trabajo de la mujer en minas subterráneas y otros “que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre” (BOE de 10 de mayo de 1991).

⁸⁹ VILLA DE LA SERNA, P. DE LA, “Las tres «Cartas» Europeas sobre Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 32, 2001, pág. 274.

⁹⁰ En este sentido, fue calificada como un acto de “valor fundamentalmente político y carácter de «pre-derecho»” MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 56, 1992, pág. 852. Esta idea se refuerza en las conclusiones del mismo trabajo (publicado en dos partes): MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores (y II)”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 57, 1993, pág. 61 y ss.

⁹¹ Formalmente “Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992”, cuyo instrumento de Ratificación por España se publicó en el BOE de 13 de enero de 1994.

⁹² Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el BOE de 7 de mayo de 1999.

⁹³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 9, 2009, pág. 19.

del contrato laboral”, con lo que –aunque no se determina el nivel– se está presumiendo la existencia de alguna clase de tutela de los intereses de los trabajadores ante la terminación de su contrato por la voluntad unilateral del empresario.

Con mayor claridad –aunque también huérfana de concreción y necesitada de desarrollo⁹⁴–se aprecia esta tutela la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁵, que en virtud del primer párrafo del art. 6.1 TUE párrafo primero tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y cuyo carácter jurídicamente vinculante se reitera en la primera de las declaraciones anejas al acta final de la conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa en 1997. En ella se contienen dos referencias al despido, una de ellas de carácter general y la otra específica: en el art. 30 de esta Carta, bajo la expresiva rúbrica “Protección en caso de despido injustificado” se afirma solemnemente que “Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”⁹⁶. Una aplicación más precisa de este principio se contiene en el art. 33, en el que se establece una causa específica que necesariamente deberá ser considerada injusta por ese Derecho de la Unión (y consecuentemente por los nacionales), que es toda aquella “relacionada con la maternidad”.

La regulación contenida en los tratados aporta, por todo ello, una limitación al despido poco intensa, que ciertamente no supone una restricción adicional a lo establecido por la CE. La genérica tutela frente al despido injustificado, al no establecerse qué causas puedan ser o dejar de ser razonables, simplemente implica la necesidad de prohibir el despido *ad nutum*⁹⁷, que como se ha visto ya se encuentra incluida en el art. 35 CE. Del mismo modo, la específica prohibición de despedir por causas relacionadas con la maternidad es entendida como discriminatoria por nuestro Tribunal Constitucional por violación del art. 14 CE, con lo que conlleva la sanción de nulidad. Sin embargo, sí que supone importantes consecuencias para el derecho derivado –igualmente vinculante y que necesariamente opera como límite para todos los poderes públicos nacionales, incluido el legislador– pues necesariamente debe informar la iniciativa legislativa de la Comisión⁹⁸

⁹⁴CRUZ VILLALÓN, J., “La intervención de la Unión Europea en materia de despido”, cit., pág. 33.

⁹⁵ Proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (DO C 303 de 14.12.2007), se publicó de nuevo junto con la versión consolidada de los tratados en el DOUE de 26 de octubre de 2012, C326.

⁹⁶ En los mismos términos se recogía en el art. II-90 del fallido proyecto de Constitución Europea.

⁹⁷SAHÚN, M. L. A., “La protección por despido en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 57, 2005, pág. 380.

⁹⁸PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, cit., pág. 24.

3.2.- Las implicaciones del derecho derivado sobre la regulación de la terminación del contrato

3.2.1.- Las directivas de despido colectivo

El derecho derivado de la Unión Europea tiene una naturaleza particular dentro del sistema de fuentes, pues a diferencia de los Tratados Internacionales, no se produce necesariamente con el consentimiento del Estado. Además, constituye un ordenamiento autónomo que se aplica bajo sus propios principios⁹⁹, y a diferencia de otras reglas que operan como límite a la capacidad del legislador a la hora de regular un sistema de terminación de relaciones laborales, contiene aspectos y regulaciones notablemente más concretas. Aunque como toda norma habrá de ser interpretada, la directiva comunitaria –pues esencialmente será esta clase de disposición la que afectará al régimen del despido– no se limita a establecer, como regla general, principios o conceptos jurídicos amplios, como el derecho al trabajo o a un preaviso razonable. La intensidad de su regulación, aunque regida por el principio de subsidiariedad, resulta mucho mayor que la de otras fuentes supralegislativas. Por otra parte, dada la reiterada negativa del TJCE (hoy TJUE) a admitir la llamada eficacia horizontal de las directivas¹⁰⁰ y el carácter eminentemente privado de las relaciones laborales¹⁰¹, su papel es, por naturaleza, el de restringir las capacidades legislativas de los parlamentos nacionales, al guiar el contenido de sus actos normativos.

La norma de derecho comunitario derivado que más directamente afecta al objeto de esta investigación es, sin lugar a dudas, la relativa a los despidos colectivos. La Directiva 75/129/CEE antes mencionada, posteriormente refundida en la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos¹⁰² supone, a los efectos que aquí interesan, un marco de delimitación de la labor legislativa, que no puede ignorarse a la hora de diseñar el sistema jurídico-económico de terminación del contrato de trabajo.

⁹⁹ ALZAGA RUIZ, I., *La Eficacia de Las Directivas Comunitarias en el ámbito Laboral*, Civitas, 2009, págs. 28-29.

¹⁰⁰ Esto es, entre particulares. Conforme al art. 288 TFUE (antiguo art. 249 TCE) “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse”, pero a diferencia del Reglamento no es directamente aplicable entre particulares, que no son sus destinatarios, aun cuando se haya superado el plazo para su transposición. En este sentido, claramente la STJCE del asunto Marshall (nº152/1984, de 25 de febrero de 1986) afirmó que “una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona” (Fundamento de Derecho 48).

¹⁰¹ Aproximadamente un 80% de los asalariados prestan servicios para el sector privado de acuerdo con la EPA. Entre quienes prestan servicios para las distintas administraciones, según el BERCP, únicamente un 23% lo hacen con un vínculo de naturaleza laboral. Aunque no es posible realizar comparaciones directas entre ambas fuentes –la primera es una Encuesta y la segunda un registro administrativo–, una aproximación razonable, aunque necesariamente inexacta, es la que sitúa a los asalariados en el sector privado en torno a un 95% de los trabajadores con régimen laboral.

¹⁰² DOCE de 12 de agosto de 1988.

Esta directiva, que pretende establecer un procedimiento¹⁰³ común de consultas previas al despido pero no afectar a la decisión empresarial¹⁰⁴ acerca de la conveniencia del mismo¹⁰⁵, limita su ámbito de aplicación con un criterio esencialmente cuantitativo¹⁰⁶, pues el objetivo, referido a los “despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, es ciertamente amplio. Al margen de que asume la existencia de un despido causal –pues parte de la existencia explícita de un motivo para la terminación unilateral de contrato de trabajo– el concepto de despido incluido abarca cualquier terminación del contrato decidida por el empresario, a no ser que pueda subsumirse en la excepción (motivos inherentes a la persona del trabajador). Tan sólo se excluyen los contratos temporales –salvo que su terminación no se produzca por el cumplimiento de su objeto o finalización de su plazo–, los sometidos a derecho público y los trabajadores de buques marítimos. Lógicamente, sí que es preciso que el despido sea un acto de voluntad del empresario, aunque esta voluntad venga coercida por las circunstancias, por lo que la extinción contractual producida por el fallecimiento del empresario sin que continúe la actividad queda fuera del ámbito de la directiva¹⁰⁷.

De esta forma, en la interpretación de la directiva el TJCE, “el citado concepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. Tal concepto no exige que las causas subyacentes correspondan a la voluntad del empresario”¹⁰⁸. De esta forma, siempre que la decisión la ejecute el empresario, incluso cuando se deba a causas ajenas a su voluntad –como el cierre judicial de un centro de trabajo¹⁰⁹– se encuentra incluido en el ámbito de aplicación de la directiva, sin que pueda atenderse a la definición nacional de “despido”¹¹⁰, toda vez que el propósito declarado de la norma es precisamente la armonización de los distintos regímenes jurídicos. De la misma forma, resulta irrelevante que la decisión sea tomada

¹⁰³ De hecho, la doctrina ha destacado el carácter eminentemente procedimental de la directiva (CASAS BAAMONDE, M. E., “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea”, en Pablo Aramendi Sánchez [dir.], *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, CGPJ, Madrid, 1996 [Cuadernos de Derecho Judicial], pág. 13; MARTÍNEZ MORENO, C., “Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas precedentes)”, en Joaquín García Murcia [dir.], *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005).

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta”, *Diario La Ley*, 7319, 2010, pág. 4.

¹⁰⁵ STJCE 12 de febrero de 1985, asunto Nielsen (nº 284/83)

¹⁰⁶ MARTÍNEZ MORENO, C., “Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas precedentes)”, cit., pág. 477.

¹⁰⁷ STJCE de 10 de diciembre de 2009, asunto Rodríguez Mayor y otros, núm. 323/08. En este caso, señala el Tribunal, no cabe establecer un procedimiento de consultas o negociación cuando no existe el sujeto que puede iniciarlo.

¹⁰⁸ STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto Comisión c. Portugal, nº 55/02 (§50)

¹⁰⁹ Este supuesto se encontraba, hasta la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, (DOCE de 26 de agosto de 1992), entre las exclusiones expresas.

¹¹⁰ WATSON, P., *EU social and employment law: policy and practice in an enlarged Europe*, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2009, pág. 153.

por el propio empresario o por otra empresa que ejerza el control sobre él (art. 2.4 de la Directiva)

El criterio cuantitativo al que antes se ha hecho referencia puede realizarse, a elección de los Estados, por dos vías: o más de 20 trabajadores afectados en un periodo de 90 días en un mismo centro de trabajo, cualquiera que sea su tamaño, o bien por medio de una escala. Esta será de 10 trabajadores si el centro ocupa más de 20 pero menos de 100 trabajadores, un 10% si emplea entre 100 y 299 trabajadores, y al menos 30 en empresas mayores¹¹¹. Dentro de estos se contabilizarán los despidos individuales producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando éstos sean al menos cinco (art. 1.1, párrafo final)

En los supuestos bajo el ámbito de aplicación se establece la necesidad de operar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores “con vistas a llegar a un acuerdo”, lo que exige que las negociaciones sea efectivas y no meramente nominales. En ellas habrá de tratarse la posibilidad de evitar o reducir los despidos y, en su caso, las medidas que suavicen el impacto de la decisión extintiva. La directiva es relativamente precisa en cuanto al contenido de la información que debe remitirse a aquellos representantes y a la autoridad pública competente. Esta última, además, deberá admitir las eventuales observaciones que le realicen los representantes de los trabajadores.

Por otra parte, la directiva establece un retraso forzoso para la ejecución del despido de al menos 30 días desde la comunicación del “proyecto” a la autoridad pública, si bien las legislaciones nacionales pueden atribuir a ésta capacidad para reducir el plazo o para alargarlo hasta 60 días e incluso “facultades de prórroga más amplias”. La intervención de las autoridades designadas no se regula con detalle, pero sí se exige que aprovechen el plazo “para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados”

Esta directiva resulta evidentemente relacionada con esta investigación; aunque la justificación de la directiva original de 1975 comienza refiriéndose (primer considerando) al interés de reforzar la protección, inmediatamente se constatan las diferencias entre las distintas legislaciones (segundo considerando) añadiendo en el tercer “considerando” el hecho de que estas diferencias pueden tener una incidencia directa en el mercado común. De este modo, conforme al entonces vigente art. 117 TCCE –cuyo contenido se encuentra hoy en el art. 151 TFUE– se busca “conseguir una equiparación por la vía del progreso”. Por ello, no quiere decirse que prime la

¹¹¹ La mayor parte de los países han optado por una escala similar (BARNARD, C., *EC employment law*, John Wiley & Sons, Chichester [etc.], 1995, pág. 387).

perspectiva del coste sobre la protección social, sino que precisamente se trata de evitar que la integración económica genere una necesidad de competir en condiciones laborales a la baja¹¹². De este modo, los costes fijos que supone un despido se homogeneizan: los costes de justificación y consultas (que no suponen transferencia de rentas del empresario al trabajador por lo que no pueden compensarse por vía salarial sin pérdida de eficiencia) y los de preaviso (que teóricamente sí podrían ajustarse por vía contractual) no se convierten en un instrumento de competencia a la baja. La potencial pérdida de eficiencia –si es que existe, pues como se ha analizado en el Capítulo I no hay consenso en la literatura económica– es igual para todos los países miembros, de modo que no supone una pérdida de competitividad interna, e incluso externamente puede compensarse por vía arancelaria. No obstante, debe hacerse notar que ni la Directiva originaria ni la versión consolidada de 1998 hacen referencia alguna al importe de las indemnizaciones que deban recibir los trabajadores, sino que deja esta cuestión a los estados, como hubo de destacar el propio TJCE¹¹³, al margen de que éstos siguen disponiendo de una amplia discrecionalidad para establecer el procedimiento –y consecuentemente los costes extintivos– siempre que respeten los mínimos comunitarios.

3.2.2.- Otras directivas comunitarias de relevancia

La configuración de la Unión Europea como un mercado único, que aspira según sus tratados constitutivos a un cierto nivel de progreso social y a la calidad de vida en el trabajo, determina que sean varios los actos normativos con incidencia en un asunto central de las relaciones laborales como es el despido.

En este sentido, pueden mencionarse las directivas que buscan la igualdad efectiva de todos los ciudadanos en la Unión, proscribiendo cualquier conducta discriminatoria en múltiples ámbitos y particularmente en los relativos al trabajo, exigiendo específicamente la implantación de medidas de tutela “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Así, la generalmente considerada más general a pesar de referirse a supuestos muy concretos¹¹⁴, la Directiva de igualdad de trato¹¹⁵, referida a la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, prohíbe cualquier conducta que atente contra la igualdad por estos motivos en los sectores público y privado, incluidos los organismos públicos en

¹¹²RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta”, cit., pág. 3.

¹¹³ Asunto Rodríguez Mayor (vid nota 107); en el §45 literalmente se afirma que “la Directiva 98/59 no se propone establecer un mecanismo de compensación económica general a nivel comunitario en caso de pérdida de empleo” y más adelante (§56) que “la cuestión del alcance de la indemnización de los trabajadores en caso de extinción de su relación laboral no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva”

¹¹⁴CRUZ VILLALÓN, J., “La intervención de la Unión Europea en materia de despido”, cit., pág. 30.

¹¹⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE de 27 de noviembre de 2000)

relación a distintas materias, entre las que se incluye el despido; igualmente, se establece una protección frente a la terminación del contrato como represalia por el ejercicio de cualquier acción destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 11). En el mismo sentido, el art. 14 de la Directiva de igualdad de trato por razón de sexo¹¹⁶ –que además estableció en su art. 18 la prohibición de limitación de indemnizaciones que motivó la reforma del art. 181 LPL95¹¹⁷– se refiere a este motivo; también lo hace el art. 3 de la Directiva de igualdad racial y étnica¹¹⁸ o en relación a los nacionales de terceros países, a quienes también les es de aplicación el principio de igualdad de trato en sus condiciones de trabajo, entre las que necesariamente se encuentra el despido (considerando 17 de su Directiva¹¹⁹).

En relación con la igualdad, aunque indirectamente, puede citarse la tutela del permiso parental: el punto 5 de la cláusula 4 del Acuerdo (Marco Revisado) sobre esta materia¹²⁰ obliga a los Estados e Interlocutores sociales a proteger al trabajador frente al despido por haber solicitado o tomado un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.

En todo caso, estos aspectos responden a criterios de justicia más que económicos, y no afectan en lo esencial a las decisiones por motivos empresariales relacionadas con el despido; de hecho, la utilización de esta clase de causas para despedir a trabajadores resulta profundamente antieconómica, por cuanto que se prescindirá del talento: tras despedir a un trabajador por cualquiera de las razones protegidas por las diversas directivas de igualdad de trato, el empresario se encontrará necesariamente en una situación peor o marginalmente igual que si hubiera actuado racionalmente, pues el trabajador no es despedido por su rendimiento, sino por razones absolutamente ajenas a lo empresarial. Únicamente en los motivos que puedan tener un efecto en la organización o costes de la empresa –reducciones de jornada, permisos específicos– o en la productividad del trabajador puede tener

¹¹⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE de 26 de julio de 2006). Debe **también** tenerse en cuenta el principio de inversión de carga de la prueba de la Directiva 1997/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DOCE de 20 de enero de 1998). En desarrollo de su alcance *vid.* PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en Jesús Rentero Jover (dir.), *Derechos laborales individuales y colectivos y derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (Cuadernos de Derecho Judicial).

¹¹⁷ Referida más arriba en el epígrafe Capítulo III.- 2.2.-*in fine*.

¹¹⁸ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE de 19 de julio de 2000).

¹¹⁹ Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (DOUE de 23 de diciembre de 2011)

¹²⁰ Aprobado como anexo a la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE de 18 de marzo de 2010.

implicaciones económicas, supuestos estos en los que lo más razonable sería combatir la discriminación por una socialización efectiva del coste (mediante cotizaciones sociales o impuestos), de modo que no se hiciera soportar el mismo al empresario que emplea a la trabajadora embarazada o al trabajador que ejercer derechos de conciliación los costes que ello supone. Por tanto, aunque ciertamente es un límite al legislador –que ya viene determinado en la mayor parte de los casos por otras fuentes nacionales e internacionales de derecho– no genera particulares problemas interpretativos o aplicativos ni restricciones excesivas.

Mayor interés presenta, a los efectos de esta investigación, el tratamiento igualitario que el ordenamiento comunitario dispensa a los trabajadores temporales. En relación a estos, el principio de igualdad de trato se recoge expresamente en la cláusula cuarta del Acuerdo de los interlocutores sociales, aprobado como directiva¹²¹, y se extiende a los empleados puestos a disposición a través de Empresas de Trabajo Temporal, por cuanto que la norma comunitaria que los regula¹²² garantiza a los trabajadores iguales condiciones de trabajo, incluida la remuneración¹²³, que las que tendría si hubiera sido contratado directamente por la empresa usuaria (art. 5). Aunque la igualdad no se extiende a la terminación del contrato –ya se ha expuesto que se les excluye de la directiva sobre procedimiento de despido colectivo– se ha explicado en el Capítulo I como, para que las indemnizaciones por despido no tengan un efecto distorsionador, es preciso que exista plena flexibilidad salarial¹²⁴. En caso de que el legislador nacional establezca un régimen diferenciado de despido para los contratos temporales, la obligación de reconocer iguales condiciones salariales dificultará la eficiencia del mercado de trabajo, distorsionando además las decisiones de contratación (vid en el Capítulo I epígrafe 2.2).

Por último, como aspecto colateral por cuanto que no afecta a la decisión empresarial de despedir, debe mencionarse que existe una obligación de establecer mecanismos que garanticen el cobro “de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno”¹²⁵. La existencia de esta clase de instituciones puede servir para permitir que se alcancen acuerdos eficientes, en relación al juego conjunto de salario e indemnizaciones por despido, pues asegura al trabajador la percepción de estas

¹²¹ 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 (DOCE de 10 de julio de 1999)

¹²² Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DOUE de 5 de diciembre de 2008)

¹²³ Aunque se permite la excepción si el trabajador mantiene su salario entre misiones.

¹²⁴ GÜELL, M., “Fixed-term contracts and unemployment”, cit.

¹²⁵ Art. 3 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Versión codificada) (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 28 de octubre de 2008)

últimas aun en caso de que el empresario no tenga la capacidad económica para hacerlo al término de la relación laboral.

4.- LÍMITES DE DERECHO INTERNACIONAL

4.1.- Las implicaciones de la Carta Social Europea sobre la regulación del despido

Como se ha señalado, la Carta Social Europea de 1961, aunque es citada expresamente por los Tratados Constitutivos de la Unión Europea, no forma parte de los mismos. Su ámbito de aplicación, de hecho, es notablemente más amplio, pues se produjo en el seno del Consejo de Europa y, en la actualidad, 43 de los 47 países que lo integran han ratificado o bien la versión original o bien la revisada de 1996. Respecto de esta última, debe señalarse que España la firmó en 23 de octubre de 2000 pero es uno de los 10 estados firmantes pendientes de ratificación, por los motivos que más adelante se señalarán.

La versión primigenia de la Carta, que con el Primer protocolo adicional¹²⁶ es la actualmente aplicable a España (el segundo¹²⁷ también ha sido firmado y ratificado, pero no ha entrado en vigor por falta de ratificación de varios de los Estados firmantes de la Carta, requisito exigido por el art. 8 del mismo, no así el tercero, relativo al sistema de reclamaciones colectivas) no es demasiado explícita en la regulación del despido: de hecho, la ausencia de mecanismos de protección de la estabilidad en el empleo ha sido calificada como “el vacío más llamativo de la carta”¹²⁸. Son dos los aspectos relacionados con la terminación del contrato de trabajo los que se regulan: se hace una mención a un aspecto colateral y se establece la específica de tutela de la mujer embarazada. Además, sin particular contenido jurídico, el protocolo adicional se refiere al compromiso de tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover la igualdad de sexos en diversas cuestiones, incluida la protección contra el despido (art. 1)

En primer lugar, el art. 4.4 de la Parte II establece, con una ubicación sistemática poco afortunada¹²⁹, dentro del artículo destinado a alcanzar una remuneración equitativa, el derecho al preaviso. Éste se articula como el compromiso de las partes “a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”, respecto del que se indica en el anexo que “esta

¹²⁶ Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 (BOE de 25 de abril de 2000)

¹²⁷ Referido a la reforma del mecanismo de supervisión. Aprobado por el Congreso (BOCG-Congreso de 26 de octubre de 1999) y por el Senado (BOCG-Senado de 7 de diciembre de 1999), y el gobierno procedió a su ratificación junto con el anterior el 24 de enero de 2000, si bien no ha sido publicado en el BOE ante su falta de entrada en vigor.

¹²⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 5, 1, 1978, pág. 60.

¹²⁹ *Ibid.*

disposición se interpretará en el sentido de que no prohíbe un despido inmediato en caso de infracción grave”. Respecto a este punto, las Conclusiones del Comité Europeo para los Derechos Sociales c-14-2-en2, de 30 de noviembre de 1998 declara la no conformidad de la legislación española con el art. 4.4 por establecer un plazo de tan sólo quince días en el caso de trabajadores temporales con contratos cuya duración haya superado el año, pues entiende el Comité que en este supuesto lo razonable habría sido un preaviso en la denuncia del contrato de, al menos, un mes.

La interpretación que hace el Comité de este precepto no es del todo clara, pues la razonabilidad se analiza en términos relativos y, con carácter general, atendiendo a la duración del contrato, de modo que se ha llegado a entender “no conforme” con el tratado un preaviso de ocho semanas para contratos de más de quince años de duración¹³⁰. En todo caso, sí que se ha afirmado que se aplica a todas las categorías de trabajadores, por lo que no puede excluirse a los temporales, e incluso puede resultar de aplicación durante el periodo de prueba¹³¹.

La segunda previsión contenida en la Carta relacionada con el despido se encuentra en el apartado segundo del art. 8, en el que se establece el compromiso de “considerar como ilegal que un empleador despidiera a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante esa ausencia”. Esta prohibición no tiene carácter absoluto, como expresamente indica el anexo de la versión revisada de la carta recogiendo la postura del propio comité¹³² –siendo irrelevante en este punto la falta de ratificación por España–, sino que cabe el despido de la mujer embarazada en tres supuestos: falta grave de la misma, cese de actividades de la empresa o expiración de un contrato temporal. Debe señalarse que, conforme a la estricta interpretación¹³³ que de este precepto hace el Comité, no cabe el despido de la mujer embarazada por causas económicas u otro tipo de supuestos de causa razonable si no suponen el cierre de la empresa, ni tampoco que sea de aplicación el libre desistimiento durante el embarazo, lo que ha supuesto declaraciones de “no conformidad” con la Carta de la legislación española¹³⁴.

¹³⁰ Conclusión c-14-2-en1, 1998, relativa a Irlanda.

¹³¹ EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS, *Digest of the Cass Law of the European Committee of Social Rights*, Council of Europe, 2008, pág. 47.

¹³² Esta postura se ha expresado en diversas conclusiones. Particularmente frente a España, lo hizo en la Conclusión c-9-2-en, publicada el 30 de junio de 1980

¹³³ EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS, *Digest of the Cass Law of the European Committee of Social Rights*, cit., pág. 68.

¹³⁴ Así, la Conclusión C-17-2-en2, publicada el 30 de junio de 2005 se refiere tanto a la posibilidad de que la mujer embarazada vea su contrato terminado en un despido colectivo aunque no cierre la empresa, como a la posibilidad de desistimiento unilateral del empleador familiar en el servicio doméstico, entonces regulado por el RD 1482/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE de 13 de agosto de 1985), hoy sustituido por el RD 1620/2011, de 14 de noviembre (BOE de 18 de noviembre de 2011), con idéntico título y que mantiene el desistimiento como causa de extinción, sin exceptuar a la mujer embarazada.

La Carta revisada de 1996 amplia notablemente este régimen jurídico: en su art. 24 se refiere expresamente al derecho a la protección en caso de terminación del contrato de trabajo. Así, se reconoce el derecho a no ser despedido sin que concurra una justa causa referida a su persona o a las circunstancias (*operational requirements*) del empleador, y en su caso a obtener una compensación económica u otro tipo de resarcimiento. Para ello, se exige que sea un órgano independiente quien revise la concurrencia de la justa causa. Además, el art. 25 establece el derecho a la protección en caso de insolvencia, el art. 27.3 prohíbe que el ejercicio de responsabilidades familiares pueda considerarse causa válida de despido, el art. 28 expresamente ordena “protección efectiva” contra el despido derivado del ejercicio de funciones representativas por los trabajadores y el art. 29 hace referencia a los derechos de información y consulta en caso de despido colectivo. Además, se incorpora por remisión el contenido del protocolo de 1995, que atribuye al Comité una función cuasi jurisdiccional para las partes que se sometan a ella, por cuanto que sus decisiones (con una legitimación activa ciertamente limitada) sólo serán ejecutivas si así lo acuerda el Comité de Ministros, lo que lo convierte en una “justicia retenida”¹³⁵.

La falta de ratificación de esta Carta ha justificado que algunos autores califiquen el compromiso del Reino de España con el Sistema que de ella se deriva como “francamente menor”¹³⁶, como una situación irrazonable¹³⁷ o más suavemente como una situación de “suspense y asignatura pendiente”¹³⁸ a la luz del carácter Social del Estado conforme al art. CE. De hecho, debe destacarse que en el Congreso de los Diputados se han aprobado dos Propositiones no de Ley, ambas por unanimidad, instando al gobierno a proceder a la ratificación¹³⁹. Sin embargo, tanto en el debate parlamentario sobre estas Propositiones como en las respuestas a preguntas escritas de parlamentarios, se han puesto de manifiesto las razones que explican la falta de ratificación. Así, en la toma de posición sobre la primera Proposición no de Ley, el portavoz en comisión del Grupo Parlamentario Socialista –que era el que apoyaba al Gobierno– se indica que aunque existe voluntad de ratificar la Carta revisada “las reticencias o las cuestiones que han provocado el retraso (...) se ciñen especialmente a la dificultad que suponen para la ratificación algunas interpretaciones que lleva a cabo

¹³⁵BELORGEY, J.-M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de derecho político*, 70, 2007, pág. 354.

¹³⁶JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 17, 2009, pág. 15.

¹³⁷MILIONE, C., “¿Es razonable que España no haya ratificado...”, cit., pág. 132.

¹³⁸JIMENA QUESADA, L., “Retos pendientes del estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, 2006, pág. 59.

¹³⁹ Ambas presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco. La primera fue aprobada en sesión de 13 de diciembre de 2010 (BOCG- Congreso de 28 de diciembre de 2010) y la última de más recientemente: en sesión de 26 de febrero de 2013 (BOCG- Congreso de 13 de marzo de 2013).

el Comité Europeo de Derechos Sociales, que no tiene en cuenta únicamente el tenor literal de los preceptos sino también la interpretación que de ellos realiza el propio Comité”¹⁴⁰. Junto a esta crítica no demasiado velada a la interpretación extensiva del contenido de la carta que realiza el Comité –que además evoluciona con el tiempo– las respuestas escritas que más recientemente ha remitido el Gobierno –ahora de signo político distinto– proporcionan argumentos adicionales¹⁴¹. Así, se hace referencia a diversos informes y estudios del “Ministerio de Trabajo y otros departamentos”, primero en 1999 y posteriormente en 2007 y 2009, en el último de los cuales se dice que aunque “no existen en la actualidad dificultades importantes que impidan la ratificación” sí persisten todavía algunas sobre aspectos concretos de la Carta, entre los que precisamente se indica que la ampliación de la protección del despido a la mujer embarazada en los términos que exige el Comité suponen, en palabras del Ministerio “la imposibilidad de asumir este artículo de la Carta Social Europea revisada”. Se reiteran expresamente las reticencias que suponen las interpretaciones del Comité¹⁴², aunque se indica la posibilidad de ratificarla con excepciones a los artículos problemáticos, lo que la propia carta permite. En definitiva, puede afirmarse que resulta poco probable que las medidas adicionales de protección frente al despido entren en funcionamiento en un horizonte próximo. No obstante, debe recordarse que las obligaciones de la Carta en su versión de 1961 tienen plena vigencia, por lo que constituyen un verdadero límite ante cualquier propuesta legislativa.

4.2.- Las normas de despido de la OIT

La Organización Internacional del Trabajo fue Constituida en 1919, en el Tratado de la Sociedad de Naciones, inserto en el Tratado de Versalles tras la I Guerra Mundial (Parte XIII), estableciendo que la membresía en esta Sociedad implicaba también la participación en la OIT (art. 387), con lo que España, con la ratificación de aquel tratado¹⁴³ pasó a ser parte de la misma. Su objetivo principal es la mejora de las condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas “injusticia, la miseria y las privaciones”. Tras la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas, se configura en 1946 como una agencia especializada de la misma.

¹⁴⁰ DS-Congreso de los Diputados de la sesión núm. 41 de la IX legislatura, de 14 de diciembre de 2010, pág. 34.

¹⁴¹ Se recogen en el BOCG-Congreso de 6 de junio de 2012 y 28 de mayo de 2013.

¹⁴² Especialmente se señala que la consideración de que sólo es suficiente un salario mínimo que alcance el 60% del salario medio nacional. Utilizando como indicador el producto de las horas trabajadas en promedio y el salario medio por hora que ofrece la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, el Salario Mínimo debería elevarse por encima de los 1300 euros, lo que supondría un incremento del 75%. De hecho, como ello implicaría un incremento del salario para un número importante de trabajadores –y posiblemente la destrucción de puestos de trabajo poco remunerados– el salario medio crecería, exigiendo a su vez un aumento del salario mínimo.

¹⁴³ Ley de 14 de agosto de 1919, por la que se autoriza la adhesión al pacto de la Sociedad de Naciones (Gaceta de Madrid de 16 de agosto de 1919).

Esta organización emite Convenios y Recomendaciones, pero a diferencia de lo que ocurre en el ámbito comunitario, no crea derecho directamente aplicable en los Estados: la conferencia General de los representantes de los Estados miembros puede aprobar Convenios y Recomendaciones por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, pero ni siquiera para quienes han votado a favor dichos convenios devienen obligatorios: conforme al art. 19.5.e. de la Constitución de la OIT, “si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación”, a excepción de deberes de información y cierta vinculación programática, que se mueve en el plano de lo político más que de lo jurídicamente vinculante. Expresamente el art. 20 establece que cualquier convenio “sólo obligará a los miembros que lo hayan ratificado”.

Pese a este carácter, que permite afirmar que es en realidad un foro de negociación de convenios –que incorpora mecanismos de control propios, si bien sin instrumentos eficaces de coerción, como es habitual en el derecho internacional público– es indudable que ha tenido una influencia decisiva en el desarrollo de las legislaciones y políticas internas de los estados en materia social¹⁴⁴.

Desde una perspectiva de Derecho Interno, en todo caso, los Convenios de la OIT ratificados por España son verdaderos tratados internacionales conforme al art. 96 CE, de tal modo que operan como un auténtico límite al legislador, por cuanto que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

Entrando ya a analizar los convenios ratificados por España y que están vigentes – muchos han sido sustituidos o no han entrado en vigor–, existen diversos tratados que directa o indirectamente protegen frente al despido por determinadas causas: así, el Convenio 87¹⁴⁵ obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación (art. 11), entre las que lógicamente tiene que encontrarse la protección en su empleo. En relación a los despidos discriminatorios por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (Convenio 111¹⁴⁶) la prohibición genérica afectará a todas las condiciones de trabajo, incluidas lógicamente

¹⁴⁴DÍAZ BARRADO, C. M., “La contribución de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo a la configuración de un «orden social» en España”, en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 106.

¹⁴⁵ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, ratificado por España el 20 de abril de 1977 (Instrumento de ratificación en el BOE de 11 de mayo de 1977)

¹⁴⁶ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, ratificado el 6 de noviembre de 1967 (BOE de 4 de diciembre de 1968).

las relacionadas con su terminación. De manera expresa se prohíbe el despido durante el descanso por maternidad o previo al parto (art. 4 de convenio 3¹⁴⁷, art. 6 Convenio 103¹⁴⁸), y para hombres y mujeres se dispone que “la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo” (art. 8 del Convenio 156¹⁴⁹). Por otra parte, con las mismas implicaciones que se han visto más arriba¹⁵⁰ y que no tiene objeto reiterar, el Convenio 173¹⁵¹, conforme que España se ha obligado tanto a establecer privilegios crediticios como una Institución de Garantía –el Fondo de Garantía Salarial– protege, entre otras cantidades adeudadas por el empresario, las indemnizaciones por fin de servicios con motivo de la terminación de la relación de trabajo (art. 12.1.d).

Al margen de los señalados instrumentos, la norma central en la cuestión que se analiza en este trabajo es el Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador¹⁵², concluido en 1982 y ratificado por España el 26 de abril de 1985¹⁵³ –en adelante en este epígrafe “el Convenio–, y la complementaria Recomendación 166.

El art. 1 del Convenio presenta algunos aspectos que plantearon alguna polémica en los momentos iniciales en relación a lo que en jerga comunitaria se podría llamar su “efecto directo”. Este precepto señala que “Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”. En consecuencia, cabe preguntarse si sus disposiciones están llamadas a ser de directa aplicación o si simplemente son exigibles en cuanto se proceda a su recepción por el legislador. En relación a esta cuestión, debe señalarse que aunque la respuesta no afecta al hecho de que el legislador se encuentre vinculado por su contenido, pues el Estado estará obligado en todo caso por el mismo, sí que condiciona al contenido de las normas que regulan el despido: si es un texto ejecutivo por sí mismo será suficiente

¹⁴⁷ Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919, ratificado por España el 4 de julio de 1923.

¹⁴⁸ Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, ratificado por España el 7 de agosto de 1965 (Instrumento de ratificación en BOE de 31 de agosto de 1965)

¹⁴⁹ Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 (Instrumento de ratificación en BOE de 12 de noviembre de 1985)

¹⁵⁰ Vid. Capítulo III.- 3.2.2.-, párrafo final.

¹⁵¹ Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992, ratificado por España el 16 de mayo de 1995 (Instrumento de ratificación en BOE de 21 de junio de 1995)

¹⁵² Sobre su génesis resulta de interés INTERNATIONAL LABOUR OFFICE; INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS DEPT Y TRIPARTITE MEETING OF EXPERTS TO EXAMINE THE TERMINATION OF EMPLOYMENT CONVENTION, 1982 (No. 158), *Instrumentos sobre despido: documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)*, Ginebra, 18-21 de abril de 2011, OIT, Ginebra, 2011, págs. 1-5.

¹⁵³ Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 29 de junio de 1985.

con que la ley no lo contradiga, mientras que en caso contrario requerirá de una acción directa del legislador para trasladar el contenido del Convenio al derecho nacional.

Por ello, para resolver esta cuestión, debe subrayarse que el hecho de que el art. 96 CE establezca que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno” no impide que su contenido sólo sea aplicable por particulares (y tribunales) una vez desarrollados los necesarios actos legislativos, pues de hecho el art. 94 CE se refiere expresamente a tratados “que exijan medidas legislativas para su ejecución”¹⁵⁴. Hecha esta aclaración e interpretando el art. 1 del Convenio conforme al sentido propio de sus palabras, así como al espíritu y finalidad de la norma (art. 3 CC), y teniendo en cuenta que el preámbulo del Convenio expresamente se refiere a la existencia de “novedades importantes en la legislación y en la práctica de numerosos Estados” y que a la luz de las mismas, de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos se considera necesario el tratado”, puede deducirse que lo que busca es precisamente una adaptación de las legislaciones¹⁵⁵, teniendo en cuenta que lo contrario supondría una auténtica conmoción en los ordenamientos jurídicos internos¹⁵⁶. En este sentido, pronto el Tribunal Supremo lo calificó como una “norma interna de nuestro ordenamiento jurídico que no es de aplicación directa, al exigir que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula”¹⁵⁷. En consecuencia, es claro que el legislador tiene la obligación de llevar a efecto en el sistema legal que establezca las cláusulas y garantías del convenio¹⁵⁸.

Aclarado este aspecto, procede entrar a valorar cuáles son concretamente esos contenidos que debe incorporar el derecho español. El enunciado general y básico se encuentra en el art. 4 del convenio que consagra un claro derecho a la estabilidad en el empleo, al prohibir que se ponga término a la relación de trabajo “a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. No obstante, debe señalarse que el art. 2 permite ciertas excepciones que no son menores: los contratos temporales y el periodo de prueba pueden estar totalmente excluidas, si bien en el último caso se ordena que la duración de ese tiempo de evaluación “se haya fijado de antemano y sea razonable”. El uso de este concepto

¹⁵⁴ ALONSO OLEA, M., “Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT, núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo”, *Documentación laboral*, 20, 1986, págs. 44-45.

¹⁵⁵ Como señala el Magistrado LLAMAS AMESTOY en SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Encuesta sobre la aplicación del Convenio núm. 158 de la OIT en el Derecho español”, *Documentación laboral*, 20, 1986, págs. 55-57.

¹⁵⁶ ALONSO OLEA, M., “Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT, núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo”, cit., pág. 45.

¹⁵⁷ STS de 4 noviembre 1987(RJ 1987\7810), a la que pronto siguieron otras como las SSTS de 24 noviembre 1987 (RJ Az. 1987\8050) o de 13 junio 1988 (RJ Az. 1988\5274)

¹⁵⁸ En el mismo sentido, vid SAN PEDRO CORRAL, M., “Convenio 158 de la OIT: Comentario a los artículos 1 y 7”, *Actualidad laboral*, 1, 1987.

jurídico indeterminado no resulta de sencilla interpretación, si bien debe señalarse que, en el concreto caso de las nuevas contrataciones por empresas de menos de 20 trabajadores en Francia, en las que se establecía sobre esta base una exclusión de la protección durante dos años, tanto el Comité Tripartito de la OIT como la Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia, en su sentencia de 1 de julio de 2008 (núm. 1210) entendieron que excedía de lo razonable¹⁵⁹. En relación a los contratos de duración determinada, el propio convenio reconoce que puede ser una vía de escape a sus disposiciones, de modo que el apartado tercero del art. 2 establece que “se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio”. Junto a estos dos supuestos, se permite la exclusión de categorías de trabajadores que gocen, por vía de disposiciones especiales, de una protección que en su conjunto sea igual o superior a la del Convenio (art. 2.4)

La naturaleza causal que se impone al despido, u otras disposiciones concretas pueden también eludirse por otra vía, pues el art. 2.5 del Convenio permiten la exclusión parcial de categorías limitadas de personas que revistan cierta importancia, habida cuenta las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea, si bien esta posibilidad queda limitada a la primera memoria presentada¹⁶⁰.

Fuera de estos supuestos, es claro que no cabe una ordenación del despido que, con carácter general, permita el despido *ad nutum*. Además, los arts. 5 y 6 del Convenio recogen una serie de razones que expresamente deben considerarse injustificadas, relativas a la actividad sindical o representativa, la garantía de indemnidad, ciertas causas de discriminación¹⁶¹ o la ausencia por maternidad, enfermedad o lesión¹⁶².

El art. 7 del Convenio establece como garantía de los trabajadores la prohibición de terminación de contrato por motivos relacionados con su conducta o rendimiento “antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. El alcance de la excepción puede interpretarse en función de la gravedad de la conducta y el perjuicio a su poder disciplinario y de organización, enmarcados en la libertad de empresa¹⁶³, pero el de la regla general no

¹⁵⁹INTERNATIONAL LABOUR OFFICE ET AL., *Instrumentos sobre despido*, cit., págs. 15-16.

¹⁶⁰*Ibid.*, párr. 34.

¹⁶¹ En concreto “la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social”.

¹⁶² Respecto de estos dos últimos motivos, el convenio permite “limitaciones”, sin que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones haya realizado observaciones que permitan dilucidar el alcance de esta posibilidad INTERNATIONAL LABOUR OFFICE ET AL., *Instrumentos sobre despido*, cit., párr. 53.

¹⁶³GÓMEZ ENTERRÍA, A., “Reflexiones sobre el Convenio 158 de la OIT”, *Documentación laboral*, 20, 1986, pág. 71.

es tan claro. Al respecto, debe señalarse que precisamente frente a España, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su observación para 1997 consideró que el procedimiento de conciliación administrativa debería llevarse a cabo antes de que se haga efectivo el despido con objeto de ofrecer al trabajador mejores posibilidades de defensa, que no le daría una simple entrevista previa de carácter puramente formal en el seno de la empresa. Por ello, resulta más razonable entender que el art. 7 del Convenio exige que, salvo la gravedad de los hechos sea extrema o existan razones que lo justifiquen en el caso concreto, el despido disciplinario no sea inmediatamente ejecutivo, sino que se lleve a cabo tras la instrucción del correspondiente expediente, que por otra parte puede cumplirse sin demasiada dilación, siempre que ello no genere indefensión. No se trata aquí de implementar una presunción de inocencia con todo el juego de garantías que ello supondría, pero sí es preciso, para cumplir el Convenio es sus justos términos, que la posibilidad de defenderse sea real, por lo que la complejidad del expediente debe ser coherente con los hechos. No obstante, nada en el convenio impide la suspensión del contrato en tanto que se tramita, por lo que no tiene por qué suponer un coste adicional para el empresario.

Esta interpretación se ve reforzada por el art. 11, que al establecer el derecho al preaviso razonable ante el la terminación del contrato de trabajo –sustituible por una indemnización– permite que excepcionalmente se omita cuando el trabajador “sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso”, con lo que claramente está incluyendo en este derecho los despidos disciplinarios, y no sólo los que se producen por causas objetivas o ajenas a la persona del trabajador¹⁶⁴. Por otra parte, conforme al párrafo 16 de la Recomendación complementaria al convenio, se considera conveniente que durante este preaviso el trabajador pudiera disponer de tiempo para buscar otro empleo

Al margen de la causalidad del despido y la necesaria calificación como injustificado de aquel que carezca de un motivo razonable, el Convenio también incluye referencias a los mecanismos para que su tutela y protección no sean meramente declarativas. La Sección C (arts. 8-10 del Convenio) establece, bajo la rúbrica “Recurso contra la terminación”, los mecanismos para que el trabajador pueda hacer efectivo su derecho. Así, debe existir la posibilidad de recurrir a “un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro”,

¹⁶⁴ En este sentido, podría considerarse reiterativo con el art. 7 en relación a los despidos disciplinarios, como se señala en BLANCO MONTAGUT, M. M. Y BLANCO RODRÍGUEZ, J. E., “La problemática aplicación del convenio 158 de la O.I.T sobre la terminación de la relación de trabajo”, *Actualidad laboral*, 2, 1986, págs. 2378-2379. La misma interpretación se hace en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Protección contra el despido injustificado*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, pág. 99.

aunque se permite un control previo de la decisión extintiva por una “autoridad competente” que «varíe» la aplicación de lo anterior¹⁶⁵.

El control por este órgano independiente tiene que alcanzar las causas invocadas, esto es, no puede limitarse a la supervisión de aspectos formales. Para ello el Convenio establece una garantía doble, permitiendo al legislador nacional configurarla como alternativa o como acumulativa. Así, o bien se hace soportar al empleador la carga de la prueba de la concurrencia de la causa justificada “tal y como ha sido definida en el art. 4”, o bien se permite que el órgano de control tenga la facultad de decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación, o bien se incorporan a la legislación ambos elementos.

En todo caso, el órgano debe estar facultado para analizar no sólo si las causas que justifican la terminación existen, sino también—valga la redundancia— si las causas alegadas son realmente la causa del despido: el art. 9.3 del Convenio es claro al respecto “estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones”. Sin embargo, esto no supone necesariamente un control de oportunidad, pues el convenio permite, también de forma expresa, que la legislación nacional (por referencia al art. 1 del Convenio) podrá decidir la medida en que esas razones son suficientes para justificar la terminación. De esta manera, se hace preciso hacer una aclaración acerca de la interpretación conjunta que debe hacerse de la causa en el art. 4 del Convenio y la posibilidad de suprimir el control de su suficiencia: la única solución posible es entender que la legislación nacional debe exigir que la medida extintiva aceptada por el empresario es idónea para lograr una mejora en la empresa, ya sea desde la perspectiva de la reducción de costes, la mejora organizativa, en la innovación en los procedimientos de producción o cualquier otra variable relevante. Sin embargo, a lo que no obliga el Convenio es a que el legislador nacional exija que la medida adoptada por el empresario mantenga un equilibrio entre los beneficios que obtiene el empresario y el perjuicio que sufre el trabajador por perder su empleo, ni tampoco que la medida sea un último recurso: no es necesario que el legislador considere que el despido es injustificado por el hecho de que el mismo fin legítimo que persigue el empresario hubiera podido conseguirse con otras medidas de menor intensidad.

¹⁶⁵ Aunque esta es la redacción original, el término es equívoco. No obstante, la única interpretación razonable es, a mi juicio, la de entender que en este caso puede eliminarse la revisión. Ello sería coherente con el fin del convenio, pues un tercero independiente evaluaría el despido, y sobre todo evita el problema de determinar cómo se puede “variar” el derecho a recurrir: o se tiene o no se tiene, pero no es modulable, no tiene intensidades, salvo que se entienda por tal la posibilidad de que el recurso se ciña a motivos formales o procedimentales relativos a la autoridad en cuestión. En este caso, en puridad, no se estaría recurriendo el despido sino la decisión de dicho órgano. Combinado con los límites de derecho interno, particularmente con el art. 24 CE, si se trata de una autoridad administrativa sí que es necesario que se habilite el control judicial, aunque posiblemente cabría que se limitara – además de aspectos formales como el procedimiento y competencia– a un control de razonabilidad de la resolución.

Por otra parte, el convenio se refiere a los remedios frente al despido –justificado o no– en sus arts. 10 y 12. En primer lugar, para el caso de que la terminación de trabajo se califique como “injustificada”, el Convenio aunque con una preferencia programática por la readmisión¹⁶⁶, permite al legislador que otorgue al organismo independiente de control la facultad de “ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que considere apropiada”. El alcance de esta “indemnización adecuada” se interpreta por la CEACR de manera ciertamente exigente cuando existe violación de Derechos Humanos fundamentales: estima al respecto, después de señalar que la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con mantenimiento de los derechos adquiridos, que cuando no exista dicha posibilidad “sería conveniente” que las indemnizaciones tuvieran como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido y que, en todo caso, sean más elevadas que en otros tipos de terminación¹⁶⁷. En todo caso, no resulta incompatible con el Convenio que la misma se fije conforme a criterios objetivos.

Con carácter más general, referido a “todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada” –salvo que la terminación se produzca por falta grave, en cuyo caso, se permite la pérdida del derecho (art. 12.3)– el convenio establece de nuevo dos opciones a los sistemas de reacción, que evidentemente pueden combinarse: la indemnización por fin de servicios o el establecimiento de prestaciones sustitutivas de rentas “bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones”, de modo que es posible que la legislación establezca que si el trabajador no reúne los requisitos para su percepción no tenga derecho a ninguna cantidad al finalizar su contrato (art. 12.2 del Convenio). En caso de que el Estado firmante del convenio opte por la indemnización, esta debe fijarse en función de (al menos) el tiempo de servicios y el monto del salario, debiendo hacerse cargo de la misma o bien el empleador, o bien un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores. No obstante, es preciso subrayar que si existen rentas de sustitución del ingreso salarial en forma de seguro de desempleo, régimen de asistencia a los desempleados u otras formas de seguridad social, el Convenio no exige que se establezcan indemnizaciones por terminación justificada del contrato.

Por último –dejando al margen los preceptos finales referidos a la ratificación, denuncia, revisión y sustitución del convenio, que no establecen reglas relativas a la

¹⁶⁶ En la redacción del convenio se establece la indemnización como remedio subsidiario, pues se recoge que la facultad de ordenar su pago se otorgue “si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador”. Sin embargo, no se pone restricción alguna a que la legislación así lo establezca, con lo que la libertad de opción entre una y otra forma de reacción del derecho ante el despido injustificado es plena.

¹⁶⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Protección contra el despido injustificado*, cit., pág. 96.

terminación del contrato— la Parte III del Convenio contiene lo que denomina “disposiciones complementarias” relacionadas con las terminaciones por motivos “económicos, tecnológicos, estructurales o análogos”. En ellas se prevé el derecho al contenido mínimo de la información que debe remitirse a los representantes de los trabajadores en caso de estas terminaciones¹⁶⁸, así como la obligación de ofrecimiento de un periodo de consultas para “evitar o limitar las terminaciones” y en su caso “atenuar las consecuencias adversas”. Aunque estas obligaciones se conciben con carácter general, el apartado segundo del art. 13 del Convenio permite que se exijan tan sólo a partir de una cierta importancia cuantitativa, limitándolo en los casos en que las terminaciones supongan menos de una cifra o porcentaje de trabajadores. Además, el art. 14 del Convenio prevé el deber de informar por escrito a la “autoridad competente”— dejando a cada Estado determinar quién deba ser ésta— de la intención de terminar contratos de trabajo, comunicando cierto extremos que coincida en su mínimo con la información a los representantes de los trabajadores.

¹⁶⁸ Aunque cada Estado puede determinar cuál es esta “información pertinente”, debe incluir en todo caso los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones.

Capítulo IV.- EL MODELO ACTUAL DE COSTES DE EXTINCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1.- LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.1.- Las características básicas del sistema legal de consecuencias del despido

1.1.1.- Naturaleza imperativa

El sistema legal de indemnizaciones por despido, dentro de la amplia libertad que permite lo que se ha denominado en esta investigación como “marco no disponible”, establece un sistema de derecho mínimo necesario, esto es, una relación de complementariedad con cualquier otra fuente sometida a la ley por el principio de jerarquía normativa. De esta forma, las consecuencias de la terminación del contrato de trabajo, en cada uno de los supuestos –y conforme a los correspondientes módulos indemnizatorios– se articula respecto de una regulación de mínimos que deja abierto el camino para que otra instancia normativa (o contractual) incremente los niveles o cuantías que dicha regulación establece¹. Dicho de otro modo, la ley fija el tratamiento inderogable *in peius* por cualquier otra fuente (individual o colectiva) de regulación de las relaciones laborales, pero no se impide la mejora: es lo que se ha denominado capacidad de derogación relativa o unidireccional².

¹MARTÍN VALVERDE, A., “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, 119, 1978, pág. 12. En palabras del mismo autor, las relaciones de complementariedad pueden definirse como aquellas en las que “Para el supuesto de hecho «s» se aplican simultáneamente el precepto «x» de la disposición a) y el precepto «x+n» de la disposición b)”.

²GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 174-175.

Esta conclusión puede deducirse de la redacción literal de los preceptos que establecen los distintos factores indemnizatorios, en los que no se establece expresión alguna que permita entender el carácter dispositivo de las mismas, pero también desde una interpretación sistemática del Estatuto de los trabajadores, por cuanto que las indemnizaciones se configuran como verdaderos derechos³, que no pueden ser válidamente renunciados conforme al art. 3 ET.

Esta consideración de las normas que fijan las repercusiones económicas directas que el empresario debe afrontar como consecuencia de su decisión de extinguir (o de forzar al trabajador a extinguir) ha sido relativamente pacífica en la jurisprudencia. La STS de 21 de enero de 1998⁴ no admite margen alguno de interpretación en esta cuestión: “la indemnización (...), es mínima y de derecho necesario, no pudiendo los trabajadores ni sus representantes disponer de ella ni transigir estableciendo tope inferior a la indicada, de modo que la indemnización sea menor que la que ella arroje, pues así resulta de los términos imperativos de la normativa que la señala”. Igualmente, la jurisdicción contencioso-administrativa, en su función –perdida después en favor de la social⁵– de control sobre las resoluciones administrativas en materia de despidos colectivos, entendió que el ET, “al fijar la indemnización en el supuesto de ser autorizada la extinción de los contratos de trabajo (...) es de derecho necesario e indisponible, aunque indisponible «in peius», porque es válido el establecimiento de indemnizaciones superiores”⁶.

Esta tajante afirmación, no obstante, fue matizada con ocasión de algunos asuntos relacionados con la inclusión de una cláusula específica en el acuerdo de un Expediente de Regulación de Empleo en la empresa Enatcar, en la que tras establecerse indemnizaciones superiores a las legales, se preveía la obligación de devolución de la totalidad de las mismas en caso de que el trabajador afectado fuera readmitido con reconocimiento de antigüedad en RENFE, empresa también estatal de la que procedían gran parte de los trabajadores de la primera. El acuerdo también preveía la devolución de la parte que excedía al mínimo legal en caso de readmisión sin reconocimiento de antigüedad. Dicho supuesto, sin embargo, no supone problema alguno, por cuanto que al tener su origen en un pacto plenamente subordinado a la libertad individual, puede someterse sin mayores problemas a cuantas condiciones o limitaciones estimen conveniente introducir las partes, siempre que no se opongan al ordenamiento jurídico o al orden público, pues como se afirmó en la STS de 20 de

³ En este sentido, aunque referido al supuesto de despido por causas objetivas pero en lógica fácilmente extrapolable a otras formas de extinción, VALDÉS DAL-RÉ, F., “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (y II)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2004, pág. 49.

⁴ RJ 1988/32

⁵ La LRJS atrajo a la jurisdicción social esta competencia. Tras la supresión de la autorización administrativa por la reforma laboral de 2012, queda fuera de toda duda la adecuación de esta atribución de jurisdicción.

⁶ STS (3ª) de 25 de enero de 1999 (Rº7206/1995)

marzo de 1996 (Rº3350/1995), “así se infiere de lo dispuesto en los preceptos antes citados, del principio de la libre autonomía colectiva, del art. 63 del Estatuto de los Trabajadores y de los arts. 1254 y siguientes del Código Civil”: en el caso planteado, el acuerdo de eliminar el pago de indemnizaciones superiores a la legal para trabajadores que, por disponer de un nuevo empleo en una empresa similar, sufren un menor perjuicio, supera este juicio sin mayores complicaciones.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de analizar varios asuntos relacionados con reclamaciones de cantidad realizadas por la empresa a trabajadores incluidos en el Expediente de Regulación de Empleo, por haber sido readmitidos en RENFE, en las que directamente se analizaba –aunque con conclusiones diversas– la imperatividad de la indemnización legal por despido. Aunque el alto tribunal se decantó inicialmente por la obligatoriedad de las reglas indemnizatorias, las SSTS de 21 y 28 de enero de 1997 (Rº 1063/1996 y Rº 1025/1996) y otras seis que siguieron sin mayores aportaciones argumentales su línea doctrinal⁷, consideraron ajustada a derecho la cláusula que, en el supuesto de readmisión con pleno reconocimiento de la antigüedad anterior, obligaba a la plena devolución de la indemnización⁸. En la primera de ellas, con una parca argumentación en relación a al imperatividad del régimen indemnizatorio, se limita a enunciar el principio de *pacta sunt servanda*, mencionando expresamente la necesidad de que el acuerdo en cuestión no sea contrario a derecho, y afirmando que la readmisión en RENFE tiene su origen en el propio pacto, de forma que indirectamente viene a afirmar que más que despido hay una novación subjetiva en el contrato, que justificaría la ausencia de indemnización. Al margen de los problemas lógicos de dicho razonamiento en relación a los hechos enjuiciados –hubo un periodo de más de un año entre la cesación de la relación con Enatcar y el reingreso en RENFE, que además no fue voluntario sino impuesto judicialmente; el reconocimiento de antigüedad no implicaba el de las restantes condiciones laborales; ambas empresas mantenían su autonomía sin que existiera unidad de dirección...– el Tribunal esquivo el problema de la validez del pacto por el que se sustituye la indemnización (se ordena su devolución) para el caso de readmisión con reconocimiento de antigüedad⁹. Es preciso destacar, por otro lado, que el Tribunal acude a criterios extrajurídicos en su resolución, ya que, aunque disfrazado bajo el paraguas de la seguridad jurídica, se

⁷VALDÉS DAL-RÉ, F., “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (I)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2004, pág. 34.

⁸ Se dictaron además las SSTC 99/2001 y 100/2001, de 23 de abril, 117/2001, de 21 de mayo y 137/2001, de 18 de junio, todas ellas de 2001, en las que no se entró a valorar el carácter imperativo de las indemnizaciones, pues se entiende que es una mera cuestión de legalidad. Además, al tramitarse por la vía del recurso de amparo, no cabe sustentar la tutela pretendida en el derecho al trabajo del art. 35 CE

⁹ No obstante, tanto en cierta jurisprudencia (SSTSJ de la C. Valenciana de 18 de junio de 1998, Rº3437/1995 y de 20 de marzo de 2003, Rº2732/2002, STSJ de Extremadura de 17 de octubre de 2001, Rº 454/2001, STSJ de Galicia de 16 de junio de 2003, Rº 2484/2000) como en cierta doctrina se ha querido ver en esta sentencia una expresa opción por el carácter dispositivo de las indemnizaciones por despido (VALDÉS DAL-RÉ, F., “El carácter imperativo...(II)”, cit., pág. 48).

introduce como argumento la previsibilidad de la estructura de costes, que se vería alterada si la empresa no pudiera recuperar parte de las indemnizaciones que abonó por encima del límite legal, tal y como había previsto. Este razonamiento, que puede tener sentido desde una perspectiva económica, es difícil de asumir desde la lógica del derecho: si la cláusula es nula, resulta irrelevante el efecto perjudicial, sin perjuicio de que se entienda que la ilegalidad de la aquella afecta por su carácter esencial a la totalidad del acuerdo al romper el equilibrio del mismo, con su consiguiente nulidad; el problema práctico al que se enfrenta el tribunal es que esa consideración habría tenido un efecto aún más perjudicial para la empresa, pues hubiera conllevado la nulidad del despido, con un coste manifiestamente superior.

La segunda de las resoluciones citadas, dictada sólo una semana después, en cierto modo matiza esta flexibilización del régimen imperativo, al señalar que “la indemnización económica sólo será supletoria del mayor beneficio consistente en proporcionar al trabajador cesante una nueva ocupación”, de modo que parece afirmarse que el régimen legal de indemnizaciones por despido constituye un mínimo de derecho necesario, pero que el reingreso en el empleo, aunque sea en otra empresa –sin mencionar el reconocimiento de antigüedad, pese a que ese era el caso enjuiciado– supone un beneficio mayor para el trabajador, una mejora respecto del régimen legal. No obstante, debe tenerse en cuenta que desde la L 11/1994 el empresario tiene la obligación de plantear medidas para “atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados” y más expresamente desde la L 35/2010 se mencionan entre las materias que deben someterse a consulta la posibilidad de llevar a cabo un plan de recolocación, sin que se haga alusión alguna a que este tipo de actuaciones reduzcan el grado de imperatividad de las indemnizaciones. Consecuentemente, con el régimen legal vigente, difícilmente puede entenderse que la mayor o menor facilidad que la empresa ofrezca para encontrar un empleo distinto permita pactar indemnizaciones menores a la legal: la indemnización por despido se configura hoy, por tanto, como una obligación de dar una cantidad concreta de dinero, que de ninguna manera está sometida –como límite mínimo– a negociación.

El carácter de derecho necesario se extiende no sólo a las indemnizaciones, sino también a los aspectos formales y causales (vid infra), así como a los procedimentales, de modo que los establecidos en la ley pueden ser ampliados o concretados, pero nunca suprimidos o reducidos. No obstante, debe señalarse la existencia de una mayor flexibilidad en estos ámbitos, pues expresamente se permite la existencia de procedimientos de mediación o arbitraje alternativos al procedimiento de consultas, pactados en negociación colectiva (décimo párrafo del art. 51.2 ET).

Debe señalarse, sin embargo, que el cumplimiento del régimen legal no supone necesariamente la imposibilidad de introducir acuerdos que, beneficiando a ambas

partes, limiten en la práctica el efecto de las indemnizaciones y otros costes producidos por el despido. Así, está expresamente permitido, como se verá, la sustitución del preaviso por su equivalente salarial, y nada impide que al fijar los salarios se tome en consideración el valor esperado de la indemnización. Por ello, el carácter imperativo del régimen legal de costes de despido no supone por sí mismo una fuente de ineficiencia en el funcionamiento del mercado de trabajo, si bien pueden existir problemas relativos a las externalidades, fallos de información o de los mercados financieros que sí hagan inviables acuerdos eficientes, como se ha desarrollado en el Capítulo I de esta investigación.

1.1.2.- Indemnizaciones tasadas

A.- El contenido y fundamento de las indemnizaciones extintivas

El régimen legal de indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo determina, conforme a la formulación correspondiente (vid. infra. 1.2.-), una cuantía que opera como mínimo de derecho necesario, tal y como se ha expuesto. Ello hace inútil que el empresario trate de demostrar—a los efectos de eludir su responsabilidad pecuniaria— que no se produce daño alguno por encontrar el trabajador un empleo con similar —o incluso mejor— remuneración y condiciones o por cualquier otra circunstancia¹⁰. Sin embargo, cabría plantearse si la percepción por el trabajador de esta indemnización excluye la posibilidad de reclamar, bajo prueba del daño correspondiente, indemnizaciones adicionales, pues salvo que expresamente se haya pactado o reconocido una indemnización superior, la legalmente fijada se configura como una presunción legal *iuris et de iure* tanto de la existencia como del alcance del perjuicio sufrido por el despido¹¹. En este punto la cuestión se desdobra, pues cabe distinguir el perjuicio que supone la pérdida del trabajo en sí misma, con todo lo que ello conlleva, de otros perjuicios que pueda causar el empresario con ocasión del despido, ya sea en el mismo acto, ya en otros coetáneos.

La evolución de la configuración legislativa (interpretación histórica), así como la literal, hace difícilmente defendible la reclamación de cualquier indemnización adicional por el daño que sufre el trabajador al perder su trabajo. A diferencia de las regulaciones anteriores, el esquema indemnizatorio basado en el salario y en la antigüedad ya no presenta margen alguno de interpretación para el juzgador. Como afirmó el Tribunal Constitucional en la citada STC 6/1984¹² y poco después el Tribunal

¹⁰SEMPERE NAVARRO, A. V. Y BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A., “El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo: comentario a la STS de 11 marzo 2004”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, vol. 6, 2004, pág. 194.

¹¹SEMPERE NAVARRO, A. V. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi Editorial, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 92.

¹² Vid. supra Capítulo III.- 1.-

Supremo, con las indemnizaciones legales se da “satisfacción al derecho individual derivado de una relación laboral concreta, es decir del injustamente despedido mediante una compensación económica, determinable objetivamente, lo que (...) facilita, sin duda, la solución de la controversia y da seguridad a los justiciables aunque impida la correspondiente individualización de los daños y perjuicios, pero sobre todo, con independencia del juicio de valor que pueda cada uno formular, es una opción legal legítima que responde a finalidades de política social”¹³: el mismo tribunal señaló en distinta resolución que el contenido de la indemnización es “tasado y hoy día mecánico”¹⁴. Consecuentemente, es irrelevante la prueba o incluso que de la obrante en el proceso se acredite que el daño efectivamente producido es mayor o menor: “la indemnización es consecuencia del daño producido rigiendo el principio de indemnización tasada de los perjuicios causados por despido improcedente, que no son sólo los materiales (pérdida de salario y puesto de trabajo) sino otros de naturaleza inmaterial (perdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado laboral), perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa con independencia de la naturaleza del contrato que deben ser indemnizadas”¹⁵. En igual sentido y sin dejar ningún margen a la interpretación, la STS de 7 de diciembre de 1990¹⁶ afirmó con rotundidad que en relación a las previstas para los despidos “son indemnizaciones tasadas previamente establecidas por la ley, que responden a su condición de resarcimientos debidos por la pérdida del empleo, que carecen del valor de restitución en integridad que a veces se ha pretendido atribuirles, pues se trata de una compensación contenido tasado y previamente fijado por la ley, sin que les sean aplicables los criterios civiles de cuantificación del daño, ni exigible la necesidad de probanza de los daños y perjuicios”.

El carácter tasado de la indemnización por terminación de la relación laboral, volviendo al ámbito estrictamente laboral, se ha analizado con ocasión del análisis del art. 50 ET, esto es, la extinción causal reconocida judicialmente por acción del trabajador ante ciertos incumplimientos empresariales, a la que se le atribuyen las mismas consecuencias que al despido improcedente. En estos supuestos es común que pueda apreciarse la concurrencia de una conducta dolosa en el empresario, con lo que no puede resultar extraño que se invoque el art. 1101 CC, conforme al cual “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”. De la misma manera, cabe la alegación del art. 1124 CC, en el que tras reconocerse la facultad de resolución

¹³ STS de 18 de julio de 1985 (RJ Az. 1985/3809).

¹⁴ STS de 3 de abril de 1997 (R° 3455/1996).

¹⁵ STS de 29 de enero de 1997 (R° 3461/1995)

¹⁶ R° 520/1990

implícita ante el incumplimiento de las obligaciones recíprocas por la contraparte, se otorga al perjudicado la facultad de exigir, junto con dicha resolución, la indemnización de daños y abono de intereses.

Con carácter general, la doctrina de aplicación es la recogida en la STS de 22 de enero de 1990¹⁷, que declara sin lugar a dudas el carácter de norma especial del art. 50 ET en relación a los citados del CC, lo que impide su aplicación como norma de derecho supletorio. La legislación laboral contiene reglas específicas para el caso de incumplimiento de una de las partes (despido disciplinario, cuando incumple gravemente el trabajador, y la acción del art. 50 ET, ante desviaciones en el cumplimiento ocasionadas por el empresario), por lo que no hay laguna jurídica ninguna que deba ser completada por la vía de aplicación subsidiaria de la legislación civil. En el mismo sentido, la recién citada STS de 3 de abril de 1997, sentando ya con claridad meridiana la doctrina de la incompatibilidad de indemnizaciones afirma que “el art. 50 ET constituye la transcripción en el derecho laboral del art. 1124 CC”, postura esta que sería reforzada por la STS de 11 de marzo de 2004¹⁸.

Precisamente en la última de estas resoluciones se recoge en voto particular la diferencia a la que antes se hacía alusión: si bien no cabe duda de que el legislador ha querido dotar de un valor tasado y objetivo al daño producido por la pérdida del empleo, ello no implica necesariamente que con esa cantidad se cubran también otros daños que pueda sufrir el trabajador como consecuencia de la actuación del empresario y que desembocan en la extinción de la relación laboral. Este voto particular, formulado por DESDENTADO BONETE¹⁹ con adhesión de otros tres magistrados, expone con claridad la más que razonable duda que se plantea en relación a la posibilidad de reclamar los daños en caso de que, junto al derecho al empleo, con la extinción del contrato o hechos próximos al mismo se dañen otros bienes jurídicamente protegidos: la indemnización “repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el

¹⁷ RJ Az. 1990/183

¹⁸ Rº 3994/2002.

¹⁹ Con argumentos que en coautoría ya había defendido año antes en su trabajo DESDENTADO BONETE, A. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Despido y Jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, 1ª Ed., Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 172.

daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido”

En esta última expresión se aprecia cómo en esta doctrina, que como inmediatamente se analizará se corrigió implícita y parcialmente dos años después, se incurre en una cierta incoherencia, pues en el caso de los despidos nulos por violación de Derechos Fundamentales –en los que la única indemnización por el hecho del despido es la correspondiente a los salarios de tramitación, dado que la relación laboral subsiste– sí que se admite la posibilidad de reclamar por los daños causados al trabajador. De hecho, como ha señalado la doctrina, adoptando la estrategia procesal idónea (ejercicio de la acción de daños primero, y una vez obtenida instada la resolución del art. 50 ET, a la que se le aplica el plazo genérico de prescripción de un año, y no el breve de 20 días de los despidos), se obtendría un resultado distinto –y más beneficioso para el trabajador– que en caso de hacer la reclamación simultánea²⁰.

B.- Las excepciones a la indemnización tasada

a).- Los Derechos Fundamentales

El régimen legal, aparentemente cerrado y que otorga absoluta certeza al empresario y al trabajador de los escenarios posibles en caso de terminación del contrato de trabajo –condición necesaria para que el contrato pueda establecerse de manera eficiente, como se ha expuesto en el primer capítulo de esta investigación– encuentra en la práctica distintos supuestos en los que, en mayor o menor medida, se rompe esta regla.

El caso más claro, siguiendo la línea argumental del epígrafe anterior, es el de las indemnizaciones en caso de terminación del contrato concurriendo una violación de Derechos Fundamentales. Debe tenerse en cuenta que cuando se produce esta infracción y la iniciativa para extinguir corresponde al empresario el despido es nulo de pleno derecho (art. 55.5 ET) y ello conlleva necesariamente la readmisión (arts. 55.6 ET y 282.1b LRJS); sólo existirá terminación del contrato de trabajo con indemnización por los correspondientes daños en los casos de extinción del art. 50 ET, o cuando el despido nulo afecte a una relación temporal cuya extinción se habría producido conforme a la lógica interna del contrato, supuesto este en el que deviniendo imposible la readmisión sólo cabe la indemnización (STS 29 de enero de 1997²¹).

Pues bien, cuando el incumplimiento grave del empresario en el que se ampara la acción del art. 50 ET consiste en una vulneración de Derechos Fundamentales, el

²⁰SEMPERE NAVARRO, A. V. Y BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A., “El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo”, cit., pág. 201.

²¹ R° 3461/1995.

Tribunal Supremo declaró en su STS de 17 de mayo de 2006²² la compatibilidad del ejercicio de la acción de despido y la de reparación de Derechos Fundamentales, aunque sin reconocer el cambio de criterio respecto a la jurisprudencia anterior, cuyo contenido se ha expuesto más arriba. Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal Supremo alude a los supuestos en que había reconocido el derecho a la indemnización adicional en los casos de despido nulo por el motivo indicado, si bien en la STS de 11 de marzo de 2004 expresamente había señalado que el hecho de que en ese caso no se produjera finalización efectiva del contrato de trabajo lo convertía en un supuesto no comparable a la extinción por voluntad del trabajador. La construcción elaborada por el Tribunal parte de que sólo cuando expresamente se invoque un Derecho Fundamental cabe el resarcimiento íntegro, admitiéndose la correspondiente prueba del daño, pero no así si lo que alega es el perjuicio sobre cualquier otro bien jurídico, accionado por la vía del art. 1101 CC. El único apoyo que encuentra la sala para mantener esta tesis es la inclusión explícita del acoso²³ en el precepto de la ley rituaría entonces vigente que se refiere a la tutela de Derechos Fundamentales (art. 181 LPL95), lo que sin duda puede servir para justificar la aplicación de los preceptos que protegen especialmente estos, pero no para explicar por qué están excluidos de indemnización otros daños causados por la actuación contraria a Derecho. Como razonadamente se señala en el voto particular a la misma sentencia, “la lesión de la norma constitucional que se une a la vulneración de un deber contractual puede justificar tratamientos privilegiados en el orden procesal (proceso de tutela y recurso de amparo), pero no produce un daño específico e independiente. (...) [El] daño es algo que pertenece a la realidad física o psíquica. Lo que se debate es si, aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que deba también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus secuelas psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero a efectos de la reparación es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. Para excluir la indemnización, sólo sería relevante que la conducta empresarial fuera lícita”.

En todo caso, lo cierto es que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mantuvo ese criterio, reforzado por la posterior modificación legal del art. 181.2 LPL95 –hoy art. 183.3 LRJS–, conforme a la cual expresamente se indica que la indemnización por

²² R° 4372/2004

²³ Añadido a la prohibición de tratamiento discriminatorio por la L 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre).

vulneración de Derechos Fundamentales “será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales”²⁴, lo que –aunque no impide el reconocimiento de la “pluriofensividad” del despido– sí que permite argumentar más sólidamente que sólo en este caso, en que expresamente se autoriza desde la norma, cabe la duplicidad de indemnizaciones.

b).- Las prestaciones por incapacidad permanente

Entre las causas de extinción del contrato de trabajo, el art. 49.1.e ET prevé la “gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las situaciones señaladas responden a sendos conceptos jurídicos²⁵, que requieren del correspondiente reconocimiento, sin perjuicio de que sus efectos económicos puedan retrotraerse a un momento anterior. En caso de que se reconozca el derecho a la prestación económica correspondiente, los efectos se producirán desde la finalización de la situación de incapacidad temporal de la que proceda, o desde la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades²⁶. No es infrecuente en estos casos que existan en la negociación colectiva previsiones conforme a las cuales el trabajador que pierde su capacidad para el trabajo genera el derecho a algún tipo de pago, ya sea de cuantía única²⁷ o en forma de pago periódico²⁸.

²⁴ Reforma operada por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).

²⁵ Así, el art. 137 LGSS –en régimen de vacatio legis, en tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario que hace referencia la DT 5º bis LGSS– define la gran invalidez como “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”; la incapacidad permanente total para la profesión habitual como “la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta” y la permanente absoluta “la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”; debe tenerse en cuenta, no obstante que la necesidad de integración de las personas con discapacidad obliga a matizar estas incompatibilidades con el trabajo, como se pone de manifiesto en ARAGÓN GÓMEZ, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente”, en Jesús R Mercader Uguina (dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013.

²⁶ OM de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social (BOE de 26 de enero de 1996)

²⁷ Así a título meramente ejemplificativo, y entre otros muchos, el V Convenio estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Publicado por resolución de 5 de marzo de 2013, BOE de 20 de marzo de 2013, Código de convenio 99011915011998) prevé en su art. 61 el pago de un mínimo de tres mensualidades de salario en caso de que el hecho que determine la incapacidad sea una contingencia común, y 42.00 euros en caso de que sea enfermedad profesional o accidente de trabajo.

²⁸ Por ejemplo, el XXII Convenio colectivo de Banca (Resolución de 19 de abril de 2012, BOE de 5 de mayo de 2012, rectificado en los días 9 y 10 del mismo mes, Código de Convenio 99000585011981) prevé en su art. 34 el abono de un complemento a la pensión de Seguridad Social que corresponda hasta el cien por cien de lo que le correspondería al trabajador incapaz de estar en activo (sin incluir algunos pagos adicionales previstos en el convenio)

El problema, en relación al objeto de esta investigación, se plantea en los casos en los que antes de que se produzca el reconocimiento legal (y con él la posibilidad de exigir la previsión convencional) el empresario realiza un despido que da lugar a una indemnización –en cualquiera de sus graduaciones–, de modo que cuando se puede reclamar el abono de los pagos derivados de la incapacidad la relación ya se ha extinguido, pero estaba vigente en el momento en que produjo sus efectos, con lo que sí se dan los presupuestos para el nacimiento del derecho, cubierto por lo general por medio de un seguro colectivo. De esta forma, es posible que concurra la reclamación de dos indemnizaciones que tienen su origen en la extinción del contrato de trabajo.

La respuesta jurisprudencial a esta cuestión, como puede fácilmente intuirse por la ubicación sistemática de este epígrafe en el presente trabajo, es la de admitir la compatibilidad entre indemnizaciones en materia extintiva. Este criterio, adoptado uniformemente desde la STS de 4 de mayo de 2005²⁹ –que expresamente rectifica la anterior doctrina, contraria a esta doble percepción– se basa en la distinta naturaleza de uno y otro pago: mientras que la indemnización por despido responde al daño producido por la pérdida de ese concreto empleo, la nacida por la Incapacidad Permanente Total (que es la analizada en la Sentencia, pero evidentemente la misma lógica tiene que ser aplicable a los demás grados de invalidez) tiene por objeto resarcir de la imposibilidad de realizar no sólo el empleo actual, sino también cualquier otro (de la profesión habitual, en ese caso).

No cabe hablar, a juicio de la Sala, de enriquecimiento injusto, pues cada uno de los pagos encuentra su razón de ser en una causa lícita diferente. El empresario que despide a un trabajador que está pendiente del resultado de un procedimiento para obtener una incapacidad genera al mismo un perjuicio con su decisión, lo que no se ve alterado por el hecho de que finalmente sea declarada la señalada incapacidad.

Aunque en esta resolución de 2005, que produce el giro hacia la actual doctrina de compatibilidad de indemnizaciones, parece relacionarse la posibilidad de acumulación de ambos pagos con una cierta intención punitiva –se destaca la ilicitud del despido efectuado por la empresa, a la que además se acusa de haber actuado “quizá con alguna precipitación o falta de previsión–, lo cierto es que la lógica que subyace hace irrelevante este extremo. Si la razón que permite que se generen ambas deudas es la diferente causa de las mismas, resultará igualmente aplicable a los supuestos en que la razón del despido sea conforme a derecho pero genere derecho a indemnización, como en el caso de los contratos temporales o los despidos por causas objetivas. En este sentido se ha pronunciado el propio Tribunal Supremo, al aplicar la doctrina citada a un supuesto en que la trabajadora, pendiente de resolución en vía

²⁹ R^o1899/2004

judicial de su solicitud de reconocimiento de incapacidad, se adscribió a un plan de bajas incentivadas en el marco de un Expediente de regulación de Empleo³⁰: la empresa no sólo actuó con pleno ajuste a la legalidad, sino que incluso manifiesta un cierto sentimiento de agravio por la actitud omisiva de la trabajadora, que no informó de su situación. Sin embargo, no concurriendo vicio alguno del consentimiento³¹, este hecho resulta irrelevante, y la doctrina de la compatibilidad resulta de plena aplicación.

Se hace preciso señalar que una vez producido el despido, las opciones de la empresa son francamente limitadas, pues al declararse la incapacidad para el trabajo no cabe la optar por la readmisión (que conllevaría la inmediata extinción del contrato por la vía del art. 49.1.e ET) por cuanto que esta ha devenido imposible³². Consecuentemente, el empresario se ve irremediamente obligado a abonar dos indemnizaciones que –al menos hasta la consolidación de esta doctrina jurisprudencial– nunca previó que pudieran concurrir, incrementando así el riesgo económico de la relación laboral.

Al margen de esta última consideración, que ciertamente no es un argumento técnicamente jurídico, más allá de una interpretación muy generosa del principio de seguridad jurídica, la postura del tribunal, aunque sólidamente construida, presenta algunos aspectos que pueden ser objeto de crítica. El primero de ellos es el de la quiebra del principio de indemnización tasada para un solo caso, pues la misma exposición lógica –existencia de diferentes causas para el abono de indemnizaciones– justifica el nacimiento de responsabilidad en cualquier caso de pluriofensividad, que parece con esta línea jurisprudencial extenderse de los Derechos Fundamentales a las previsiones convencionales, sin que quede claro por qué otras fuentes de obligaciones no gozan de este privilegio.

El segundo punto de crítica, como ya defendí en otro lugar³³, reside en la propia concepción de las diferentes causas que encuentra el Tribunal Supremo: no puede discutirse que mientras que la indemnización por despido responde al daño generado como consecuencia de la ruptura (legítima o no) de la relación laboral, las previsiones convencionales atienden a la imposibilidad de trabajar con carácter general. Sin embargo, se omite un hecho elemental: siendo diferentes, el segundo conjunto engloba al primero, pues el daño que se produce por no poder ejercer la profesión

³⁰ STS de 29 de junio de 2009 (R°2489/2008)

³¹ En la argumentación del Tribunal se expone que la solicitud de la trabajadora había sido denegada en vía administrativa, y no fue hasta bastante tiempo después del despido que, en vía jurisdiccional, se reconoció tal situación. En consecuencia, no puede entenderse que exista dolo por su parte. Tampoco considera el Tribunal que el error sea sobre las condiciones esenciales que llevaron a la empresa a concluir el negocio jurídico.

³² STS de 20 de septiembre de 2012 (R° 3705/2011)

³³ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Lógica y alcance de la indemnización por despido improcedente”, cit., pág. 34.

habitual (o ninguna actividad profesional) incluye necesariamente la imposibilidad de realizar la prestación de servicios que era fundamento de su relación con el empleador.

c).- La extinción del contrato indefinido en casos de contratación temporal previa

En el cómputo del factor de antigüedad se incluyen, como se verá, todas las relaciones laborales comunes que el trabajador haya tenido con la empresa, lo cual no supone en sí mismo mayor problema, desde la perspectiva que aquí se analiza. En los supuestos de conversión contractual, convencional o legal (por aplicación del art. 15 ET) de un contrato temporal en otro indefinido se mantiene la unidad de vínculo que permite considerar la sucesión de relaciones formales en una sola.

El problema, a los efectos de percepción global de indemnizaciones por encima del sistema legalmente previsto, radica en la posibilidad de que el empresario haya abonado, al finalizar cada una de las relaciones temporales (o algunas de ellas), la indemnización correspondiente, pues surge la duda si esas cantidades pueden detrarse del monto total que corresponde al aplicar el baremo legal.

Desde una perspectiva práctica, son dos los problemas que se plantean, pues rara vez será el empresario quien voluntariamente reconozca que los pagos realizados a cuenta de la terminación del contrato temporal eran indebidos, dado que ello implica asumir la existencia de un único vínculo permanente con la empresa. Consecuentemente, la controversia aparecerá en el momento de discutirse el despido, bien efectuado como tal tras haberse formalizado efectivamente un contrato indefinido, bien tras la no renovación de un contrato temporal, alegándose por el trabajador la adquisición de fijeza por fraude o por el efecto de la fijeza objetiva impuesta por el art. 15.5 ET. Así, será preciso en primer lugar plantearse si cabe entrar a valorar la deducción de los importes ya abonados con motivo de la finalización de contratos temporales del que corresponda por la indemnización por despido.

El proceso de despido, tal y como se concibe en nuestro derecho procesal, es un proceso de cognición limitada, con lo que se pretende agilizar su tramitación. Tanto es así, que el art. 26 LRJS establece la prohibición de acumulación de acciones de despido a ninguna otra –incluida la vía de la reconvención–, con la excepción de la acción resolutoria del art. 50 ET, las reclamaciones de cantidades adeudadas; con carácter supletorio a la acción de despido cabe también la acumulación de la acción contra la extinción de la relación de Trabajador autónomo dependiente.

La alegación empresarial, en este caso, puede entenderse bien como una defensa para minorar la deuda empresarial, alegando la extinción parcial de la deuda reclamada por compensación, o como una verdadera reconvención, si se entiende que

lo que hace es aprovechar el proceso iniciado por la demanda de despido para reclamar que se reconozca la existencia de una deuda del trabajador por haber percibido cantidades no debidas.

La jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo, a este respecto, se ha pronunciado a favor de la primera opción, al entender que el empresario no pretende en este caso la obtención de un fallo condenatorio contra el trabajador –que es lo que caracteriza a la reconvención–, sino que lo alegado es una mera defensa para, en caso de declararse la improcedencia del despido, la cantidad a cuyo pago sea condenado se vea reducida (STS de 27 de mayo de 1997, en doctrina reiterada en las SSTs de 31 de mayo de 2006 y 9 de octubre de 2006³⁴).

No obstante, aceptando que es una cuestión cuya discusión en el seno del proceso despido es adecuada, el Alto Tribunal rechaza expresamente la pretensión por razones sustantivas. Así, con idénticas palabras, en las dos últimas resoluciones citadas, se afirma simplemente que “para que dos deudas sean compensables, es preciso, de conformidad con el art. 1196 CC, que las dos estén vencidas, que sean líquidas y exigibles. Pues bien, en el caso de autos, las cantidades que se pretende compensen parte del importe de la indemnización por despido fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como contrataciones en fraude de Ley, y por ello, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna”.

Esta argumentación es ciertamente sorprendente, pues el hecho de que exista fraude en la contratación no implica que las cantidades abonadas por consecuencia de dichos contratos sean debidas: si la causa del pago es ilícita, cabe aplicar el art. 1275 CC, y consecuentemente declarar su nulidad, lo que conllevaría, de acuerdo con el art. 1303 CC, la obligación de restitución recíproca de lo abonado, que en este caso únicamente sería el pago correspondiente a la indemnización. Esta acción, sin embargo, no debe entenderse sometida al plazo general del cuatro años del art. 1301 CC, sino al especial de uno del art. 59 ET. Únicamente si se considera que existe causa torpe imputable únicamente al empresario, por vía del art. 1306.2 CC cabe afirmar que éste no está legitimado para reclamar lo que abonó, pero tal condición debería ser probada, pues la calificación de los contratos temporales como fraudulentos no implica necesariamente mala fe: en su apreciación se toma en consideración la calificación jurídica de unas circunstancias, que no tiene porqué ser pacífica. Además, es preciso tener en cuenta que el art. 15.5 ET, al establecer la adquisición de fijeza para “los trabajadores que en un periodo de treinta meses

³⁴ Respectivamente, R^o 3705/1996, R^o 1802/2005 y

hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada”³⁵, está excluyendo precisamente la situación de fraude. En esos casos, si hubiera fraude en la contratación temporal en cualquiera de las figuras utilizadas el precepto de aplicación sería el apartado tercero del mismo artículo, sin necesidad de acreditar que la duración de la relación haya alcanzado los límites señalados. Por tanto, el empresario puede haber actuado siempre dentro de la más estricta legalidad, contratando por duración determinada con causa a un trabajador para necesidades temporales, y que el mismo, al ver extinguido su contrato –incluso por una causa legalmente prevista– obtenga una indemnización superior a la tasada prevista por la ley.

La interpretación que realiza el Tribunal Supremo parece establecer una especie de indemnización punitiva al empresario, al que se le impide reclamar las cantidades que abonó en la contratación temporal fraudulenta, sin atender realmente a la naturaleza de los pagos realizados y los condicionantes jurídicos que les rodean. La persecución de la contratación temporal fraudulenta tiene sus consecuencias en la ley –tanto la conversión del contrato en indefinido como las previstas en el art. 7.2 LISOS³⁶–, y son esas y no otras las que deben imponerse en una aplicación estricta de la ley.

C.- Consideraciones jurídicas y económicas

La fijación de un baremo legal, tasado y que ignora las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, así como la inexistencia de daños punitivos y la limitación de los supuestos en que procede la readmisión sin necesidad de aceptación o elección por el empresario, puede verse como una perversión de la configuración legal del derecho al trabajo reconocido por el art. 35 CE; asimismo, es posible argumentar que si no existe traba alguna al despido sin causa, más allá de fijar un precio previamente conocido, el

³⁵ Regla ésta especialmente referida a los contratos temporales cuya terminación implica el pago de indemnización, pues el último párrafo del mismo apartado matiza que “Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”.

³⁶ Califica este precepto como infracción grave (sancionada por tanto, conforme al art. 40 LISOS, con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros) la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva.

contenido del citado derecho no consistirá en la preservación del trabajo, sino tan solo en la fijación de un valor de cambio³⁷. Así, se ha criticado el modelo vigente por ser un “subrogado de la libre rescindibilidad del contrato de trabajo” en tanto se limita a monetizar el valor del derecho al trabajo³⁸, que sufre una “expropiación sustancial si queda reducido al derecho a una suma dineraria”³⁹.

Se ha señalado en este sentido, sobre todo tras las resoluciones judiciales que tras la reforma de 2002 admitieron el valor liberatorio del pago de la indemnización tasada en cheque⁴⁰ o mediante dinero en efectivo⁴¹, que existe en nuestro derecho un despido descausalizado por ser “libre pagado” y “con coste económico cierto”⁴².

No obstante, tanto una como otra afirmación resultan matizables: empezando por la última de las señaladas –además de que no toma en consideración los costes que aquí se califican como “no factoriales” y de que existen supuestos en los que puede incurrirse en una indemnización mayor de la tasada–, adolece de una confusión entre lo fáctico y lo jurídico. No puede obviarse que todo vínculo obligacional puede ser –de hecho– libremente incumplido por cualquiera de las partes, ante lo cual el derecho ofrecerá en cada caso la respuesta que el legislador determine como adecuada. La particularidad de la terminación del contrato de trabajo reside en que la consecuencia del incumplimiento es una obligación alternativa de cumplimiento específico (readmisión) o indemnización en cuantía prefijada por la ley. El despido sin causa suficiente es una conducta ilícita, sancionada como tal por el derecho, sin perjuicio de que puedan hacerse valoraciones de política legislativa –e incluso en el extremo de índole constitucional– sobre la suficiencia de dicha sanción.

El establecimiento de consecuencias tasadas para un incumplimiento no es una institución desconocida en nuestro derecho: como se ha expuesto más arriba al tratar los problemas constitucionales de las indemnizaciones tasadas desde la perspectiva de la arbitrariedad por exceso de igualdad (vid. Capítulo III.- 2.3.3.-), los baremos indemnizatorios son una herramienta común para la indemnización de daños en el ámbito de los seguros privados, y de hecho sirven como criterio interpretativo a todo tipo de indemnizaciones; es más, puede afirmarse que la aplicación analógica es la respuesta más razonable en derecho, pues resulta arbitrario que un mismo daño tenga diferente valor según la materia legal que lo regule o la jurisdicción que lo valore⁴³.

³⁷HERRANZ CASTILLO, R., “Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental”, cit., pág. 63.

³⁸VALDÉS DAL-RÉ, F., “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. I, 2001, pág. 129.

³⁹BAYLOS GRAU, A. Y PÉREZ REY, J., *El Despido o la violencia del poder privado*, cit., pág. 63.

⁴⁰STS de 6 de marzo de 2008, R° 4785/2006, R° 1803/2005

⁴¹STS de 22 de enero de 2008, R°

⁴²LAHERA FORTEZA, J., “Las paradojas del despido libre pagado”, cit.

⁴³RAMOS GONZÁLEZ, S. Y LUNA YERGA, Á., “Los baremos como paradigma de valoración de daños personales”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 191, 2004, pág. 6.

Incluso en el ámbito general de la compraventa, el art. 1454 CC prevé que la indemnización por incumplimiento pueda limitarse a las arras.

En consecuencia, la fijación de ese “valor de cambio” no es tal, sino tan sólo la determinación precisa de las consecuencias de la infracción, que en determinados supuestos serán mayores a los reales –pues no se minoran en caso de que el trabajador inmediatamente obtuviera otro empleo con iguales o mejores condiciones, ni cuando el trabajador puede acceder a prestaciones por jubilación– y en otros muchos menores. El hecho de que las partes conozcan con precisión las consecuencias del incumplimiento no implica que el ordenamiento jurídico tome partido a favor de dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes. Se trata, simplemente, de dotar de seguridad jurídica (y económica) a una relación, lo que desde una perspectiva de eficiencia es ciertamente conveniente, pues sólo así podrán celebrarse contratos óptimos, esto es, con el máximo excedente social. En el caso de las indemnizaciones por despido, el conocimiento del coste de la terminación del contrato de trabajo permite incorporar su valor actualizado al momento de la contratación, lo que evita –o al menos reduce– las distorsiones que sobre el empleo (y potencialmente sobre las propias condiciones de trabajo) pudieran generarse.

La introducción de baremos indemnizatorios no implica por sí misma una reducción de la protección de la parte que ha sido perjudicada, pero sí una minoración de la incertidumbre. En supuestos de bienes jurídicos de difícil valoración, como es el caso del derecho al empleo y los bienes morales que puede implicar (integración social, realización personal...), los baremos permiten una reducción de la variabilidad⁴⁴, lo que genera una frecuente compensación inadecuada del daño (por defecto o por exceso), una distorsión del efecto disuasivo para causantes potenciales de daños, un incremento de costes de gestión de la responsabilidad y un incremento de la litigiosidad⁴⁵. Ahora bien, si las consecuencias de la ilicitud del acto que genera el daño tasado por la escala o baremo no responden al perjuicio medio sufrido, se produce en promedio una infravaloración de las indemnizaciones, con la pérdida del correspondiente efecto disuasorio. Así, los análisis críticos deben centrarse en el nivel de resarcimiento que se consigue, más que en el hecho de que el precio del incumplimiento sea cierto.

Ahora bien, la introducción por vía jurisprudencial de supuestos en que el coste extintivo es superior al previsto –nótese que los tres supuestos que se han descrito aparecen en la jurisprudencia entre 2005 y 2006– puede generar una inseguridad en el empresario a la hora de contratar, pues no es irracional temer que aparezcan otros

⁴⁴PINTOS AGER, J., “Baremos”, cit., pág. 8.

⁴⁵PINTOS AGER, J., “Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 131, 2003, pág. 7.

supuestos en que existan sobrecostes. De esa forma, se estaría aumentando el coste esperado del contrato de trabajo (y por tanto reduciéndose el nivel de empleo) sin que a cambio aumente la protección del trabajador. No quiere con ello decirse que los supuestos de protección establecidos por la jurisprudencia estén o no justificados, sino destacar la necesidad de que sea la legislación la que marque las pautas y que mantenga una cierta estabilidad. Evidentemente, es imposible que la generalidad de la norma ofrezca una respuesta precisa a todos los casos que se den en la realidad, pero es igualmente evidente que cuanto mayor sea la complejidad de la regulación más probable es que existan supuestos que la jurisprudencia deba aventurar respuestas.

1.2.- La formulación del régimen legal

1.2.1.- Configuración general

El régimen legal de la terminación del contrato vigente en la actualidad, que es fruto de una opción legislativa concreta en el marco de los límites que se han expuesto anteriormente, contempla diferentes supuestos de extinción que traen causa de una actuación empresarial. Es cierto que las indemnizaciones previstas tienen naturaleza jurídica diferente, pues mientras que en los casos en los que el empresario actúa conforme a derechos por existir una legítima y legal razón para terminar la relación laboral se trata de lo que DIEZ PICAZO⁴⁶ denomina “indemnizaciones por sacrificio”, cuando su actuación es contraria a derecho el resarcimiento tiene el carácter de verdadera indemnización por daños contractuales. No obstante, el legislador opta por un mecanismo común de resarcimiento, mediante un sistema factorial: cualquiera que sea la causa por la que el empresario realice o provoque la terminación del contrato, el cálculo de la cuantía que deberá abonar al trabajador será el resultado del producto de tres factores⁴⁷: el tiempo de servicio, el salario, y lo que en esta investigación se califica como factor indemnizatorio, que sirve para concretar el importe de la deuda que nace en función de la ponderación que el legislador realiza de los intereses en conflicto de empresario y trabajador, y que puede llegar a ser cero.

Esta estructura, sobre la que más adelante se realizará alguna matización y que se analizará con más detalle, aparece recogida en diferentes normas laborales. Así, la expresión “F (de factor) días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año” se emplea tanto en el caso de despido por causas objetivas (art. 53 ET, aplicable también al despido colectivo por remisión del

⁴⁶ DIEZ-PICAZO, L., *Derecho De Daños*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, págs. 56-58.

⁴⁷ Como se ha señalado más arriba (Capítulo III.- 2.2.-) en el caso de violación de Derechos Fundamentales cabe una indemnización adicional, como expresamente reconoce el art. 183.4 LRJS. Sin embargo, esta se refiere precisamente a dicho daño, y desde una perspectiva jurídica es independiente de la terminación del contrato: el bien jurídico protegido no es la continuidad en el empleo sino el Derecho Fundamental vulnerado.

art. 51.4 ET) como en el despido improcedente, ya fuera originalmente calificada su causa como disciplinaria u objetiva (art. 56 ET), así como por remisión en el caso de la extinción inducida por el trabajador ante el incumplimiento empresarial (art. 50 ET). En idénticos términos fija el legislador la indemnización a que tendrá derecho el trabajador en caso de que éste no acepte la movilidad geográfica propuesta por el trabajador (art. 40.1 ET, tercer párrafo) o la modificación sustancial de ciertas condiciones de trabajo⁴⁸ (art. 41.3, segundo párrafo), que en cierta medida pueden asimilarse a un incumplimiento del empresario de las condiciones pactadas⁴⁹, si bien justificado y aceptado por el legislador ante la concurrencia de razones específicas.

En el caso de la contratación temporal, ya sea directa o a través de Empresas de Trabajo Temporal la fórmula es similar pero no idéntica: en ambos casos se establece una indemnización de cuantía “equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar F días de salario por cada año de servicio” (art. 49.1.c ET y art.11.2 LETT). Son dos, pues, las diferencias con la descripción general: la primera de ellas, posiblemente innecesaria, radica en la referencia a la proporcionalidad, pues el legislador no ignora que la práctica totalidad de los contratos temporales sujetos a esta indemnización tienen una duración inferior a un año⁵⁰. Sin embargo, eso no impediría aplicar la regla general, pues la expresión final –“prorrrateándose por meses los periodos inferiores a un año”– daría solución a estas situaciones. Es precisamente la ausencia de esta expresión en la fórmula que el legislador emplea para fijar la indemnización por finalización del contrato temporal, la segunda diferencia. Esta omisión, que como se verá en el análisis correspondiente⁵¹ no supone cantidades elevadas de dinero, en términos relativos sí que puede tener mayor impacto si se tiene en cuenta la generalmente escasa duración del contrato temporal. En todo caso, al margen de su estudio detallado y con el objetivo de no perder generalidad, puede ignorarse esa diferencia en este punto.

⁴⁸ Aunque el legislador no establece una lista tasada de los cambios que pueden implicar la necesidad de seguir este procedimiento, sino que la lista del art. 41.1 ET es meramente ejemplificativa, como se deduce sin mayor complicación de la expresión “entre otras”, la posibilidad de resolver el contrato se limita a los cambios en jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones, excluyéndose por tanto los cambios en el sistema de trabajo y rendimiento o las modificaciones sustanciales que afecten a cualquier otra condición de trabajo.

⁴⁹ Se trata de una modificación unilateral del contrato, que opera como una excepción a la regla general de que los contratos desde su perfección obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado (art. 1258 CC) y la a interdicción de que el cumplimiento de los contratos se deje a la voluntad de uno de los contratantes (art. 1256 CC).

⁵⁰ En concreto, en el caso de los contratos eventuales por circunstancias de la producción, con datos para el promedio de los últimos siete años (desde 2007 a septiembre de 2013), el 99,98% de los contratos registrados lo fueron por un año o menos. En el caso de los contratos de obra, sólo se indicó la duración – no es obligatorio y si se expresa con carácter orientativo– en un 17,75% de los casos. De ellos, en el mismo periodo fueron un 98,46% los contratos que no superaba el año de duración. Con datos de la EPA, atendiendo al tiempo que el trabajador lleva en la empresa (con uno o varios contratos sucesivos) los resultados son algo menos extremos, aunque la fiabilidad también se reduce, pues se confía en que el entrevistado conozca la clase de contrato que tiene. En todo caso, para todos los tipos de contratos temporales (con excepción del de interinidad por sustitución) más de la mitad de los trabajadores tienen una antigüedad inferior al año.

⁵¹ Vid. *Infra*. el epígrafe 3.2.-

Por otra parte, para mantener una lógica integradora que comprenda todas las modalidades de despido en el sentido más amplio, puede entenderse que, en los casos en que el legislador establece la ausencia de indemnizaciones, se está determinando un factor nulo (con valor cero).

La doctrina académica, cuando analiza las compensaciones por despido, asume implícitamente este tratamiento, pues no reitera el análisis de cada uno de los elementos al tratar las consecuencias de cada causa de terminación, sino que está comúnmente asumido que las reglas aplicables al cálculo de los “módulos legales”⁵², “elementos para su cuantificación” o factores son idénticas en los diferentes supuestos, y se exponen como tales en la regulación del despido improcedente⁵³, aunque en algún caso se menciona expresamente que “el sistema de baremo implantado (...) gira en torno al despido improcedente (...) [y en el resto de terminaciones por iniciativa del empresario] se aplica el mismo sistema, pero se modifica alguno de sus componentes”⁵⁴; en algunos casos no se presta atención separada a la composición de los elementos de la indemnización⁵⁵ y resulta excepcional el tratamiento separado de la indemnización por despido de los efectos de alguno de los tipos del mismo⁵⁶.

Un tratamiento unitario de los costes de despido a los que se enfrenta el empresario permite tener una visión más clara de la lógica del sistema indemnizatorio, pues evita las reiteraciones o remisiones que necesariamente serían necesarias en caso de un tratamiento separado de cada uno de los supuestos extintivos. Esta perspectiva, que aparece implícita en algún pronunciamiento jurisprudencial⁵⁷, ofrece

⁵²PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M., *Derecho del trabajo*, 21ª ed, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2013, págs. 814-815.

⁵³ Así ocurre en CAMPS RUIZ, L. M. Y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (DIRS.), *Derecho del trabajo*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, 22ª ed, Tecnos, Madrid, 2013; MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de derecho del trabajo*, 6ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁵⁴PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M., *Derecho del trabajo*, cit., págs. 814-815.

⁵⁵ Por ejemplo, en CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de derecho del trabajo*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013; OLEA, M. A. Y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del trabajo*, 27ª, Civitas; Thomson-Reuters, Madrid, 2010.

⁵⁶ En este sentido, en una lógica parecida a la usada en este trabajo se desarrolla un “sistema español de despido”, tratando globalmente los supuestos referidos a despido procedente por causas objetivas y el despido calificado como improcedente –no así a los contratos temporales, expresamente excluidos del concepto de despido que emplean al producirse según su visión por un hecho legalmente previsto– y posteriormente se trata conjuntamente todas las indemnizaciones en MOLERO MANGLANO, C., *Manual de derecho del Trabajo*, 13ª(2ª en la editorial), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, cap. XIII particularmente epígrafes 1.2 (caracteres del sistema) y 7 (la indemnización). Sin plantear una sistemática ni un análisis modular en sentido estricto, se describe un análisis global de la indemnización, evaluando los “conceptos delimitadores de la indemnización” –salario regulador y años de servicio– y posteriormente las “especialidades indemnizatorias en las distintas excepciones contractuales” en MARÍN MORAL, I., *La indemnización por despido*, 2ª, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

⁵⁷ Así, las SSTs de 28 de junio de 2002 (Rº2460/2001) y 18 de febrero de 2003 (Rº597/2002) se refiere a los “módulos” de 45 días y 7 días para referirse a la indemnización por despido improcedente en la relación laboral común (en el régimen entonces vigente) y al desistimiento en la relación laboral especial de alta dirección. En el mismo sentido, la STS de 11 de abril de 2011 (Rº1909/2010) se refiere al módulo de 45 días frente al de 20 para un

una visión global del sistema indemnizatorio, útil para el análisis jurídico, pero sobre todo para afrontar el estudio de las decisiones empresariales en aplicación de dicho sistema. De este modo, una primera aproximación al modelo de indemnizaciones podría expresar el coste de terminación del contrato de trabajo (que denominaremos con la letra T_i , siendo el subíndice i el número de la fórmula correspondiente) así⁵⁸:

Fórmula 1: Esquema modular básico de indemnización

$$T_1 = F \times A \times S$$

Donde F es el factor indemnizatorio
 A es el tiempo legal de servicios prestados por el trabajador
 S_d es el salario diario

No obstante, el legislador no permite que este esquema de indemnizaciones crezca indefinidamente con la antigüedad del trabajador, sino que establece un tope, que determina la máxima responsabilidad en la que el empresario podrá incurrir por el hecho del despido. Así, en las diferentes formas de terminación contractual se añade la expresión “con un máximo de N mensualidades”, excepto en el caso de los contratos temporales, que en ningún caso alcanzarán grandes sumas por ser reducido el factor indemnizatorio. De esta forma, el coste de terminación para el empresario será la menor de las dos cantidades así calculadas: el producto de los tres factores antes señalados o el que resulta de multiplicar el número establecido por el salario mensual:

Fórmula 2: Esquema modular básico de indemnización con incorporación del tope

$$T_2 = \min(F \times A \times S_d, N \times S_m)$$

donde F es el factor indemnizatorio
 A es el tiempo legal de servicios prestados por el trabajador
 S_d es el salario diario
 N es el módulo indemnizatorio máximo
 S_m es el salario mensual

despido por causas objetivas, y el ATS de 13 de junio de 2013 (R^{2288/2012}) se refiere al módulo de 33 o 45 días en relación al CFCE; en relación al despido improcedente en la relación laboral especial de empleados al servicio del hogar familiar, la STS de 5 de junio de 2002 (R^{2506/2001}), igualmente alude al módulo de 20 días. Más genéricamente, la STS de 23 de enero de 2013 (R^{1119/2012}) se refiere al “módulo establecido en el art. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores”.

⁵⁸ Una formulación sencilla, similar a esta primera que se presenta aparece en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, 29, 2005, pág. 56. La autora emplea la expresión “Indemnización= $D \times$ año de servicio, siendo D el número de días *a priori* determinado por el legislador”. Esta expresión, más que reflejar la fórmula completa, materializa la intuición que aquí se desarrolla, pero no pone de manifiesto que la indemnización se fija conforme a tres parámetros: el factor legal, el salario y la antigüedad.

Dado el objeto de esta investigación, no resultan sólo relevantes los costes estrictamente indemnizatorios, sino también todos aquellos otros en los que deba incurrir el empresario para hacer efectiva la terminación del contrato, y que pueden ser de muy variada naturaleza e importe: prácticamente inexistentes –cuando la eficacia de la medida sea inmediata y no requiera formalidad alguna– o resultar más cuantiosos que el producto de los factores indemnizatorios, cuando exijan múltiples trámites o dilaciones en la ejecutividad de la medida. Además, puede darse algún tipo de economía de escala, de tal modo que cuanto mayor sea el número de trabajadores afectados por el despido menor sea el coste promedio: así, un procedimiento de consultas o un informe sobre la situación económica de la empresa no tienen por qué ser más costosos por el hecho de que se pretenda despedir a más trabajadores. De esta forma, es necesario incorporar como sumando un parámetro de costes no modulares, que en realidad será una función de diversos elementos, que se analizarán más adelante:

Fórmula 3: Esquema modular básico de indemnización con incorporación del coste no factorial

$$T_3 = C + \min(F \times A \times S_d, N \times S_m)$$

Donde

<i>C</i>	es el coste no factorial
<i>F</i>	es el factor indemnizatorio
<i>A</i>	es el tiempo legal de servicios prestados por el trabajador
<i>S_d</i>	es el salario diario
<i>N</i>	es el módulo indemnizatorio máximo
<i>S_m</i>	es el salario mensual

Esta fórmula ofrece una visión general de los costes que tendrá que tomar en consideración el empresario, y en ella se justifica la estructura del análisis de las páginas siguientes. Así, a continuación se analizará la concreción de cada uno de sus elementos para cada clase de despido, unido al margen del que disponga el empresario en la práctica para escoger uno u otro; esta capacidad de elección existen en ocasiones porque la ley lo permite y en otras porque, aun no estando permitido, en la práctica no existe control o este es demasiado esporádico. En esta fórmula, por otra parte, se recogen dos elementos que, claramente, podrían configurarse de modo uniforme: resulta claro que es posible transformar el salario mensual en diario y viceversa, puede plantearse la antigüedad a partir de la cual opera en cada caso el tope indemnizatorio. Sin embargo, ello requiere conocer los criterios que deben emplearse conforme a la interpretación jurisprudencial para calcular uno y otro, lo que se hará más adelante⁵⁹.

⁵⁹ Por ello, se ofrece otra expresión de esta fórmula en el epígrafe 3.1.

1.2.2.- La exclusión de los salarios de tramitación

Esta modelización no incluye el coste de los salarios de tramitación. Esta omisión es coherente, dada la vigente configuración legal, con el objeto de este estudio, salvo en supuestos excepcionales. La reforma laboral de 2012 modificó el art. 56 ET, como se ha expuesto en el Capítulo II, de modo que los salarios de tramitación no son ya una parte de la indemnización que, con carácter general, recibirán los trabajadores despedidos improcedentemente. Por una parte, la naturaleza indemnizatoria que les atribuyó –resolviendo una cuestión que hasta el momento era ampliamente discutida⁶⁰– el Tribunal Supremo desde la STS de 26 de diciembre de 2000⁶¹ modificando su doctrina acerca del carácter salarial, queda al menos en el aire. En el régimen anterior, dada la naturaleza constitutiva de acto de despido –esto es, el empresario por su sola voluntad termina con la relación laboral– y la consecuente falta de prestación de servicios posterior, resultaba coherente entender, como hizo el Tribunal, que pese a su denominación, no suponían retribución alguna, ni por tanto eran propiamente salarios, sino que resarcían al trabajador por el hecho del despido, causando consecuentemente un daño⁶².

Sin embargo, en el régimen actualmente vigente la regla general es la desaparición de los salarios de tramitación. Sólo se abonaran en dos supuestos concretos: cuando el empresario opte por la readmisión –o esta sea obligatoria⁶³– o cuando la elección entre ésta y el reingreso en la empresa corresponda al trabajador por ser representante de los trabajadores. Ello hace pensar que el legislador está considerando que, en dichos casos, la relación laboral se mantiene en suspenso, de modo que se retoma o se da definitivamente por terminada cuando así lo escoge el representante, con lo que realmente, aun cuando no presten servicios, puede afirmarse que pasan a tener naturaleza salarial⁶⁴. Esta interpretación lleva a entender, por otra parte, que siempre que la opción corresponda al trabajador, porque por otra norma⁶⁵, por contrato o por convenio colectivo así se haya determinado, procederá su

⁶⁰ En relación a esta cuestión, vid. SEMPERE NAVARRO, A. V., “Naturaleza de los salarios de tramitación y responsabilidad del empresario principal”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. V, 1998.

⁶¹ (R^o4595/1999); en ella expresamente se afirma que “son en realidad indemnizaciones por despido, y no contraprestaciones o contrapartidas del trabajo realizado”.

⁶² HERRAIZ MARTÍN, M. DEL S., “Los salarios de tramitación en los despidos declarados improcedentes a la luz del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo”, *Tribuna social*, 220, 2009, pág. 68.

⁶³ Como es el caso del art. 96.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 13 de mayo de 2007), que para el caso de personal laboral, que en caso de haber sido despedido por la comisión de faltas muy graves y haberse declarado dicha extinción como improcedente debe ser readmitido.

⁶⁴ GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 373.

⁶⁵ Como es el caso del art. 96.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 13 de mayo de 2007), que para el caso de personal laboral, al que le corresponde la opción en caso de haber sido despedido por la comisión de faltas muy graves y haberse declarado dicha extinción como improcedente.

abono⁶⁶. Es cierto, no obstante, que la reducción de la cuantía de estos salarios de tramitación en la cantidad percibida por el trabajador improcedentemente despedido en otro empleo podría permitir mantener la naturaleza indemnizatoria de esta partida⁶⁷, pero esta previsión pueda también calificarse como una aplicación concreta del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que en nada afecta a la naturaleza de la deuda.

La consideración de la deuda como salarial puede ser ya una primera razón para excluirla de los costes extintivos, en los que normalmente no aparecerá. Sin embargo, incluso aunque se mantenga la naturaleza salarial, como regla general sólo se devengarán cuando el empresario no tenga verdadera intención de extinguir el contrato, sino de castigar una determinada conducta o actitud: incluso cuando lo hubiera caracterizado como objetivo, si ha tomado la decisión de que la extinción del contrato supone una mejora del funcionamiento o resultados de la empresa, no resulta probable que reconsidere su decisión por el hecho de que el juez entienda que el supuesto no entra en la definición legal de las causas. En consecuencia, no pueden calificarse dentro de los costes extintivos. Únicamente en el caso de los representantes de los trabajadores –y el de los demás trabajadores a los que se les atribuye la opción en caso de que se entienda que también están protegidos– podría considerarse como un coste, que en todo caso puede entenderse incluido dentro del componente no factorial de la fórmula antes expuesta.

2.- EL COSTE NO FACTORIAL DEL DESPIDO

2.1.- Concepto e impacto económico

La decisión empresarial de prescindir de uno o varios trabajadores no puede en nuestro ordenamiento jurídico adoptarse sin más, aun cuando concurren las causas previstas en la ley. Desde que se toma la determinación de extinguir el contrato de trabajo hasta su efectividad, la normativa laboral exige la satisfacción de una serie de requisitos que tendrán para el empresario mayor o menor coste.

La tipología de estos requisitos es muy variada, y al margen de estar fuera de la fórmula factorial propuesta más arriba, no existe un elemento unificador que permita establecer características generales de los mismos. Así, en algunos casos suponen

⁶⁶ En contra de esta postura, considerando que la voluntad del legislador es la supresión de los salarios de tramitación cuando se produzca la extinción y que la excepción se deba a la voluntad de protección específica de los representantes de los trabajadores y no a la latencia del vínculo laboral hasta el ejercicio de la opción, BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 19-20.

⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 115, 2012, pág. 295.

transferencias directas de cantidades del empresario al trabajador (preaviso, salarios de tramitación), mientras que en otros son costes puros para la relación laboral, que como tales generan mayores distorsiones, como se ha expuesto en el Capítulo I: negociaciones y consultas, gastos relacionados de conciliación extraprocesal, las relaciones con la administración laboral... Dentro de estos últimos debe hacerse mención separada a aquellos que, suponiendo una aportación dineraria cuantificada conforme a criterios previstos en la ley, no son percibidos por el trabajador sino por una u otra forma de poder público: el art. 51 ET –referido a los despidos colectivos– en sus tres últimos apartados (del noveno al undécimo) contiene sendos supuestos específicos en los que el empresario viene obligado a realizar un desembolso adicional a las indemnizaciones por despido. De ellos, los dos primeros revierten directamente en interés del trabajador, el Convenio especial con la Seguridad social y el plan de recolocación, mientras que el tercero supone una contribución al Tesoro, sin consecuencias concretas para los despedidos. Por otra parte, en relación a las cuestiones formales, al operar como elemento determinante de la calificación del despido y en consecuencia del factor indemnizatorio aplicable, su análisis se realiza más adelante (vid. epígrafe 4.2.1.-)

Esta diferencia en su naturaleza afecta claramente a su posible efecto económico: mientras que las transferencias directas son fácilmente estimables por las partes e idealmente se computarán en el momento de la negociación salarial, en el caso de los costes en que incurra el empresario que no supongan una ganancia para el trabajador, el efecto distorsionador será mayor.

Las transferencias directas a los trabajadores, como se ha expuesto en el Capítulo I, pueden ser compensadas en la negociación contractual: al fijarse los salarios las partes las tendrán en cuenta en el total de retribuciones que acuerden. Sin embargo, en las relaciones de trabajo de duración no definida –que es en las que principalmente operan estos costes– a la dificultad de asignar una probabilidad exacta al riesgo de despido se suma el hecho de que dependiendo del momento en que se produzca efectivamente el mismo la transferencia tendrá mayor o menor relevancia en el monto global abonado.

En el caso de la indemnización factorial, al establecerse como un número de días por año de servicio, el trabajador estará dispuesto a aceptar la fijación del salario en una cantidad menor a la que exigiría en ausencia de estas indemnizaciones. La cuantía de esta disminución será, en caso de un individuo neutral al riesgo, igual al porcentaje de salario que se le abonará en caso de despido, ponderado por la probabilidad de que esta sea la forma de terminar su relación laboral. Así, si la probabilidad de que el

despido sea procedente es del 30% (e improcedente del 70%)⁶⁸, el trabajador (si es neutral al riesgo) aceptará una reducción salarial equivalente a la media ponderada de 20 y 33 días de salario por año, ajustada en atención a las posibilidades de que sea despedido: con una tasa de despido del 5,7%⁶⁹ esto sería igual aproximadamente a 1,7 días de salario, o lo que es lo mismo, una minoración de sus retribuciones de medio punto porcentual.

Si ya resulta claro que tanto para trabajadores como empresarios este cálculo es complejo, pues las probabilidades de ser despedido a priori son muy difíciles de conocer (no sólo por causa de la incertidumbre económica, sino de la propia variabilidad de la legislación laboral), en el caso de las cuantías fijas entra en juego, además, el distinto impacto que tendrían según cuando se produzca la extinción. A título meramente ejemplificativo, un preaviso de 15 días supone un coste para el empresario (y un ingreso para el trabajador) del 4,1% de la retribución pagada si el despido se produce al año de comenzar la relación, pero sólo un 0,4% si tiene lugar tras una década.

2.2.- Transferencias directas a los trabajadores

2.2.1.- El preaviso

A.- Aspectos generales

El preaviso, con carácter general, se prevé para dos supuestos concretos de terminación del contrato de trabajo: el despido por causas objetivas y el final de contratos de duración determinada con plazo superior a un año, siendo en ambos casos de 15 días de duración, computados desde la notificación del despido e incluyendo los inhábiles, pues por aplicación el art. 5.2 CC se debe contar el plazo en días naturales⁷⁰.

El primero de los supuestos citados se regula en el art. 53.1.c, en el que se establece como fecha de referencia del cómputo la entrega de la comunicación personal al trabajador, con independencia de que el despido sea individual o colectivo,

⁶⁸ Aunque los datos pretenden ser meramente ejemplificativos, las tasas se toman como aproximación, utilizando el total del periodo 2007-2013, de causas de alta en la prestación contributiva de desempleo. Dichos datos no expresan la indemnización percibida, pero se estima que se ha abonado la prevista para despido improcedente, además de los expresamente reconocidos como tales, cuando se trata de sentencias del juzgado de lo social o acta de conciliación (aunque estos aparecen agregados a la finalización del periodo de prueba), y la de despido procedente en los casos de despidos por causas objetivas y procedimientos extintivos de regulación de empleo.

⁶⁹ Tomada de la recogida para 2007 –por ser el último antes de la crisis– en GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del Grupo de Expertos sobre el Fondo de Capitalización para los trabajadores*, MTIN, 2011, pág. 21.

⁷⁰ ALZAGA RUIZ, I., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004 (Colección Monografías Aranzadi), pág. 386.

si bien en este último caso se deberá entregar copia a la representación de los trabajadores.

Durante el preaviso, en principio, la relación laboral sigue viva y despliega todos sus efectos, con lo que el trabajador tendrá obligación de prestar sus servicios con normalidad y el empresario deberá abonar el salario que corresponda. Sin embargo, resulta bastante probable que la productividad del trabajador se vea notablemente reducida, no sólo por el hecho de que se le reconozca en el apartado segundo del mismo precepto una licencia de seis horas semanales –no aplicable al caso de despidos colectivos⁷¹– para buscar un nuevo empleo, sino también porque los incentivos se verán notablemente reducidos.

El mismo art. 53.4 ET, cuando establece la necesidad del cumplimiento de los requisitos de forma del preaviso para que el despido pueda ser calificado como procedente, expresamente excluye el respeto a este periodo, siempre que se abone el importe de los salarios dejados de percibir.

El objetivo de esta institución es el de permitir al trabajador disponer de un tiempo para la búsqueda de un nuevo empleo⁷², de modo que se minoren las importantes consecuencias que tendría el trabajador (y en su caso las personas que de él dependan) una extinción con efectos inmediatos⁷³. Por ello, si se le mantiene el salario que hubiera obtenido en el periodo previsto pero se le libera de su obligación de trabajar –dado que la relación ya se ha extinguido– su finalidad queda totalmente protegida. La naturaleza de este pago lo convierte, por tanto, en una deuda ordinaria, cuya falta de abono no tiene efectos sobre la validez del despido: su defecto simplemente dará lugar a la correspondiente acción de reclamación de cantidad. De hecho, el carácter de institución finalista permite que pueda coincidir con el periodo de vacaciones o que, en caso de que el contrato esté suspendido por incapacidad temporal, no proceda el abono de retribuciones⁷⁴.

La naturaleza de este pago sustitutivo del preaviso es indemnizatoria y no salarial, por cuanto que no retribuye trabajo efectivo, si bien fiscalmente debe señalarse que se entiende que “no cumple una función tuitiva, connatural a la esencia del derecho laboral, sino más bien una función de garantía propia del derecho privado y, en

⁷¹ La remisión que se hace en el art. 51 ET es al art. 53.1 ET, por lo que este derecho no se reconoce al trabajador que sufre el despido colectivo.

⁷² ALMANSA PASTOR, J. M., “327”, en Efrén Borrajo Dacruz (dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid], 1982 ((Revista de derecho privado)), pág. 327.

⁷³ LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D., “Aspectos formales y procedimentales en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales”, en Jesús Cruz Villalón (dir.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 220.

⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Función del preaviso por circunstancias objetivas”, en M^a Asunción Domblás, Maite Fernández Baraibar (dirs.), *Aspectos generales del despido*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 347-349.

consecuencia, la compensación económica a sustituir a los salarios dejados de percibir, no tiene la misma naturaleza que la indemnización por despido⁷⁵ por lo que a efectos del IRPF tributa como rendimientos del trabajo. No se trata de una contradicción, sino más bien una consecuencia lógica de su naturaleza, pues lo exento es la indemnización por terminación del contrato de trabajo y el preaviso no tiene esa naturaleza: el daño que repara es la falta de disponibilidad de un tiempo con remuneración para la búsqueda de un nuevo puesto de trabajo.

Debe señalarse que la cantidad abonada por el preaviso no se deduce de la indemnización por despido improcedente, pues como se ha señalado, responde a fines distintos⁷⁶, pero sí de los salarios de tramitación en caso de que proceda su abono, pues supondría un enriquecimiento injusto⁷⁷.

En relación a la denuncia de los contratos temporales, cabe indicar que se excluye –salvo pacto en contrario– el caso de los contratos de interinidad⁷⁸ y, por motivos de duración, el eventual por circunstancias de la producción, dado que nunca llegará a superar el año de duración⁷⁹. Por lo demás, igual que ocurre en el caso del despido objetivo, el respeto del preaviso en la denuncia no tiene la naturaleza de requisito necesario para la legalidad de la misma, ni se derivan otras consecuencias que el nacimiento de una deuda por el importe de los salarios dejados de abonar, como podría deducirse de una aplicación analógica del art. 53 ET, y expresamente ha recogido el art. 8.3 RD 2720/1998.

B.- El preaviso formativo del caso de falta de adaptación a modificaciones en el puesto

EL art. 52.b ET, al establecer la falta de adaptación de un trabajador a modificaciones técnicas del puesto de trabajo, tradicionalmente ha establecido un plazo mínimo de dos meses desde la introducción de la misma. Técnicamente este plazo no es un preaviso, sino un periodo para que el trabajador pueda tener la oportunidad de adquirir las destrezas necesarias para su nuevo puesto de trabajo. De hecho, el preaviso se produce después de adoptada formalmente la decisión extintiva, que ya es irrevocable, mientras que en este caso hasta el transcurso del plazo legal de dos meses no es lícito tomar la decisión de despedir al trabajador, pues se entiende (sin que quepa prueba en contrario) que el empresario no ha tenido ocasión de

⁷⁵ Consulta a la Dirección General de Tributos 2187/1999, de 19 de noviembre de 1999

⁷⁶ ALZAGA RUIZ, I., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, cit., pág. 386.

⁷⁷ STS de 9 de febrero de 1987 (R. Az 1987/800) y aplicando su doctrina, entre otras, STSJ de Canarias, las Palmas, de 28 de marzo de 2001 (R° 483/2000).

⁷⁸ Art. 8.3 RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE de 8 de enero de 1999)

⁷⁹ GARCÍA RUBIO, M. A., “La extinción de los contratos temporales”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 240.

constatar la efectiva obsolescencia del trabajador. Sólo transcurrido este plazo podrá iniciar el procedimiento para extinguir el contrato, respetando en ese momento el preaviso general antes descrito, o abonando su equivalente en dinero. Además, a diferencia del preaviso “común”, la falta de cumplimiento de este requisito sí determinará la improcedencia del despido, y no la mera indemnización por su valor.

Tras la reforma de 2012 se exige además que el empresario haya ofrecido al trabajador “un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas”, que se considerará tiempo de trabajo a todos los efectos, incluido el de la remuneración. El plazo de dos meses se computa ahora “desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación”, debiendo entenderse que la referencia es siempre al hecho que ocurra en último lugar, pues esta formación –sobre cuya intensidad, clase o duración el legislador no ha dado detalles– es en todo caso obligatoria para el empresario. Sólo en caso de que la recualificación se haga con carácter preventivo o si el trabajador se negara a realizar la formación, podrá computarse el plazo desde la introducción de las modificaciones⁸⁰.

Sin embargo, si se tiene en cuenta la perspectiva empresarial, esta aparente mayor protección para el trabajador puede resultar contraproducente. El empresario valorará las dos opciones: el despido inmediato con reconocimiento de improcedencia (por ejemplo, alegando una disminución voluntaria del rendimiento, aunque la menor producción se deba a los cambios introducidos), o bien invertir en la formación del trabajador –remunerándole durante ese periodo– y finalizado este proceso que en la dicción legal “facilite” la adaptación, dejar transcurrir dos meses para evaluar si efectivamente esta se ha producido, y en caso de que no sea así, dar curso al despido por causas objetivas. En el primer caso, el coste del despido será de 33 días de salario por año de servicio; en el segundo, el factor indemnizatorio aplicable será de 20. En caso de que la formación necesaria para el reciclaje profesional de su empleado fuera de tan sólo un mes –y debe tenerse en cuenta que si es insuficiente el despido sería improcedente, por lo que realmente debe “facilitar” esa adaptación, aunque no sea exigible que la garantice⁸¹–, el coste real de despido se verá incrementado en 105 días⁸², obviando el coste de la formación, por lo que para un trabajador de menos de

⁸⁰ GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 346. Sin embargo, entendiendo que la elección de una u otra fecha es discrecional para el empresario, siempre que haya ofrecido el curso, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos...”, cit., págs. 298-300.

⁸¹ Así, será controlable judicialmente que por contenido, calidad y duración facilite la adaptación, al menos en términos relativos (GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos...”, cit., pág. 299). No obstante, debe valorarse la suficiencia desde una perspectiva abstracta, pues de otro modo se vaciaría de contenido esta causa extintiva; evidentemente, si el trabajador no logra adaptarse (salvo comportamiento negligente, que podría dar lugar a un despido por causa disciplinaria), resulta claro que *para él*, el curso no ha sido adecuado.

⁸² Contando 90 días para los dos meses de “periodo de prueba” del nuevo puesto, 30 para la formación y 15 de preaviso ordinario.

siete años de antigüedad es más costoso el despido procedente que el improcedente⁸³. Si el curso resulta costoso o tienen una duración mayor, la penalización al empresario cumplidor se agrava, resultando rentable despedir “improcedentemente” a trabajadores de más antigüedad que previsiblemente no se adaptarán.

2.2.2.- Los salarios de tramitación como coste no factorial

El régimen jurídico de los salarios de tramitación ha dado lugar a muy diversos análisis. Su importancia hoy en los costes de despido, sin embargo, ha quedado ciertamente relegada. Como se ha dicho más arriba, a los efectos de esta investigación únicamente presenta interés el supuesto previsto en el número 4 del art. 56 ET, esto es, el referido a los representantes de los trabajadores (y posiblemente a otros trabajadores a los que se les reconozca el derecho de opción por convenio o pacto individual), pues en caso de que el empresario no opte por la readmisión, no se producirá efectivamente la extinción del contrato.

La previsión legal reconoce en estos casos, cuando el despido sea calificado como improcedente, que el trabajador tendrá derecho a una cantidad equivalente “a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

Sobre la supresión de los salarios de tramitación se ha afirmado –partiendo de la naturaleza salarial de los mismos y en expresa oposición al criterio del Tribunal Supremo⁸⁴– que carece de toda lógica desde una perspectiva dogmática. Para justificar esta tesis, se ha afirmado que toda decisión empresarial de despedir incumpliendo la ley es nula por efecto del art. 6.3 CC (“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”) y que la calificación de improcedencia es procesal y no sustantiva: establece las consecuencias para el caso de que en el proceso se constate la nulidad de la manifestación de voluntad del empresario⁸⁵. Al margen de que no pueda compartirse –a la vista de los desarrollos legislativos posteriores– la eficacia constitutiva de la resolución judicial, es cierto que desde esa perspectiva la

⁸³ El coste de hacer el despido procedente cubre en el ejemplo dado 6,92 veces la diferencia de indemnizaciones por año de servicio (13 días de salario).

⁸⁴ Así, los salarios de tramitación, atendiendo a su formación histórica, responderían a la mora empresarial, al incumplimiento de su obligación de abonar el salario por un trabajo cuya única razón para no prestarse es la propia voluntad del empresario BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 7, 2013, pág. 78.

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 75.

supresión de los salarios de tramitación resulta inasumible. Sin embargo, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el legislador⁸⁶ han optado de manera explícita por reconocer eficacia extintiva al acto empresarial que no incurra en vicios de nulidad radical: los despidos improcedentes –que se acomodan mejor a la noción de acto anulable que nulo– extinguen por sí mismos la relación laboral, sin perjuicio de que una de las opciones para reparar el daño sea la reposición de la relación jurídica a su estado anterior, y en este caso, para dar satisfacción completa al trabajador perjudicado, abonar los salarios perdidos; en caso de que se opte por la indemnización, esta está tasada por el legislador discrecionalmente –lo que ha sido convalidado por el Tribunal Constitucional, como se ha señalado en el capítulo anterior– por lo que puede incluir (y excluir) los conceptos que estime convenientes a su política económica.

Desde una perspectiva práctica, debe señalarse no obstante que el mantenimiento de este coste para el caso de la readmisión y no para la opción por la indemnización puede tener un efecto contraproducente desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo. Debe tenerse en cuenta que aunque la responsabilidad del empresario por este concepto esté tasada, pudiendo reclamar al Estado por el exceso del tope, no es una cantidad irrelevante⁸⁷; conforme al art. 57.1 ET y al art. 116 LRJS el Estado se hace cargo de los salarios de tramitación –únicamente en el caso de despido improcedente– a partir de la fecha en la que se cumplan 90 días hábiles desde la aquella en que se tuvo por presentada la demanda, sin computar por tanto los eventuales trámites de subsanación. En la práctica, si se tiene en cuenta que la demanda puede presentarse hasta en 20 días hábiles desde la fecha del despido (art. 59.3 ET) y dejando al margen que el plazo se interrumpe desde la presentación de la papeleta de conciliación hasta la celebración de esta, suman al menos 110 días hábiles, que en ausencia de festivos supondrían 128 días naturales, lo que equivale a la indemnización por despido improcedente de un trabajador de aproximadamente cuatro años de antigüedad. El ahorro que supone esta supresión es, por tanto, superior a la reducción del factor indemnizatorio desde 45 a 33 para todo trabajador con una antigüedad inferior a 11 años.

En consecuencia, la ausencia de este coste puede tener un efecto distorsionador en la decisión empresarial de readmitir a un trabajador, pues implica un coste notable: de hecho, en la mayor parte de los casos sería más racional no readmitirle y volverle a contratar, pues en este caso comenzaría a contar de nuevo el tiempo de servicio de cara a un hipotético despido futuro. La solución no puede pasar por la supresión de los

⁸⁶ Expresamente indica el inciso final del art.56.1 ET que “La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

⁸⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, *Diario La Ley*, 7833, 2012, pág. 6.

salarios de tramitación en cualquier caso, pues eso supondría la autorización acausal de la suspensión de los contratos, convirtiendo el trabajo indefinido en un trabajo a llamada. En todo caso, no puede negarse que genera un incentivo a la prolongación del proceso, en el que la mayor parte de coste –todo lo que exceda de los 90 días señalados– está socializado⁸⁸.

Respecto de la persistencia del derecho en el caso de los representantes de los trabajadores, el efecto buscado es encarecer su despido aun en el supuesto de que estos optaran por la indemnización. Con ello se ofrece una protección adicional, pues aunque su estabilidad en el empleo está protegida –la opción por el reingreso le corresponde al trabajador– el sobreprecio de su despido puede tener un efecto disuasorio sobre el empresario⁸⁹. La distorsión que en la contratación pudiera tener dicho encarecimiento del despido para los representantes resulta poco significativo: dado que el empresario no puede saber quién lo será (y la probabilidad es relativamente baja), y por otra parte en muchos casos tendrá la posibilidad de escoger a otro trabajador para el despido, el efecto será menor. Es cierto que puede producir una reducción de eficiencia si el representante es efectivamente menos productivo, pero este es un coste socialmente razonable para garantizar la protección de los representantes de los trabajadores y por extensión de estos mismos.

2.3.- Costes sin cuantificación económica expresa

2.3.1.- Consulta, negociación e intervención administrativa en despidos colectivos

A.- Ámbito de aplicación

En los procedimientos de despido colectivo, los Estados Miembros de la Unión Europea, por imperativo de la Directiva 98/59/CE⁹⁰, están obligados a establecer un régimen consultas entre empresarios y representantes de los trabajadores que “versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos” (art. 2 de la Directiva), exigiéndose además la información sobre una serie de aspectos que no es preciso reproducir aquí como condición necesaria para que los representantes pueda formular sus propuestas. Además, se exige la notificación a la autoridad pública competente, y un plazo mínimo, contado desde la comunicación a los representantes de los trabajadores de treinta días

⁸⁸ DESDENTADO BONETE, A., “El despido, la crisis y la reforma laboral”, *Diario La Ley*, 7337, 2010, pág. 6.

⁸⁹ En contra, afirmando que lo relevante es la titularidad del derecho de opción y no el mayor gravamen para el empresario, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012”, cit., pág. 79.

⁹⁰ Ver epígrafe 3.2.1 en el Capítulo III.

para que la medida pueda ser eficaz, sin perjuicio del preaviso que corresponde a la notificación individual de los despidos (vid. supra. 2.2.1.-).

La caracterización de un despido colectivo en el derecho interno español, partiendo de esa base, se realiza atendiendo a la concurrencia de tres elementos que, en principio, tienen carácter constitutivo⁹¹: numérico, temporal y causal⁹². El primero de ellos atiende al número total de trabajadores afectados: será necesario seguir sus trámites siempre que afecte a diez trabajadores en empresas de menos de cien trabajadores, el diez por ciento en empresas que tengan entre cien y trescientos trabajadores y treinta trabajadores en las de mayor tamaño. Excepcionalmente, se considera también despido colectivo el que afecta al menos a seis trabajadores si se produce por el cese total de la actividad empresarial. El elemento temporal se refiere al periodo en el que deben computarse: noventa días como regla general, aunque en determinados casos podrán incluirse otros producidos en periodos sucesivos de igual duración. Por último, el elemento causal se refiere a los motivos del empresario: la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁹³ o por otras razones no inherentes a la persona del trabajador distintos de la terminación de contratos temporales.

Debe señalarse que el ámbito de aplicación supera el exigido en la Directiva por varias razones: toma como referencia la empresa y no el centro de trabajo, no excluye a las de veinte o menos trabajadores y toma de referencia un periodo de que triplica al comunitario, si bien, al entenderse que se trata de medidas más favorables para los trabajadores están expresamente permitidas por su art. 5, pues incluyen más supuestos de los previstos y no dejan fuera ninguno de los regulados⁹⁴.

El elemento causal –la Directiva se refiere a los realizados “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”– no diverge en la legislación española, pues aunque en la definición inicial parece restringirse a las señaladas, el párrafo quinto del mismo art. 51.1 ET incluye en el cómputo “cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador” con la sola exclusión de las terminaciones de contratos temporales, aunque exige para tenerlas en consideración que sean al menos cinco.

⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El despido colectivo en el derecho español: estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 27.

⁹² MARTÍN JIMÉNEZ, R. Y MATEOS BEATO, A., “Despido Colectivo”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004 (Colección Monografías Aranzadi), pág. 402.

⁹³ Sobre el significado de estas causas, vid. infra. Capítulo IV.- 4.2.2.-B.-c.-

⁹⁴ GARRIDO PÉREZ, E., “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en Jesús Cruz Villalón (dir.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 77.

En relación a este aspecto, además, es preciso aclarar que actúa como presupuesto de calificación desde una perspectiva puramente fáctica: siempre que estos sean los motivos por los que el empresario despide y se supere el umbral numérico en el periodo referido deberá seguir sus trámites so pena de nulidad de su decisión. Así, si la extinción de contratos temporales de obra o servicio determinado se produce por motivos diferentes a la conclusión si quiera parcial o por fases del objeto del contrato –como ocurre si continua la actividad para la que la empresa fue contratada pero con menor volumen de actividad– las extinciones sí deben contemplarse, pues la razón empresarial para la terminación es precisamente una reducción de la demanda del servicio que comercializa⁹⁵; en el mismo sentido, si los contratos temporales se han celebrado en fraude de ley, también su extinción se considera incluida⁹⁶. Esta interpretación es la única posible para la terminación anticipada de contratos temporales, pues aunque el ET no lo recoge expresamente, la Directiva, al indicar que quedan fuera de su ámbito los contratos celebrados para tarea o duración determinada, aclara que esta exclusión no es aplicable a los supuestos en los que los “despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos”. En consecuencia, es preciso realizar una interpretación estricta de la exclusión en el cómputo de las terminaciones producidas por los motivos “previstos en el artículo 49.1.c)” que hace el art. 51.1 ET.

Por el contrario, si las causas alegadas por el empresario se encuentran entre las previstas por el párrafo inicial de este artículo, pero posteriormente se declara judicialmente que los hechos en que se basan no son constitutivos de las mismas ello no implicará la inadecuación del procedimiento, sino simplemente el carácter “no ajustado a derecho” del acuerdo empresarial de extinción: seguirán siendo causas no inherentes a la persona del trabajador. De hecho, si el empresario despide a un número de trabajadores que supere el umbral no concurriendo causas económicas, técnicas organizativas o de producción, la calificación de estos despidos será la de nulidad si no sigue el procedimiento de despido colectivo, mientras que si lo respeta será únicamente improcedente, como se deduce del art. 124.11 LRJS.

En relación a los casos incluidos, es preciso realizar algunas acotaciones sobre el concepto de “inherencia a la persona del trabajador” que utiliza el legislador (tanto nacional como comunitario) para referirse a los motivos de la terminación. El ámbito material incluido, ciertamente ambiguo, es claramente más amplio que el del art. 51 ET, pero no hay un criterio unánime en la doctrina. En los despidos disciplinarios se ha distinguido los “puros” (declarados procedentes o no impugnados) de aquellos otros

⁹⁵ STS de 3 de julio de 2012 (R° 1657/2011)

⁹⁶ STS de 8 de julio de 2012 (R° 2341/2011)

en los que se ha reconocido o declarado la improcedencia⁹⁷, aunque otras resoluciones han entendido, con carácter general, que el despido disciplinario queda fuera del cómputo⁹⁸; por otra parte, lo que sí está claro es que tampoco puede identificarse con las causas de despido objetivo: las faltas justificadas de asistencia al trabajo, por ejemplo, constituyen claramente una razón inherente a la persona del trabajador⁹⁹. En todo caso, parece razonable excluir aquellas en las que lo determinante es la voluntad del trabajador –como las resoluciones previstas en los arts. 40 y 41 ET– aunque no queda tan claro en relación a las que se reclaman por la vía del art. 50 ET¹⁰⁰, pues a pesar de que la decisión no es del empresario, su responsabilidad es notablemente más intensa.

B.- El procedimiento y su impacto

El procedimiento de despido colectivo se inicia formalmente con una comunicación a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, pero el art. 51.2 ET exige que con carácter previo que se notifique fehacientemente a los trabajadores o a sus representantes la intención de hacerlo, con el objeto de que pueda constituirse la comisión negociadora. Esta será única para toda la empresa¹⁰¹, a pesar de que la representación de los trabajadores en nuestro sistema legal se ordena en torno al centro de trabajo; para solucionar esta divergencia se establece una representación de un máximo de 13 miembros, nombrados en proporción al número de trabajadores de los centros afectados por la extinción que se plantea hacer si los representantes en los mismos fueran más del señalado número máximo. Los centros que carezcan de representación tienen la opción de nombrar a una comisión conforme a las reglas previstas en el art. 41.3 ET, que también tendrán derecho a participar en aquella; si no lo hicieran, se asignará su representación a los representantes legales de centros que sí los tengan. Aunque se ha criticado esta norma por simplificar en exceso al presuponer que siempre se conocerá a cuántos trabajadores representa cada

⁹⁷ Por ejemplo, STSJ de Castilla y León, Valladolid, d 22 de septiembre de 2010 (R^o1147/2010)

⁹⁸ Así, STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de diciembre de 2002 (R^o 2570/2002), que se refiere a ellos con carácter general.

⁹⁹ SAN de 4 de septiembre de 2013 (n^o 240/2013)

¹⁰⁰ En general, para un análisis más detallado del concepto de inherencia, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R., “El concepto jurídico laboral de «inherencia» y sus proyecciones sobre el despido colectivo (notas jurisprudenciales sobre el uso de la expresión «otros motivos no inherentes a la persona del trabajador» pro el art. 51.1 et)”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, 2013.

¹⁰¹ Novedad introducida por el RD-L 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 agosto de 2013), posiblemente en reacción a las interpretaciones judiciales que como la SAN de 1 de abril de 2013 (n^o 17/2013) habían estimado que la posibilidad de negociar por centros contenida en el Reglamento era *ultra vires*, reiterando la postura que ya había tomado frente al reglamento previo (RD 801/2011, de 10 de junio, BOE de 14 de junio de 2011) en las SSAN de 25 de junio y 16 de noviembre de 2012 (n^o 109/2012 y 250/2012 respectivamente), aunque en relación a la suspensión y no la extinción de los contratos de trabajo. En la primera de las resoluciones citadas se aprecia la nulidad de un procedimiento de suspensión –la comisión es la misma– precisamente por este motivo, al entender que con la dispersión se trata de blindar la medida, al esquivar la legitimidad del comité intercentros.

negociador¹⁰², lo cierto es que se elimina un elemento de incertidumbre, lo cual es positivo. No obstante, debe indicarse que al atribuirse la representación en función del número de trabajadores ocupado en cada centro –y no en atención a los afectados por la medida propuesta–, pueden producirse algunos problemas prácticos: los representantes de los trabajadores con menor proporción de despedidos pueden estar más dispuestos a aceptar determinados acuerdos, pues el impacto en sus representados será menor.

La comunicación que pone en marcha el proceso, ya con la comisión negociadora constituida –para lo que se establece un plazo máximo de siete días, quince en caso de empresas en las que alguno de los centros de trabajo no cuente con representantes legales–, requiere una importante labor previa por parte del empresario: la ley requiere que se incluya información detallada sobre las medidas concretas que se pretende adoptar, junto a una memoria explicativa de las causas que lo motivan y la documentación contable y fiscal e informes técnicos en los términos que reglamentariamente se determinen. La concreción del alcance de esta obligación se recoge actualmente en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada¹⁰³ –en adelante simplemente el Reglamento–, en el que se establece una documentación general, aplicable a todo despido colectivo (art. 3) y otra específica en atención a la causa que lo motiva (arts. 4 y 5).

La información común a todo procedimiento extintivo colectivo prevista en el Reglamento es una mera reproducción de la legal: especificación de la causa o causas en las que ampara el despido, concreción del número de trabajadores que se verán afectados y de los que componen la plantilla, periodo en el que se harán efectivos los despidos, criterios para la designación de trabajadores e indicación de los representantes a los que se dirige, así como copia de la comunicación previa a la que antes nos hemos referido e indicación de la composición de la comisión negociadora. Debe señalarse que la técnica legislativa empleada es algo confusa, pues trata conjuntamente la comunicación a los trabajadores y a la autoridad laboral, por lo que alternativamente a este último extremo podrá indicar “la falta de constitución de esta [comisión] en los plazos legales”, pero difícilmente podrá dirigir esta información a una representación inexistente.

La memoria explicativa, en caso de que la causa alegada sea lo que la ley califica como “económica”¹⁰⁴ debe acreditar la concurrencia de la situación económica

¹⁰² SEMPERE NAVARRO, A. V., “Examen del RD-Ley 11/2013, de 2 agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales”, cit., pág. 21.

¹⁰³ Aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre de 2012)

¹⁰⁴ Como se explica más adelante –epígrafe 5.2.2.-B.-c)– la denominación “contables” quizá fuera más adecuada, pues todas las causas descritas que permiten el despido colectivo tienen un fundamento económico.

negativa, aportando cuanta documentación estime por conveniente, pero incluyendo necesariamente las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos (con todos los elementos que las integran según la normativa contable¹⁰⁵ más un informe de gestión), así como las cuentas provisionales actualizadas al momento en que se inicia el procedimiento. Debe señalarse que las primeras son un documento que tiene obligación de elaborar con independencia de que decida o no despedir –las empresas que por su volumen las formulen abreviadas aportarán estas, y sólo se requiere la auditoría de las cuentas cuando exista obligación legal de auditarlas–, por lo que esto no supondrá un coste adicional, al margen del irrisorio del soporte físico en que se entreguen. Además, si la causa alegada es la existencia de pérdidas previstas, se exige información sobre los criterios empleados para la estimación, así como aportar un informe técnico sobre el volumen y carácter transitorio o permanente de dichas pérdidas; si es la disminución persistente de ingresos o ventas, la documentación contable que la acredite. En caso de grupos de empresas, si –y sólo si– la matriz tiene su domicilio en España y existen saldos deudores o acreedores con la filial que inicia el procedimiento, se aportarán también las cuentas anuales e informes de gestión consolidados¹⁰⁶. En los restantes supuestos (causas técnicas, organizativas o de producción), el Reglamento es notablemente más parco en sus exigencias, limitándose a indicar que se debe justificar el despido mediante informes técnicos que acrediten la concurrencia de la causa que alega.

En todo caso, resulta claro que en la práctica el empresario primero alcanzará el convencimiento de la necesidad (o mera conveniencia) de despedir, y sólo después preparará la documentación, por lo que aunque no tenga un coste elevado en términos económicos –con la salvedad del informe técnico, que en pequeñas empresas a menudo tendrá que externalizarse– sí que supone una dilación, que lógicamente tiene un coste, al menos en términos de oportunidad; los recursos que destine a pagar a los trabajadores durante la preparación del proceso –también durante el procedimiento de consultas posterior– no podrá emplearlos para otros fines más productivos.

Por otra parte, es preciso señalar que la doctrina judicial ha insistido en el carácter esencial de la documentación para la posibilidad de que las consultas se lleven a cabo correctamente, de modo que si los trabajadores no disponen de la información que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas o proponer formas para

¹⁰⁵ El reglamento opta por reproducir la enumeración de elementos prevista en las normas contables (número 1 de la parte tercera del Plan General Contable, aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre, BOE de 20 de noviembre de 2007).

¹⁰⁶ Desde el ámbito sindical se ha afirmado que la exclusión de las multinacionales extranjeras constituye una discriminación prohibida por el art 14 CE; en contra se puede argumentar que, al estar sometidas a distinta legislación contable, no constituyen un término de comparación adecuado SEMPERE NAVARRO, A. V., “Examen del RD-Ley 11/2013, de 2 agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales”, cit., pág. 32.

cumplir los fines de la consulta el despido colectivo no podrá ser calificado como ajustado a derecho¹⁰⁷.

El objeto de estas consultas es alcanzar un acuerdo sobre la decisión empresarial, y tiene que tratar al menos “sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 6 del Reglamento). El Reglamento es bastante flexible en cuanto al desarrollo de las negociaciones, fijando únicamente una duración máxima de 15 o 30 días (según alcance o no los 50 trabajadores) y exigiendo que se celebren un mínimo de reuniones (dos o tres según tamaño), con cierta separación entre ellas (entre tres y seis en las pequeñas, entre cuatro y diez en las mayores). Sorprende, no obstante, que se permita acortar la duración –tanto si se alcanza un acuerdo como si se constata que este no es posible– pero no extenderlo por mutuo acuerdo entre las partes, si entienden que están próximos a conseguirlo.

Los Tribunales han exigido tradicionalmente¹⁰⁸, y posiblemente con más intensidad tras la supresión de la autorización administrativa, la efectividad de la negociación, para evitar que se convierta en un mero trámite formal: así, se atiende a criterios como el intercambio efectivo de propuestas o la disposición a modificar los términos de la propuesta inicial¹⁰⁹. Aunque la argumentación de estas resoluciones es ciertamente razonable, debe tenerse en cuenta que estos criterios no pueden aplicarse sin atender a las circunstancias del caso: si el empresario diligente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para minimizar el impacto de la medida antes de iniciar el procedimiento de consultas, no puede reprochársele que no acepte las propuestas de la contraparte: habrá por tanto que atender también a la justificación que dé a la representación de los trabajadores para no alterar su propuesta inicial. De lo contrario se estará fomentando que –como posiblemente ya ocurre– se inicie el procedimiento de consultas desde propuestas artificialmente infladas en cuanto al número de despidos, para disponer de un margen de negociación con el que cubrir la apariencia formal: como señaló la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012¹¹⁰, lo relevante es analizar si ha existido lealtad entre las partes: coherencia, honestidad, buena fe,... serán los parámetros a tener en cuenta.

¹⁰⁷ Así, las SSTs de 30 de junio de 2011 (R° 173/2010) y de 18 de enero de 2012 (R°139/2011). Entre las posteriores a la reforma, pueden citarse las SSAN de 15 de octubre de 2013 (n° 162/2012) y 28 de mayo de 2012 (n° 81/2012) o la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de septiembre de 2013 (R°1182/2013)

¹⁰⁸ De “problema clásico” se califica en PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 13, 2013, pág. 142.

¹⁰⁹ STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 (R°17/2012) confirmada por la STS de 20 de marzo de 2013 (R°81/2012), o en sentido positivo, valorando que sí se produce una verdadera negociación, STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (R°2/2012)

¹¹⁰ R° 8/2012.

El Reglamento contiene además una serie de ejemplos –que pueden calificarse como pedagógicos– de medidas sociales de acompañamiento y para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, que tiene un carácter meramente orientativo. Mayor interés presenta, desde la lógica de este estudio, el Plan de recolocación externa, obligatorio para despidos que afecten a más de 50 trabajadores al que se hará referencia más adelante.

El papel de la autoridad laboral, tras la supresión de la autorización administrativa en la reforma laboral de 2012, es relativamente limitado¹¹¹: su función ahora es de garante de la legalidad del procedimiento¹¹² y capacidad de emitir advertencias y recomendaciones de respuesta obligatoria para el empresario (aunque no le vinculan) en el papel que a aquella otorga el art. 38 CE de defensora de la productividad¹¹³, así como recibir observaciones de los representantes de los trabajadores sobre cualquier aspecto que consideren oportuno. Se le reconoce asimismo una función de asistencia sobre las medidas, a instancia de parte o *motu proprio*. La Inspección de Trabajo, por su parte, dispone de 15 días para evacuar informe sobre la legalidad del despido (incluyendo el potencial carácter discriminatorio del criterio de designación de trabajadores), no sólo desde la perspectiva de los trabajadores afectados, sino también en relación al posible fraude para la obtención de prestaciones indebidas de Seguridad Social. En todo caso, ni una ni otra tienen capacidad de suspender o anular el proceso. Debe resaltarse que la supresión de la autorización administrativa procede de la reforma de 2012, que quiso con ello eliminar las disfunciones que se le atribuían (aumento del coste al ser el acuerdo casi imprescindible, mayor dilación en la resolución, incertidumbre en la aplicación de las causas al introducirse factores políticos), si bien algunos autores estiman que el efecto puede ser contraproducente, pues conllevará la judicialización –más costosa– sin reducir necesariamente la inseguridad jurídica¹¹⁴, al tiempo que aumenta la probabilidad de conflictividad social. El empresario ahora decide solo, pero asume un mayor riesgo de que el procedimiento sea declarado nulo, con la consiguiente readmisión¹¹⁵.

Finalizado el proceso, el empresario comunicará la decisión sobre el despido que realiza (que en su caso será el acordado con los representantes) en un plazo máximo de 15 días desde la fecha de la última reunión celebrada, transcurrido el cual el

¹¹¹ GOÑI SEIN, J. L., “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación laboral*, 95, 2012, pág. 40.

¹¹² SEMPERE NAVARRO, A. V., “La reglamentación del despido colectivo: Notas al Reglamento aprobado por RD 1483/2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, 8, 2012, pág. 11.

¹¹³ MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., pág. 52.

¹¹⁴ PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, cit., págs. 145-148.

¹¹⁵ FOLGUERA CRESPO, J. Á., “Período de consultas y despido colectivo: la STS de 20 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, 8089, 2013, pág. 2.

procedimiento se entiende caducado, lo que obligaría al empresario a comenzar la tramitación de nuevo en caso de mantener su intención de llevar a cabo los despidos. La autoridad laboral recibirá, además, copia de las actas de las reuniones y demás documentación generada.

La comunicación de las extinciones del contrato a cada uno de los trabajadores se hace por la vía del art. 53.1 ET, lo que implica que tendrá que hacerse por escrito, con entrega de la indemnización pactada y un preaviso de quince días. Lo que no se incluye es la licencia semanal de seis horas para buscar otro empleo. Eso debe unirse a la prohibición de que el despido tenga efecto antes de transcurridos 30 días de la comunicación del inicio del procedimiento de extinción colectiva –exigencia de la directiva comunitaria que recoge el art. 51.4 ET– lo que pueden hacer que, sobre todo en las empresas de menos de 50 trabajadores se impida que el preaviso se sustituya por su abono en metálico, hecho que posiblemente no beneficia ni al empresario –quien previsiblemente no obtendrá productividad de un trabajador que ya ha sido despedido– ni al trabajador, que tiene que demorar su búsqueda de un nuevo empleo. Debe señalarse que el Reglamento indica en su art. 15 que “en caso de incumplimiento empresarial del pago de las indemnizaciones debidas por el despido o si existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir”.

Este régimen es claramente contradictorio con la remisión al art. 53.1.b ET, por lo que en lo referente a la indemnización legal no puede atribuírsele ningún efecto: sólo en relación a las pactadas por encima de la fijada en el precepto señalado cabe entender que no existe más acción que la reclamación de cantidad, pues el defecto de pago de la legal determinará la improcedencia del despido¹¹⁶. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es relativamente frecuente –aunque perseguida por el legislador¹¹⁷– la práctica de despidos colectivos en forma de prejubilación, en los que se abona la indemnización de manera fraccionada, a modo de renta, con el objetivo de garantizar una estabilidad de ingresos al trabajador hasta el momento del despido. Aunque la legalidad de estos planes de pago fraccionado de la deuda indemnizatoria resulta ahora más que discutible, no parece que hasta la fecha hayan existido impugnaciones en este sentido.

¹¹⁶ MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., pág. 179.

¹¹⁷ Especialmente en caso de empresas con beneficios, la suma de obligaciones exigibles hacen que sea especialmente gravoso.

El desarrollo del procedimiento de negociación y consulta constituye, evidentemente, un coste de despido que no se integra en la parte factorial de la fórmula propuesta pero incorpora elementos directamente relacionados con ella que, de hecho, constituyen una parte importante del mismo. A diferencia de otros elementos de la regulación del despido, en este caso no queda margen para comportamientos estratégicos, pues la omisión del procedimiento de consultas y la falta entrega de la documentación exigida, son determinantes de la nulidad de los despidos, con lo que los costes para prescindir del trabajador serán realmente elevados: sería necesario alcanzar individualmente pactos con cada uno de ellos para la extinción del contrato de mutuo acuerdo. Debe tenerse en cuenta que al regularse la ejecución de sentencias, específicamente se prevé que si el despido ha sido nulo debe ejecutarse en sus propios términos, con lo que se mantendrán las obligaciones de abonar salarios y cubrir las cotizaciones sociales que correspondan (arts. 282 y 284 LRJS). Además, la extinción por la vía del mutuo acuerdo excluye la situación legal de desempleo (art. 208 LGSS) y en consecuencia el derecho a la prestación contributiva (art. 207 LGSS), lo que aumentará el precio de reserva (el mínimo que está dispuesto a aceptar) del trabajador. Es esta desde luego una característica deseable de un sistema legal, pues potencia su cumplimiento, pero al mismo tiempo hace especialmente relevante que los requisitos previstos por la norma sean adecuados y proporcionados a su fin.

Volviendo a la idea del carácter semifactorial de este elemento, el procedimiento de despido colectivo supone, además de los derivados de la negociación en sí misma (preparación de la documentación e informes técnicos, tiempo de trabajo del empresario y los representantes de los trabajadores destinado a fines distintos de la producción, eventualmente costes de defensa judicial) una posposición de la efectividad de los despidos que el empresario considera adecuados para el desarrollo de la actividad productiva.

Por otra parte debe señalarse que la existencia de un coste fijo –la negociación y consulta consumirá los mismos recursos para despedir a pocos o muchos trabajadores– hace depender el coste medio del despido del número de trabajadores afectados: salvo el supuesto de que se supere el umbral de los 50 trabajadores, que obliga a llevar a cabo el plan de recolocación, existirán “economías de escala” que pueden motivar que la decisión óptima desde la perspectiva empresarial incluya el despido de un número mayor de trabajadores¹¹⁸. Este efecto será más relevante cuanto mayor sea la complejidad de los informes técnicos y demás documentación que

¹¹⁸ En general, sobre las consecuencias de que existan costes laborales fijos y variables en función del número de trabajadores, vid. BORJAS, G. J., *Labor Economics*, 2008, pág. 147.

debe generarse, o cuanto menor sea la indemnización que generen los trabajadores por los factores de antigüedad y salario.

2.3.2.- Algunos apuntes sobre el proceso

Se ha justificado ya la existencia de una cierta predisposición en los tribunales de la jurisdicción social a la estimación de las demandas de despido, especialmente si se tiene en cuenta que en el periodo 2002-2012 los incentivos para que el empresario reconociera la improcedencia, si no tenía un elevado grado de confianza en sus posibilidades de vencer en el proceso, eran muy elevados: al margen de que el trabajador, al ser siempre beneficiario de la justicia gratuita¹¹⁹ y en consecuencia estar exento del pago de tasas y depósitos y otros costes asociados al proceso, tendrá mayor propensión a demandar, a los costes judiciales el empresarios se añadían los salarios de tramitación, que en el caso de trabajadores de poca antigüedad podían llegar a suponer importes mayores que la propia indemnización, incluso con la cobertura por el Estado de los que excedieran de sesenta días hábiles (hoy noventa) desde la fecha de la correcta presentación de la demanda¹²⁰.

Sin entrar en la exposición de cada trámite procesal¹²¹, puede destacarse que el procedimiento por despido no es especialmente complejo, por lo que sus costes directos no serán muy elevados. Menos sencillo resulta, sin embargo, el previsto en los despidos colectivos, pues se cruzan el plano individual y el colectivo, obligando a la regulación específica de sus interrelaciones¹²². La LRJS, con lógico criterio, da prioridad a la tramitación de la impugnación del acuerdo o de la decisión empresarial, de modo que se evita que diferentes tribunales tengan que entrar a calificar los mismos hechos y pedimentos: el art. 124 LRJS establece un plazo de 20 días desde el acuerdo o la comunicación de la decisión empresarial para su impugnación por los representantes de los trabajadores, con preferencia de este sobre el que en su caso se haya iniciado de oficio por la vía del art. 148.b) LRJS; si transcurrido el mismo no lo hubieran hecho, se permite al empresario, en el plazo de 20 días, presentar demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión, de modo que eventualmente obtendrá una sentencia declarativa que producirá efectos de cosa juzgada en los procesos individuales que puedan plantearse. De este modo, el plazo de caducidad

¹¹⁹ El art.2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE de 12 de enero de 1996) reconoce el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de medios, a los trabajadores.

¹²⁰ Una aproximación de este efecto puede verse en el epígrafe 2.2.2.-

¹²¹ Un minucioso análisis puede encontrarse en CAVAS MARTÍNEZ, F., “Los procesos por despido y otras modalidades procesales individuales en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 103, 2013.

¹²² GOÑI SEIN, J. L., “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, cit., pág. 55.

para la interposición de las demandas individuales no comienza hasta que se dicte sentencia firme (o se produzca la conciliación judicial) en el proceso colectivo.

Debe destacarse que en la actual regulación sustantiva, al suprimirse la autorización administrativa, no se ha incorporado la presunción de concurrencia de las causas que sí existe para la suspensión de contratos en el art. 47 ET, lo que incrementa las posibilidades de impugnación del acuerdo por las partes no firmantes¹²³: al suprimirse la regla tradicional (vinculada a la citada autorización), en la práctica se ha debilitado el acuerdo, que aparece ahora más vulnerable¹²⁴.

Para evitar dilaciones, se otorga a este proceso la máxima prioridad: el apartado 8 del citado art. 124 LRJS le atribuye carácter urgente y lo dota de preferencia absoluta sobre cualesquiera otros asuntos, a excepción de los de tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, y se regulan los plazos para que en los 15 días siguientes a la admisión a trámite de la demanda se fije la fecha del juicio, y cinco días después se dicte sentencia, recurrible en casación ordinaria.

En caso de que la decisión empresarial o el acuerdo sean declarados ajustados (o no ajustados) a derecho, no cabrá discutir esos extremos en los procesos individuales, pero eso no implica que el despido no pueda ser calificado como improcedente por otros motivos (por ejemplo, defectos en la notificación o errores inexcusables en el pago de la indemnización conforme al art. 53.1 ET) o nulo. Tanto en uno como en otro caso, el proceso podrá versar sobre cualquier cuestión individual no resuelta en el proceso colectivo. En particular, se recoge como causa de específica de nulidad del despido con afección individualizado la inobservancia de las normas legales, convencionales o fijadas en el propio acuerdo sobre prioridad en la permanencia.

En definitiva, el incremento de la litigiosidad que puede generar la peor posición relativa en la que ha quedado la salida negociada al procedimiento extintivo se ha tratado de compensar con el establecimiento de un control judicial rápido y que prejuzgue los aspectos globales del procedimiento, manteniendo el análisis las situaciones individuales en sus respectivos procesos. La duda, que el tiempo resolverá, es si el mayor coste del proceso se ve efectivamente compensado por una reducción en las indemnizaciones efectivamente pagadas por los empresarios o si, por el contrario, los niveles indemnizatorios se mantienen. Los datos oficiales muestran que pese a la caída de los acuerdos, estos siguen siendo mayoritarios¹²⁵, y algunas fuentes

¹²³ *Ibid.*, pág. 49.

¹²⁴ PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, cit., pág. 147.

¹²⁵ De acuerdo con el registro oficial, el porcentaje de trabajadores afectados por procedimientos de regulación de empleo de extinción cuyo procedimiento de negociación finalizó sin acuerdo ha pasado de niveles en el entorno del 10% en los que se ha mantenido desde 2003 a 2011, a aproximadamente el 23% en los últimos dos años, en los que

que han tratado de evaluar el importe de las indemnizaciones tras la entrada en vigor de la reforma, constatan que sigue siendo frecuente abonar cantidades por encima del nivel previsto por la ley¹²⁶.

2.4.- Obligaciones pecuniarias relacionadas con el despido

2.4.1.- El convenio especial de Seguridad Social

Los Convenios Especiales de Seguridad Social son un instrumento jurídico que permite ampliar la eficacia protectora de aquella mediante el establecimiento de figuras de asimilación al alta, o lo que es lo mismo, la creación de ficciones mediante las que se trata a un determinado sujeto como si estuviera realizando una actividad, aunque no sea así¹²⁷. Prevé el art. 51.9 ET uno de los supuestos excepcionales en los que su suscripción no tienen carácter potestativo al establecer que “cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social”

El ámbito subjetivo de este precepto, transcurridos más de cuarenta años desde la fecha a la que hace referencia, puede afirmarse que alcanza a todos los trabajadores despedidos en estos procedimientos que hayan cumplido los cincuenta y cinco años en el momento del despido, por lo que su campo de aplicación es potencialmente elevado. El mandato contenido en este precepto se completa en la DA31ªLGSS: existe obligación de cotizar desde el momento en que se produzca la extinción (o en su caso cese la obligación de cotizar por desempleo contributivo) y la fecha en que se cumpla la edad prevista en art. 161.1.a LGSS, que es la ordinaria para la jubilación. Esto requiere una primera aclaración, pues no se trata ya de una edad fija (el texto original de esta DA se refería directamente a los 65 años) sino a un continuo entre dos límites: puede decirse que deben cumplirse ahora dos requisitos acumulativos: el haber cumplido los tradicionalmente exigidos 65 años y el haber cotizado 38 años y 6 meses,

ya no existe la autorización administrativa: siguen siendo tres de cada cuatro los casos en los que se alcanzan acuerdos.

¹²⁶ Aunque con las precauciones que hay que tomar siempre los datos obtenidos por entidades que no disponen de acceso a la totalidad de las empresas y no gozan de las ventajas de que dispone la Administración Pública, resulta significativo el dato de que en las tres muestras semestrales que ha recogido el informe elaborado por el IRLE sobre la reforma laboral más de 40% de las empresas que han realizado despidos colectivos declare haber pagado entre 21 y 33 días de salario por año, y menos de un 20% la indemnización legal de 20 días (IRLE-FUNDACIÓN SAGARDOY [DIR.], *3er Observatorio de seguimiento de la Reforma Laboral 2012*, Fundación Sagardoy, Fundación ADDECO, Sagardoy Abogados, Club de Excelencia en sostenibilidad, Madrid, 2013, pág. 23).

¹²⁷ PANIZO ROBLES, J. A., “El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 49, 2004, pág. 83.

si bien se fija un límite máximo de 67 años, momento en el que ya no se atiende al criterio de la cotización¹²⁸. Sin embargo, hay que tener en cuenta que es de aplicación –hasta 2027– el régimen transitorio de la DT20ª LGSS, que suaviza esas exigencias¹²⁹.

No obstante, la obligación empresarial cesa antes, pues el párrafo segundo de la misma DA 31ª LGSS la limita a los 63 años del trabajador –61 en caso de que el despido colectivo se haya producido por causas económicas–, momento a partir del cual corresponderá a este. Esta doble referencia, que procede de la L 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social¹³⁰, se refería entonces a la edad requerida para la jubilación anticipada en las dos modalidades que la misma Ley introdujo en el art. 161bis LGSS: “por causa no imputables a la libre voluntad del trabajador” y “por voluntad del interesado”. Este precepto, en una concepción ciertamente restrictiva, entendía que sólo concurrían las primeras “como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral”, lo que en relación al despido se concretaba en el colectivo por causas económicas autorizado por la autoridad laboral, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y el objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. De este modo, la distinción entre los 61 años para causas económicas y 63 para el resto de motivos era coherente con el régimen previsto para la jubilación.

Sin embargo, la redacción actualmente vigente del art. 121bis LGSS¹³¹ ha suavizado la exigencia para el acceso a la jubilación anticipada en su modalidad por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, de forma que abarca cualquier despido por causas objetivas (se mencionan ya las cuatro previstas en el art. 51 ET), lo que hace perder sentido a la diferenciación que hace la DA 31ª LGSS, que no ha sido modificada. Además, aunque el sentido es el mismo, la edad para la jubilación anticipada ya no es fija, pues ha sido adaptada a la prevista para la ordinaria: ahora las modalidades de la primera se fijan en términos relativos: la que sea inferior en cuatro

¹²⁸ Puede exponerse de modo inverso, como hace el texto del art. 161 LGSS: el tenor literal de la ley es “haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización”, pero la forma que se ha planteado aquí permite apreciar mejor el carácter de la nueva edad de jubilación, que será diferente para cada trabajador: existen 720 edades diferentes (721 si entre los 65 y los 67 años del trabajador hay algún 29 de febrero) de jubilación.

¹²⁹ En efecto, la redacción actual de ese precepto, que –igual que a la DA que ahora se analiza– procede de la L 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 20 de agosto de 2011)– fija esta edad en “67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización”. No obstante, la DT20ª LGSS, añadida por la misma ley, prevé un régimen de aplicación gradual desde el punto de partida hasta el año 2027; para 2014 se exigen 35 años y medio de cotización para permitir la jubilación a los 65 años y quienes no satisfagan este requisito alcanzarán la edad ordinaria de jubilación dos meses después. El requisito de tiempo cotizado crece a un ritmo de tres meses al año, mientras que la edad de jubilación sin atender a dicha cotización lo hará un mes por año hasta 2019, y a partir de entonces a dos meses por año.

¹³⁰ BOE de 2 de agosto de 2011

¹³¹ Que es la dad por el RD-L 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE de 16 de marzo de 2013).

o en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso corresponda. En definitiva, lo más coherente con el régimen sustantivo de la jubilación anticipada y la finalidad de la norma es entender que la obligación empresarial de cotizar finaliza en el momento en que, conforme al art. 161bis LGSS, el trabajador puede acceder a la jubilación anticipada.

La cuantía de la cotización que debe realizar el sujeto obligado en cada momento de la aplicación del convenio se determina en función del promedio de las bases de cotización de cada uno de los trabajadores en los seis meses anteriores, a los que se aplicará el tipo previsto en la normativa reguladora del convenio especial. Además, la cuota se ve minorada por la que pueda corresponder al SEPE por razón de las prestaciones contributivas por desempleo que haya generado el trabajador. Al tratarse de una base única y estable a la que se aplica un tipo fijo y por un tiempo conocido desde el inicio, es posible calcular el monto global, por lo que se permite que el empresario lo abone de una sola vez o fraccionado, pero en este caso será preciso que se constituya aval solidario o se sustituya al deudor por una entidad financiera o aseguradora aceptada por la TGSS.

Existen, no obstante, tres supuestos en los que cesa o se suspende la obligación de cotizar para el empresario sin que el trabajador alcance la edad señalada: el fallecimiento o el reconocimiento de una prestación incapacidad permanente y la cotización por realizar actividades económicas (por cuenta propia o ajena, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social); en los dos primeros, se procederá al reintegro con el abono de los correspondientes intereses desde su hecho causante – no desde la fecha de su pago. En el último, las cotizaciones que se realicen por razón de esa actividad se imputarán al pago del convenio durante el periodo que le corresponde al trabajador, y sólo el remanente en el momento de la jubilación se devolverá al empresario.

El coste derivado de esta obligación se hace depender indirectamente del salario del trabajador (pues de él procederán las bases y consecuentemente las cuotas), pero al revés de lo que ocurre con la indemnización, dada la alta correlación entre antigüedad en la empresa y edad del trabajador (ver Gráfico V-11 en el Capítulo siguiente) generalmente decrecerá su importe conforme más tiempo lleve el trabajador en la empresa. La interiorización de este coste en el contrato –que como se ha visto en el Capítulo I permitiría a las partes eliminar las ineficiencias que pueda generar– se topa con serios problemas de incertidumbre. Además, como otras medidas de protección de colectivos, puede generar incentivos perversos: el empresario será reacio a contratar a trabajadores próximos a alcanzar los 55 años, pues en caso de despido –colectivo, que no individual– el coste será notablemente mayor; además, en términos relativos al valor de la producción de ese trabajador para

la empresa, el importe del Convenio será mucho mayor, al haber prestado servicios menos tiempo.

La propia existencia de esta institución orienta los despidos hacia estos trabajadores, pues aceptarán más fácilmente formar parte voluntariamente del conjunto de trabajadores despedidos, al gozar de una protección mayor y tener derecho a indemnizaciones elevadas, a pesar de que sus probabilidades de reempleo sean relativamente bajas: lo que se busca en la práctica es lo que gráficamente se viene denominado como “prejubilación”¹³²: un periodo en el que el trabajador cuenta con recursos procedentes de la extinción del contrato de trabajo y puede permitirse no desempeñar actividades económicas –a las que por otra parte tendría difícil acceso– hasta que cumpla los requisitos para acceder a la jubilación –ahora en sentido propio– ordinaria o anticipada. Con ello existe una cierta financiación pública de los ajustes empresariales, pues se realiza un uso desviado de la prestación por desempleo, aprovechando incluso la compatibilidad de la modalidad no contributiva con las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, que no tienen carácter de renta a esos efectos¹³³: el art. 15.1.a del Real decreto de Protección por Desempleo¹³⁴ y el propio art. 215.3 LGSS en su segundo subapartado excluyen la consideración de rentas de las indemnizaciones legales por extinción del contrato de trabajo, con independencia de que se efectúe de una sola vez o de forma periódica. Esta redacción, establecida en la reforma laboral de 2002 con el objeto de desincentivar las prejubilaciones¹³⁵ implica que sí computa para el pago del subsidio los excesos sobre la indemnización legal, calculados a prorrata de cada uno de los pagos mensuales¹³⁶.

En la práctica, en todo caso, lo más probable que es que el empresario traslade estos costes –en mayor o menor medida, según su capacidad de negociación– al conjunto de la masa salarial, con lo que se producirá una transferencia de renta desde los trabajadores más jóvenes a los de mayor edad, en forma de menores salarios para los primeros. Debe tenerse en cuenta que la parte de un impuesto –se trata de una exacción pública y obligatoria– que repercute en cada parte de la relación trabajador-empresario se verá afectada por la situación económica global: cuando existan elevadas tasas de paro, el trabajador no reducirá su oferta de trabajo por una reducción salarial (ni trabajará menos horas, que generalmente no estará en su mano, ni se irá de la empresa, pues las probabilidades de encontrar otro empleo serán bajas),

¹³² POQUET CATALÁ, R., “Convenio Especial con la Seguridad Social para trabajadores incurso en expedientes de regulación de empleo”, *Actualidad laboral*, 1, 2011, pág. 32.

¹³³ ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad social: los planes-fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 42.

¹³⁴ Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (BOE de 7 de mayo de 1985)

¹³⁵ ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad social*, cit., pág. 47.

¹³⁶ Instrucción séptima de las Instrucciones del INEM para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el Sistema de Protección por Desempleo.

y es precisamente en ese momento en el que será más probable que se produzcan los despidos. No obstante, si la medida se mantiene estable en el tiempo –lo que a la vista de la historia reciente de la legislación laboral y de Seguridad Social parece improbable– el efecto se compensará a lo largo de la vida profesional del trabajador, pues existen probabilidades de que quien soporta la reducción de salarios ahora, en el futuro sea beneficiario de este convenio.

En consecuencia, aunque la finalidad del Convenio especial es positiva –proteger la generación de derechos de acceso a las pensiones de trabajadores con edades próximas a la misma y cuya cuantía se vería muy mermada en caso contrario– las distorsiones que puede producir son elevadas, no tanto por quién soporta su coste, sino por el riesgo de aumentar las dificultades para la contratación a trabajadores cercanos a esa edad. Para los trabajadores afectados, genera fuertes desincentivos a la búsqueda de empleo, pues su salario de reserva se eleva notablemente: tienen garantizado un capital para subsistir (incluso no es extraño que se pacte el abono de la indemnización a modo de renta mensual) y no ven peligrar sus prestaciones por jubilación u otras contingencias como las incapacidades permanentes o por muerte y supervivencia. Consecuentemente el periodo de prestación por desempleo –que suele ser de al menos dos años, pues se trata de trabajadores con largos historiales de cotización que generalmente accederán también a prestaciones no contributivas– opera como mecanismo de financiación de los despidos colectivos en forma de “planes de prejubilación” o simplemente “bajas incentivadas”.

2.4.2.- Plan de Recolocación

En los casos en que un proceso de despidos afecte a más de 50 trabajadores, por mandato del art. 51.10 ET, ha de ponerse en marcha un “plan de recolocación externa” a través de empresas específicamente autorizadas. Este plan debe incluir medidas de intermediación, orientación y formación profesionales y atención personalizada en la recolocación y búsqueda activa de empleo, salvo que se trate de empresas sometidas a procedimientos concursales. Aunque la ley establece que su coste “no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores” esta prohibición sólo sirve para garantizar la percepción de las indemnizaciones legales mínimas, pues evidentemente el empresario desviará hacia este plan recursos que hubiera valorado destinar a ofrecer mayores cuantías.

Sobre su contenido, establece el reglamento de desarrollo¹³⁷ que debe garantizar “una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses” –alguno autores fijan

¹³⁷ Art. 9 de RD 1483/2012 antes citado.

la duración óptima de estos programas entre tres y seis meses¹³⁸ – que debe tener especial intensidad en los trabajadores de más edad –sin que se concrete ni cuando empieza esta “mayor edad” ni en qué consiste la intensidad. Lo cierto es que el carácter genérico con que se enumeran las medidas plantea serias dudas acerca de la forma de definición del plan y sobre todo el nivel de exigencia sobre su eficacia, más allá de la posibilidad de sanción por el total incumplimiento, dado que el art. 8.2 LISOS califica de muy grave la infracción¹³⁹. Debe señalarse que ante el incumplimiento de este deber el legislador no ha previsto ni la nulidad ni el carácter ilícito de la decisión extintiva (no ajustada a derecho en la terminología legal), sino tan solo la mencionada sanción y la posibilidad de que los trabajadores reclamen judicialmente su cumplimiento, como recuerda el párrafo final del art. 51.10 ET y exige la defensa de la tutela judicial efectiva.

Estas medidas son costeadas por el empresario, por lo que sí suponen un aumento de las cantidades que debe desembolsar para realizar el despido, cifrándose entre un 10 y un 15% del salario del trabajador despedido¹⁴⁰, lo que equivale a entre 36 y 48 días de salario. Debe señalarse, sin embargo, que revierten en un servicio al trabajador que posiblemente puede conseguir por un precio menor, dado el volumen del mismo, y adicionalmente tiene la ventaja de no considerarse como un rendimiento en especie, por lo que no hay diferencial fiscal entre lo pagado por el empresario y lo recibido por el trabajador, aunque este efecto será relativamente limitado¹⁴¹: como acertadamente se ha señalado¹⁴², según la Asociación Nacional de Empresas Privadas de Recolocación y Empleo, organización empresarial de este sector, mientras que una programa de recolocación colectiva tiene un coste de entre 3.500 y 5.000 euros por persona afectada, en el caso de los programas individuales el coste oscila en niveles superiores¹⁴³, y dependiendo de la antigüedad y nivel retributivo de los despedidos, puede suponer un importe incluso superior a la propia indemnización.

De hecho, si el trabajador es averso al riesgo, el hecho de que se reduzca la probabilidad de desempleo –estas acciones cabalmente aumentarán las posibilidades

¹³⁸ GALA DURÁN, C., “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista de derecho social*, 56, 2011, pág. 106.

¹³⁹ BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, cit., pág. 67; MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., págs. 66-67.

¹⁴⁰ GALA DURÁN, C., “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores”, cit., pág. 105.

¹⁴¹ Debe tenerse en cuenta que la exención del IRPF para las indemnizaciones por despido alcanza, en los casos de despido colectivo o individual por las causas definidas en el art. 51.1 ET, la prevista para el despido improcedente.

¹⁴² PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, cit., pág. 149.

¹⁴³ Se fijan horquillas de coste diferenciadas para perfiles técnicos y administrativos (entre 4.500 y 6.500€), mandos Intermedios (entre 7.000 y 10.000€), Direcciones Funcionales (entre 8.000 y 12.000 €) y Altos Directivos (entre 12.000 y 24.000€)

de conseguir otra ocupación– tendrá un importante valor que estará dispuesto a interiorizar en su salario. El elemento negativo, como en otros aspectos de las indemnizaciones por despido, es el relativo a la incertidumbre: si ya presenta problemas la estimación de la probabilidad de ser despedido, añadir el dilema de si cuando esto ocurra le acompañarán en su suerte otros cincuenta trabajadores es posiblemente excesivo. De hecho, desde una perspectiva de equidad –la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad permite afirmar que no son comparables dos despidos colectivos cuando su dimensión es diferente– es difícilmente justificable que el daño que padece un trabajador dependa del número de afectados: sólo desde la muy forzada argumentación de que con un mayor número de despedidos hay más competidores por los mismos puestos de trabajo podría justificarse que se proteja especialmente la responsabilidad empresarial sobre la empleabilidad de unos trabajadores y no de otros.

2.4.3.- La aportación al tesoro

Los cambios normativos en la concepción causal del despido operados por las reformas laborales de 2010, ampliando la noción de situación económica negativa a casos en los que simplemente hubiera pérdidas previstas y alterando la finalidad de las medidas extintivas frente a causas técnicas, organizativas y de producción, desde la garantía de la futura viabilidad de la empresa hacia la contribución a mejorar la posición competitiva que previniera una evolución negativa, facilitaron notablemente el camino para la extinción contractual por la vía del despido objetivo a grandes empresas con beneficios. Desde la perspectiva económica, no plantea especiales problemas que una empresa con rentabilidad positiva necesite reducir su plantilla, especialmente si de no hacerlo se prevé una “evolución negativa” : desde el análisis jurídico se ha justificado razonablemente que es preciso distinguir la “crisis del contrato” de la “crisis de empresa”¹⁴⁴, por lo que si realmente se produce esta, no hay mayores problemas para entender que en una empresa con beneficios existan contratos de trabajo que han perdido su razón de ser. Sin embargo, socialmente esta posibilidad causó cierto escándalo¹⁴⁵ lo que motivó la inclusión de la DA16ª en la tramitación de la que finalmente se aprobaría como L 27/2011 antes citada. En esta se estableció –con aplicación a los expedientes iniciados a partir del 27 de abril de

¹⁴⁴ DESDENTADO BONETE, A., “Introducción a un debate”, cit., pág. 45; también en “Los despidos económicos tras la reforma...”, cit., pág. 1796.

¹⁴⁵ Particularmente en el caso de Telefónica España; al respecto, el Diario de Sesiones de 8 de junio de 2011 Congreso de los Diputados recoge esta inquietud en pregunta del Diputado JORQUERA CASELAS al Presidente del Gobierno; en forma de proposición no de Ley del Grupo de Izquierda Plural, BOCG- Congreso de 6 de mayo de 2011. Se registraron asimismo solicitudes de dos comparecencias del Ministro de Trabajo y Seguridad Social en relación a esta cuestión por el Grupo Parlamentario Popular (solicitud 213/001070, presentadas el 18 de abril de 2011) y otra por el Grupo Mixto (solicitud 213/001091, de 27 de mayo de 2011) ambas caducadas por el fin de la legislatura (BOCG-Congreso de 28 de octubre de 2011).

2011¹⁴⁶– la obligación de realizar una aportación al tesoro en determinados despidos colectivos, para financiar el gasto que suponen en términos de prestaciones por desempleo.

El régimen actualmente vigente procede del RD-L 5/2013, de 15 de marzo, que dio nueva redacción a la DA indicada, y cuenta con el correspondiente reglamento de desarrollo¹⁴⁷. La obligación de realizar la aportación no requiere únicamente –a pesar de la redacción del art. 51.10 ET– de la inclusión de trabajadores de 50 o más años, sino que se establecen una serie de presupuestos adicionales, relacionados esencialmente con la capacidad económica de la empresa: la empresa o grupo de empresas del que forme parte debe emplear al menos a 100 trabajadores, y además debe encontrarse en una situación económica relativamente positiva; Esta se pondrá de manifiesto hacia el pasado (haber tenido beneficios en los dos ejercicios anteriores a aquel en el que se inicia el despido) o hacia el presente y futuro (dos años con beneficios en el periodo que comienza en el ejercicio anterior al despido y finaliza con el transcurso de los cuatro posteriores). Esta última regla plantea importantes problemas, pues los costes de la decisión extintiva no son conocidos en el momento del despido¹⁴⁸, lo que puede llevar a decisiones ineficientes y genera una importante inseguridad jurídica. Además, es más que discutible que pueda justificarse la capacidad económica por la existencia de beneficios en dos años dentro de seis, especialmente si se tiene en cuenta que en el supuesto legal no se tiene en cuenta el resultado agregado de ese periodo. De esta forma, una empresa que tenga pérdidas constantes del 1% de sus ingresos, no estará obligada a realizar las aportaciones al Tesoro Público, pero sí otra que tenga en el intervalo señalado dos ejercicios de beneficios del 1% y cuatro de pérdidas cuantiosas.

En tercer lugar, y en relación con el ámbito subjetivo, también se acota la afectación de trabajadores mayores de 50 años, pues sólo será relevante si son especialmente afectados por el despido en relación a su proporción en la plantilla: la versión vigente de la norma¹⁴⁹, expresamente dirigida a desincentivar las

¹⁴⁶ Es precisamente la fecha de presentación del ERE de Telefónica. La evidente conexión ha sido resaltada por múltiples comentaristas de la norma: BARROS GARCÍA, M., “Aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La aplicación práctica de la reforma laboral: un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, Valladolid, 2013 (Biblioteca Thomson Reuters Lex Nova), pág. 214; CABEZA PEREIRO, J., “La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 50, 2012, pág. 17.

¹⁴⁷ Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años (BOE de 30 de octubre)

¹⁴⁸ PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, cit., pág. 150.

¹⁴⁹ A pesar de su corta vida ha sido objeto de diversas modificaciones.

prejubilaciones, exime de cualquier aportación a las empresas que incluyan entre los despedidos –o aquellos cuyo contrato haya finalizado por razones no inherentes a la persona del trabajador a excepción de las previstas en el art. 49.1. ET¹⁵⁰– a una proporción de trabajadores mayores de dicha edad igual o menor a la existente en el total de la plantilla.

La cuantía se determina anualmente a partir del importe bruto satisfecho por el SEPE de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años que hayan sido despedidos, concluidas las cotizaciones sociales que correspondan; a este importe se le deducen las que correspondan a trabajadores recolocados en los primeros seis meses desde la fecha de la extinción del contrato. Debe señalarse que, en relación a los subsidios que perciban los trabajadores despedidos, no se aplica el mismo criterio que sobre las prestaciones, sino que se computa sobre un canon fijo calculado como el total del coste anual del subsidio durante un periodo de seis años y las cotizaciones por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año de agotamiento (de la prestación contributiva, debe entenderse¹⁵¹).

El tipo que se aplica oscila entre el 60% y el 100% del coste de desempleo así calculado, en función del tamaño de la empresa, el porcentaje de beneficios sobre ingresos y el porcentaje de trabajadores despedidos que tiene 50 o más años. Debe señalarse que, en las reglas de cálculo de este porcentaje, se especifica que se realicen año a año teniendo en cuenta el total de despedidos dentro del periodo establecido en la comunicación empresarial o acuerdo de despido colectivo, por lo que tendrá carácter acumulativo, aunque las variaciones de tramo no afectarán a las aportaciones de años anteriores.

Los motivos de la introducción de este coste son claros: “persigue desincentivar el despido de los trabajadores de cincuenta o más años únicamente por razón de su edad, promover su recolocación y compensar el impacto que estos despidos generan sobre el sistema público de protección por desempleo”¹⁵². La forma de ejecución es, sin embargo, ciertamente mejorable, pues es demasiado compleja y genera dificultades evidentes para conocer la cuantía que se habrá de abonar. La necesidad de aprobación del reglamento de desarrollo, la posterior recogida de información y el cómputo de las cuantías concretas han dificultado su eficacia; pese a que la norma entró en vigor en 2011, han transcurrido más de dos años sin que se produzca un solo ingreso en el Tesoro por este concepto. Según datos ofrecidos por el Gobierno en

¹⁵⁰ En todo el régimen de aportaciones al Tesoro se incluyen estos trabajadores, por lo que esta acotación debe entenderse incluida.

¹⁵¹ BARROS GARCÍA, M., “Aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, cit., pág. 221.

¹⁵² Exposición de motivos del RD-L 5/2013

respuesta a cuestiones escritas de diputados, hasta el mes de diciembre de 2012 no se dispuso de la información necesaria para que se comenzaran a tramitar las oportunas liquidaciones¹⁵³ y hasta 2013 no se ha procedido a iniciar las gestiones de los primeros expedientes¹⁵⁴.

Desde una perspectiva económica, puede señalarse que de esta forma se obliga a las empresas a interiorizar la externalidad que supone el despido, al hacerles abonar el coste que suponen al Estado –esto es, al conjunto de la sociedad– las prestaciones correspondientes en casos en los que la experiencia muestra que las probabilidades de reemplazo son relativamente bajas. Ahora bien, si esto puede explicar porque se penaliza el “rejuvenecimiento” de las plantillas, no resulta tan claro que se acote a un determinado número de despidos: el perjuicio a la sociedad es el mismo si dos empresas despiden a 50 trabajadores que si una lo hace a 100, por lo que debe promoverse la actuación que se considere óptima en ambos casos. La atención a los beneficios también es razonable, pues el sobre coste que genera esta aportación podría tener efectos contraproducentes sobre el empleo, al añadir un coste adicional a una empresa que ya atraviesa dificultades. Y es preciso reiterar que la toma en consideración de los beneficios futuros es realmente poco afortunada, especialmente porque es posible que estos sean tan escasos que no lleguen a cubrir el importe de la aportación al Tesoro.

Como ha puesto de manifiesto PUEBLA PINILLA, el impacto de esta aportación en un trabajador medio será muy superior a la que corresponde por el hecho de la indemnización prevista en el ET, y lo que es más grave, superior a la prevista para el despido improcedente¹⁵⁵. Es cierto que estos podrán ser considerados como extinciones no inherentes a la persona del trabajador, pero no lo es menos que en la práctica tanto al trabajador como al empresario les convendrá más esta vía, pues el primero soporta un mayor coste y el segundo recibirá mayor indemnización.

2.5.- El coste del despido nulo y readmisiones forzadas

La nulidad es la máxima sanción jurídica que prevé el ordenamiento jurídico para un despido: frente a la improcedencia, que únicamente implica la indemnización –la readmisión es una mera alternativa– las calificación de un despido como nulo, al menos formalmente, impide al empresario extinguir el contrato. En el contexto de esta investigación, en principio, esta calificación podría entenderse fuera del objeto de aquella, pues si lo que interesa es la extinción del contrato de trabajo desde la

¹⁵³ Pregunta escrita 184/023052, BOCG-Congreso de 7 de octubre de 2013

¹⁵⁴ Pregunta escrita 184/023047, BOCG-Congreso de 7 de octubre de 2013

¹⁵⁵ PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, cit., pág. 151.

perspectiva empresarial y dándose los presupuestos para la nulidad no puede producirse tal extinción, no queda margen de actuación. Desde la perspectiva económica es el equivalente a un coste infinito.

Sin embargo, como se ha argumentado más arriba¹⁵⁶ la nulidad del despido lo único que hace es atribuir los “derechos de propiedad” al trabajador: mientras el ordenamiento no prohíba la extinción de mutuo acuerdo o la dimisión indemnizada, siempre habrá un precio que el trabajador esté dispuesto a aceptar por renunciar a su empleo, aunque no siempre el empresario estará dispuesto a pagarlo. En consecuencia, la calificación del despido como nulo lo único que genera, a los efectos de la decisión empresarial de prescindir de un trabajador, es un coste (precio) más elevado. Consecuentemente, desde la perspectiva de la “demanda de despidos”, producirá el efecto de dirigir las decisiones extintivas en mayor medida hacia los trabajadores que menor probabilidad tengan de alcanzar, en un eventual proceso judicial, la calificación de su despido como nulo (bienes sustitutivos). Sin embargo, en una lógica dinámica, el efecto puede ser contraproducente, pues también se evitará en la medida de lo posible la contratación de los amparados por la mayor protección, como se ha visto en el Capítulo I (epígrafe 2.1.3).

Realizadas estas aclaraciones, corresponde ya analizar los supuestos en que la decisión empresarial de despedir recibe esta calificación, que como se verá a continuación, responden en el caso de las decisiones individuales (se haya llegado a ellas por la vía del procedimiento individual o colectivo) a motivos sustantivos, frente a la histórica concepción de la nulidad como consecuencia de la ignorancia de aspectos formales¹⁵⁷. Esta diferente construcción no es irrelevante, pues mientras que en el caso de los despidos cuya nulidad procede de un defecto formal o procedimental nada impedirá que se lleve a cabo un nuevo despido –con sus correspondientes costes–, en la que encuentra su origen en aspectos sustantivos no cabe dicha posibilidad¹⁵⁸, con lo que la única vía para extinguir el contrato será la pactada.

El precepto enuncia las diferentes situaciones con una construcción gramatical que parece apuntar al carácter necesario de la declaración de nulidad, al margen de cualquier otra circunstancia que concurra: “el despido será nulo...”. Sin embargo, tras la enumeración se incorpora la regla que da sentido al apartado, pues se añade que “lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

¹⁵⁶ Capítulo I, epígrafe 1.2.4

¹⁵⁷ Un recorrido por esta evolución puede encontrarse en HERRAIZ MARTÍN, M^ªS., *El despido nulo: causas y efectos*, cit., págs. 36-50.

¹⁵⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “Régimen jurídico del despido nulo”, en *La extinción del contrato de trabajo: el despido.*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 55.

El primer caso, es el de vulneración de Derechos Fundamentales y Libertades públicas, que se ha analizado en el punto 2.2 del Capítulo anterior, y que no es más que la materialización de uno de los elementos del marco no disponible. El apartado 5 del art. 55 ET, en el que se recogen las causas de nulidad del despido disciplinario, así como el art. 53.4 ET en relación a los despidos objetivos, incluye también supuestos de defensa de la maternidad y paternidad desde diferentes perspectivas: durante las suspensiones del contrato de trabajo relacionadas con este motivo¹⁵⁹, tras a reincorporación y hasta nueve meses después del nacimiento, acogimiento o a adopción del hijo, y durante la gestación y ejercicio de los deberes y derechos que se derivan de las relaciones familiares¹⁶⁰. Junto a estos casos, se ha optado también por otorgar la máxima protección, a modo de garantía de indemnidad específica, a las trabajadoras víctimas de violencia de género cuando el despido se produzca por el ejercicio de los derechos de adaptación de su relación de trabajo que reconoce la ley.

Excepto el último caso, que se incardina en la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE), los restantes supuestos encuentran amparo constitucional en el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) –al menos en los supuestos de condiciones que únicamente pueden concurrir en la mujer– o, con carácter más amplio, en la tutela de la familia y la protección de los hijos que tienen el deber de asegurar los poderes públicos (art. 39 CE).

En definitiva, cuando el despido se realice en alguno de los supuestos de hecho señalados, si el empresario no lo ha realizado cumpliendo con todos los requisitos legales –de fondo y de forma– que permitan su calificación jurídica como procedente, necesariamente habrá de calificarse aquel como nulo, sin que sea necesario justificar la discriminación o se admita prueba en contrario. Otra interpretación haría la enumeración innecesaria: si se acredita (incluso por vía indiciaria que permita la inversión de la carga de la prueba) la vulneración de un Derecho Fundamental el despido ya sería nulo. Esta argumentación, inicialmente controvertida¹⁶¹ y sobre la que el Tribunal Supremo evitó pronunciarse¹⁶², de hecho, ha sido llevada a sus últimas consecuencias en el caso de la mujer embarazada: debe tenerse en cuenta al respecto la STC 92/2008, que resuelve una demanda de amparo sustentada (entre otras razones que no vienen al caso y no fueron atendidas) en que lo incisos que se refieren a

¹⁵⁹ Maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad.

¹⁶⁰ Embarazo, lactancia, reducción de jornada por cuidado de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto o reducción por cuidado de hijos o para la atención de las personas dependientes del trabajador a las que se refiere el art. 37.5E ET, así como las excedencias para cuidado de hijos del art. 47.3 ET.

¹⁶¹ Sobre los argumentos a favor y en contra de la aplicación automática del precepto, resulta de interés la consulta de CAVAS MARTÍNEZ, F., “El Tribunal Constitucional «blinda» el contrato de las trabajadoras embarazadas”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, 11, 2008.

¹⁶² *Ibid.*, pág. 2; SEMPERE NAVARRO, A. V., “Protección objetiva de la embarazada frente a su despido: Comentario a la STC de 21 julio 2008 (RTC 2008, 92)”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 14, 2008, pág. 7.

supuestos concretos diferentes de la vulneración de derechos fundamentales “operan de manera automática, siempre que se encuentre la trabajadora (o el trabajador, en su caso) en una de las situaciones contempladas, sin necesidad de que concurra un ánimo discriminatorio, salvo que el despido se declare procedente” y cualquier interpretación en contrario es irrazonable y por tanto contraria al art. 24 CE que garantiza la tutela judicial efectiva. El Tribunal, basándose en que el precepto legal señalado responde a la protección de los derechos previstos en el art. 14 CE estima el recurso, acepta dicho argumento, entendiendo que se trata una garantía legal del derecho a la igualdad, con lo que el despido de la mujer embarazada –y debe entenderse que también los restantes supuestos – nunca podrá ser calificado como improcedente, ni siquiera en el caso (como en enjuiciado) de que no haya quedado acreditado que el empresario tenía conocimiento de tal situación: será siempre procedente o nulo¹⁶³.

Se trata, en todo caso, de la consecuencia de una opción legal, por lo que siendo un elemento de nuestro sistema de protección frente al despido, no está dentro del marco no disponible a que se ha dedicado el capítulo anterior; de hecho, la reciente STC 173/2013 así lo ratifica: al proceder esta garantía de defensa de la mujer embarazada con independencia de que el empresario conozca dicho hecho (y, consecuentemente, sin valorar si existe algún móvil discriminatorio), no puede extenderse al supuesto de resolución durante el periodo de prueba, en el que sí que habrá de acreditarse –aun siendo de aplicación el principio de inversión de carga de la prueba– la vulneración del derecho a la no discriminación.

El efecto de esta protección es claramente contrario los fines que persigue: si el empresario no conoce la circunstancia del estado de gestación –de hecho podría no conocerlo ni la propia trabajadora– la potencial nulidad del despido no tendrá ningún efecto disuasorio para la extinción del contrato. Sin embargo, incrementa el coste esperado del mismo en el momento de su nacimiento, lo que reducirá el valor esperado de las trabajadoras jóvenes que opten al ingreso en la empresa sin que esto tenga relación alguna con su productividad.

En el caso de contratos temporales, la nulidad del despido plantea un importante problema. La restitución íntegra de la situación jurídica al estado en que se encontraría de no haberse producido la infracción, no puede suponer la transformación de una relación laboral de naturaleza temporal en otra indefinida¹⁶⁴: del mismo modo que cuando el fallecimiento del trabajador durante el proceso imposibilita la readmisión¹⁶⁵ la responsabilidad empresarial se agota con el abono de los salarios que habría percibido el trabajador indebidamente despedido de no darse la causa que, por sí

¹⁶³ En el mismo sentido, STC 124/2009.

¹⁶⁴ STS de 14 de abril de 1989 (RJ Az. 1989/9895)

¹⁶⁵ STS de 4 de febrero de 1991 (R° 809/1990)

misma, habría extinguido el contrato¹⁶⁶, y que no deben confundirse con los salarios de tramitación, pues no resarcan el perjuicio causado durante la pendencia del proceso, sino el lucro cesante íntegro por la indebida extinción del contrato. De esta forma, a diferencia de los supuestos en que el despido del trabajador temporal sea calificado como improcedente, no opera la indemnización legal y tasada de factor indemnizatorio máximo (fijado en 33 en la actualidad). En todo caso, con carácter general será superior la indemnización debida en caso de que el despido sea calificado como nulo, salvo que el tiempo de contrato pendiente en el momento de producirse sea muy reducido y la duración del contrato temporal se haya extendido considerablemente, haciendo crecer el factor antigüedad.

3.- LOS FACTORES COMUNES: SALARIO Y TIEMPO DE SERVICIO

3.1.- El salario como elemento de la indemnización y problemas para su cuantificación

La toma en consideración del salario como factor de referencia para el cómputo de la indemnización que debe percibir el trabajador en caso de pérdida de su empleo es plenamente lógica desde la perspectiva indemnizatoria: su importe necesariamente debe ser tenido en cuenta para conocer cuál es el lucro cesante para el trabajador. Idealmente, desde una perspectiva teórica y en ausencia de baremos legales, el cálculo del perjuicio futuro que sufre el trabajador por la pérdida del empleo vendría determinado por el valor actual del producto de multiplicar el salario que deja de percibir por el tiempo esperado en conseguir otro empleo de igual salario¹⁶⁷. Debe señalarse que, en principio, no cabe relacionar el mismo con el daño emergente, pues este se referirá al valor del empleo en sí mismo: el nivel salarial podrá influir en cuanto que aporte a la persona del trabajador una apariencia social, o sea indicador del prestigio que genera ocupar ese puesto de trabajo.

Este hecho justifica que el único salario que se tenga en cuenta sea el actual, y no los diferentes percibidos durante la relación de trabajo, aunque no se indique expresamente en la norma¹⁶⁸: la expresión “F días de salario por año de servicio” podría entenderse perfectamente en relación a los niveles retributivos de cada uno de los años de relación laboral, pero esto –al margen de dificultar el cálculo notablemente e introducir la necesidad de actualizar rentas por los niveles de precios– no respondería a su verdadera finalidad. En este sentido, la doctrina judicial ha señalado que “[la] finalidad [de la indemnización] radica en la compensación de la pérdida de

¹⁶⁶ STS de 28 de abril de 2010 (R°1113/2009)

¹⁶⁷ En una expresión completa, se consideraría también el valor esperado de ese salario futuro para aumentar o reducir la cuantía.

¹⁶⁸ STS de de 7 de diciembre de 1990 (R° 520/1990), FJ 6°.

rentas salariales que genera el despido, [por lo que] la rentas salariales a tener en cuenta han de ser entonces las que deberían lucrarse en el momento de su pérdida como consecuencia del despido, que no aquellas otras que hubieren podido percibirse con anterioridad”¹⁶⁹. La concreción de que se entiende por “actual”, conforme al criterio jurisprudencial, se realiza considerando que “el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales”¹⁷⁰, siendo irrelevante si el importe de ese salario ha sido constante a lo largo del último año o en el momento del despido acaba de producirse un incremento¹⁷¹.

Las circunstancias excepcionales a las que se refiere el alto tribunal se relacionan con partidas que aunque retribuyan el trabajo efectivo, se devengan o bien de modo irregular, o bien en periodos superiores a la mensualidad. En el caso de los primeros, la regla general es su cómputo anual, de modo que no tenga efectos distorsionadores el hecho de en el último mes la retribución haya sido excesivamente elevada o reducida¹⁷²; en casos de devengo por periodos extensos, se buscan criterios comparables: así, en planes de opciones sobre acciones –cuya naturaleza salarial afirmaron sendas STS de 24 de octubre de 2001¹⁷³– se ha atendido al criterio proporcional, entendiendo que se genera el derecho linealmente y teniendo en cuenta los derechos en maduración durante los doce meses anteriores¹⁷⁴.

Las consecuencias de esta lógica tienen importantes efectos prácticos: en caso de negativa injustificada del empresario al reingreso tras excedencia sin reserva de puesto, el salario que se utilizará es el del puesto al que el trabajador tendría derecho a ocupar, no al que venía prestando con anterioridad a la misma¹⁷⁵, lo que podrá tener efectos beneficiosos para el trabajador –por los incrementos salariales– o negativos –si ello supone pérdida de complementos salariales de puestos de trabajo que viniera percibiendo. Además, en caso de que por algún motivo el trabajador esté recibiendo un salario menor de aquel al que le correspondería por aplicación del Convenio Colectivo o disposiciones de su contrato, será este último el que se empleará como módulo¹⁷⁶, pues al tener derecho al mismo es el que podría devengar hacia el futuro. Este criterio, por otro lado, sirve también de base para ajustar la cuantía cuando el

¹⁶⁹ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 26 de septiembre de 2012

¹⁷⁰ STS de 17 de julio de 1990 (RJ Az. 1990/6413)

¹⁷¹ STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2005 (R° 2149/2005)

¹⁷² Entre otras, STSJ de Castilla y León, Valladolid de 10 de octubre de 2000 (R° 167/2000), SSTSJ de Madrid de 18 de mayo (R° 1977/1999) y 12 de noviembre de 1999 (R° 3955/1999)

¹⁷³ R°3295/2000 y 4851/2000

¹⁷⁴ STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2009 (R° 3678/2008)

¹⁷⁵ SSTS de 26 de junio de 1988 (R° 3044/1997) y 12 de marzo de 2003 (R°2757/2002)

¹⁷⁶ SSTS de 7 de diciembre de 1990 (R° 520/1990) y, 3 de enero de 1991 (RJ Az. 1991\47), entre otras.

tiempo es importante, como ocurre en el caso de salarios debidos total o parcialmente en moneda extranjera: el tipo de cambio se fijará en la fecha del despido¹⁷⁷.

La determinación del salario en la fórmula indemnizatoria tiene una doble importancia: por una parte, es preciso especificar cuál es el que corresponde a un día (para operar como factor en la expresión principal), pero por otra se requiere conocer cuál es en cómputo mensual para aplicar los topes indemnizatorios máximos. Al margen de las potenciales reclamaciones de cantidad y de la necesidad de que el empresario conozca con certeza el coste que tendrán sus decisiones¹⁷⁸, la fijación precisa de la cuantía tiene una importancia mayor de la que pudiera parecer a priori: en caso de que se cometan errores no excusables en la determinación de la misma—en otro caso no cabría el reproche jurídico y los efectos negativos derivados de la declaración de la improcedencia¹⁷⁹—, ello conllevará la calificación de improcedencia en el caso de los despidos objetivos por incumplimiento de los requisitos formales del art. 53.1 ET.

En relación a la excusabilidad del error como circunstancia que permite evitar las consecuencias negativas que la ley prevé para el depósito, consignación o entrega de las indemnizaciones, los criterios son diversos y difícilmente generalizables. Lo que en un momento dado constituye un error aceptable, puede cambiar su calificación tras ser resuelto en un determinado sentido en unificación de doctrina, al margen de que siempre habrá que atender a las circunstancias concretas de cada caso. Con carácter general puede indicarse que la magnitud de la diferencia en la cuantía pagada o puesta a disposición del trabajador¹⁸⁰—especialmente si se debe a simples errores de cuenta—o el origen en la calificación jurídica de elementos retributivos en los que la naturaleza salarial no resulte evidente¹⁸¹, son criterios habitualmente utilizados para evaluar si el error empresarial es tolerable.

La exclusión de la calificación de improcedencia cuando el error es excusable, incorporada al ET por el RD-L 10/2010 recogiendo la regla anteriormente contemplada en la LPL90 y LPL95, resulta absolutamente razonable: si con ello lo que se pretende es que el empresario satisfaga la indemnización legal, no tienen razón de ser sancionar una conducta en la que ha sido diligente. De hecho, lo que pone de manifiesto es la existencia de un ámbito en el que existe cierta inseguridad jurídica, como es el de la calificación jurídica “salarial” de diversas partidas, motivado por la introducción de

¹⁷⁷ STS de Madrid de 2 de octubre de 2001 (R° 1463/2001)

¹⁷⁸ MARÍN MORAL, I., *La indemnización por despido*, cit., pág. 18.

¹⁷⁹ Entre otras, las SSTS de 24 de abril de 2000 (R° 308/1999) y 19 de junio de 2003 (R° 3673/2002), y más recientemente las SSTS 23 de enero de 2013 (R° 1119/2012) o 13 de marzo de 2013 (R° 2002/2012).

¹⁸⁰ A título meramente ejemplificativo STS de 27 de junio de 2007 (R° 1008/2006)

¹⁸¹ Así, para una bonificación de devengo diferido y cantidad variable, STS de 28 de febrero de 2006 (R° 121/2005); en relación con la valoración de las opciones sobre acciones (*stock options*), STS de 26 de enero de 2006 (R° 3813/2004) o la STS de 16 de mayo de 2008 (R° 523/2007)

conceptos retributivos variables, la complejidad de las estructuras de incentivos, la existencia de beneficios para los trabajadores, etc.

La noción de salario a efectos laborales no es, por tanto, una cuestión pacífica. La casuística es amplia y variada: se considera salario, de acuerdo con el art. 26.1 ET toda percepción económica de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación de sus servicios, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los períodos de descanso computables como de trabajo. Esta amplia definición legal implica que sólo estarán excluidas aquellas cantidades que no respondan a la remuneración del trabajo sino a otros conceptos, como pueden ser gastos, indemnizaciones o suplidos, o cotizaciones sociales, atendiendo siempre a la naturaleza real de los pagos y no a la denominación que le den las partes¹⁸².

Determinado el concepto de salario y las cantidades que deben imputarse al mismo, es preciso concretar el cálculo de los elementos que configuran la indemnización por extinción de contrato: el “día de salario” y las “mensualidades de salario”. Esta última no plantea especiales problemas, pues se ha expuesto que el salario de referencia se establece precisamente en atención a la última nómina mensual, con las correcciones necesarias para los elementos de devengo irregular o supramensual. Sin embargo, para el cómputo del salario diario caben dos criterios: o bien considerar dividir el mensual entre 30 –o lo que es lo mismo, dividir el salario anual entre 360–, o bien anualizarlo y dividirlo entre el número efectivo de días que tenga el año. Este último criterio ha sido el que efectivamente ha adoptado la jurisprudencia unificada: los parámetros que establece el art. 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios, y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir esta retribución global por los 365 días que al año corresponden –366 para el caso de año bisiesto–; y no por la cifra de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados [12x30] y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días [365/12] y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados¹⁸³.

En consecuencia, en términos de salario anual el cálculo de la indemnización puede expresarse del siguiente modo:

¹⁸² Así, por ejemplo, la naturaleza salarial o compensatoria de los cheques-restaurante y tickets comida dependerá de si su finalidad es o no compensar un gasto ocasionado por el desempeño del trabajo (STS de 3 de octubre 2013, R^o 1678/2012). La misma lógica puede aplicarse a otros conceptos: la vivienda será extrasalarial si compensa el gasto de residir en determinado lugar, pero no sí opera como incentivo para que se acepte determinado puesto –nótese la sutileza del matiz– (SSTS de 11 de febrero de 1997 –R^o 2732/1995– y 27 de mayo de 1998 –R^o 2676/1997), y un vehículo no podrá considerarse salario en especie cuando efectivamente sea una herramienta necesaria para el mejor desempeño de las funciones del trabajador (STS de 21 de diciembre de 2005, R^o 104/2005)

¹⁸³ SSTS de 27 de octubre de 2005 (R^o 2513/2004), 30 de junio de 2008 (R^o 2639/2007), 24 de enero de 2011 (R^o 2018/2010) y 9 de mayo de 2011 (R^o 2374/2010)

Fórmula 4: Esquema modular básico de indemnización en referencia al salario anual

$$T_4 \equiv T_3 = C + \min\left(F \times A \times \frac{S_A}{365}, N \times \frac{S_A}{12}\right)$$

<i>Donde</i>	<i>C</i>	<i>es el coste no factorial</i>
	<i>F</i>	<i>es el factor indemnizatorio</i>
	<i>A</i>	<i>es el tiempo legal de servicios prestados por el trabajador</i>
	<i>SA</i>	<i>es el salario en términos anuales</i>
	<i>N</i>	<i>es el módulo indemnizatorio máximo</i>

3.2.- El tiempo de servicio como factor de la fórmula indemnizatoria

El perjuicio que sufre el trabajador por la pérdida de su empleo no se proyecta sólo hacia el futuro: la relación de su antigüedad con los menores ingresos que potencialmente recibirá en los años siguientes a la pérdida de empleo es indirecta: la reducción de capital humano específico para la empresa –que no genera productividad en otra– se reflejará en menores salarios, pero la pérdida de la retribución ya es tenida en cuenta por la introducción de ese factor anterior, como se acaba de exponer.

La atención que desde el baremo legal se da a la antigüedad puede por tanto relacionarse mejor con el daño emergente, con el perjuicio concreto que genera la pérdida de ese empleo por sí misma. Así, es razonable entender que bienes jurídicos inmateriales, como la pertenencia a una comunidad, los vínculos humanos, la realización personal que supone el empleo o la valoración que el individuo pueda dar a la estabilidad unida a determinadas rutinas, encuentra un indicador objetivo en el tiempo que el trabajador ha estado vinculado a una empresa determinada. Evidentemente, las circunstancias de cada caso harán que la relación de este daño con la antigüedad sea más o menos intensa, y es razonable entender que el crecimiento marginal del mismo sea decreciente: cuando la relación laboral ha durado varias décadas, apenas supondrá aumento del perjuicio el transcurso de un año más, lo que en cierta medida dota de justificación, desde la perspectiva del daño, a los topes indemnizatorios, aunque no tanto a su diferenciación en relación a la causa del despido.

La expresión legal en que se concreta el cómputo de este factor es, con carácter general, el “año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año”. Esta última acotación referida a la técnica de ajuste de las unidades temporales menores a la anualidad no aparece sin embargo en la regulación de la contratación temporal, en la que –en caso de que la extinción sea indemnizada– la previsión (art. 49.1.c ET) sobre este factor, como se ha expuesto al justificar la

formulación unitaria de la fórmula indemnizatoria¹⁸⁴, tiene en cuenta la parte proporcional por cada año de servicio. En el caso concreto de los contratos temporales de fomento del empleo previstos en la Ley de Empresas de inserción¹⁸⁵ (art. 15.5), de hecho, ni siquiera se aclara si el cómputo debe hacerse de uno u otro modo, sino que simplemente se indica que a la terminación del contrato el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación calculada como un número de días por año de servicio.

Es preciso aclarar en este punto que la jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo ha considerado que el prorrateo por meses a que se refiere la ley implica que cualquier periodo inferior a este supone tener que contar un mes completo adicional. Conforme a su doctrina, “no hay razón alguna para fijar dos módulos de cálculo de la indemnización correspondiente a aquellos períodos de servicios que no alcancen un año: el prorrateo atinente a un mes para los meses completos de servicio, y el atinente a los días servidos después del último mes completo, pues si el legislador hubiera querido expresarlo así lo habría hecho. Por ello, para todo el tiempo de servicios inferior a un año, habrá de aplicar la norma contenida en el precepto objeto de análisis, que consiste en prorratear en todo caso “por meses [y no por días en ningún caso] los períodos de tiempo inferiores a un año”. De esta manera, sea cual fuere el número de días servido a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse “por meses”, esto es, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes, fórmula ésta elegida por el legislador que se presenta como adecuada y simple y, por otra parte, de escasa trascendencia económica a favor del trabajador.”¹⁸⁶

Este hecho indicado por el alto tribunal –la escasa importancia económica– probablemente sea el causante de la ausencia de litigiosidad sobre esta cuestión, pero parece claro que aplicando los mismos criterios debe llegarse a la conclusión en el sentido de que el método interpretativo del precepto deberá ser el literal¹⁸⁷: a la vista de la diferente redacción de la regulación de la indemnización por extinciones temporales la proporcionalidad de los periodos inferiores a un año no debe encontrarse limitada, pues es lo suficientemente clara como para no generar en el intérprete duda alguna acerca de que el legislador haya querido expresar algo diferente a lo que dijo. De hecho, cuando lo ha creído oportuno, sí que ha utilizado la misma expresión para contratos temporales, posiblemente basándose en su mayor

¹⁸⁴ Epígrafe 1.2.- de este capítulo

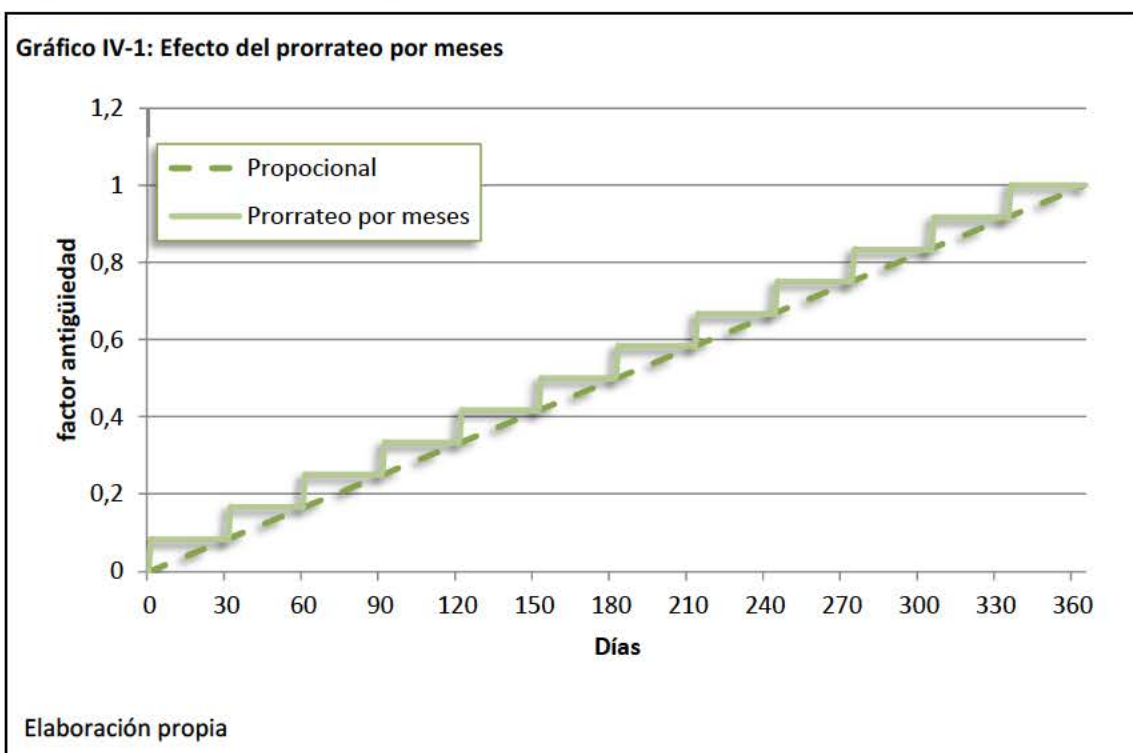
¹⁸⁵ Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (BOE de 14 de diciembre de 2007).

¹⁸⁶ STS de 31 de octubre de 2007 (R° 4181/2006), ratificada después por otras como las SSTS de 11 de febrero de 2009 (R° 450/2008), 20 de julio de 2009 (R° 2398/2008) y de 20 de junio de 2012 (R° 2931/2011) en la que se califica este error como inexcusable, a los efectos impedir el devengo de salarios de tramitación conforme a la legislación entonces vigente, pero evidentemente lo será también a los de calificar el despido por causas objetivas como improcedente (vid infra 4.2.3.-).

¹⁸⁷ Argumento empleado en la primera de las SSTS citado en la nota anterior.

duración esperada: es el caso de los ya extintos contratos temporales para el fomento del empleo.

El efecto es el que puede apreciarse en el Gráfico IV-1: un incremento de la indemnización para prácticamente todos los casos, con mayor intensidad cuanto menor sea el tiempo que exceda del mes. La afirmación relativa a la importancia cuantitativa de esta forma de cálculo es cierta para los contratos indefinidos, que generalmente tendrán una duración mayor, pero si se aplicara a los contratos temporales de muy corta duración el efecto sí sería relevante: llevado al extremo, en un contrato temporal de un día, la indemnización por terminación del contrato supondría un 8,3% más de salario por cada punto de factor indemnizatorio¹⁸⁸. En todo caso, aunque el efecto es ciertamente pequeño, impide precisar con exactitud desde el inicio del contrato el coste que tendrá el despido en relación al salario, pues ya no es una proporción exacta del mismo solo dependiente del factor indemnizatorio, sino que tiene leves variaciones –ciertamente mínimas para duraciones largas del contrato– lo que no facilita que las partes internalicen su impacto en el diseño retributivo en los términos indicados por LAZEAR¹⁸⁹.



Por último, es necesario precisar el concepto de “servicio” que emplea el legislador, pues la aplicación práctica de esta fórmula de cálculo ha hecho necesario

¹⁸⁸ Con el aplicable para los celebrados a partir del 1 de enero de 2015, significaría que habría que pagar como indemnización una cantidad igual al salario del contrato.

¹⁸⁹ Ver Capítulo I.- 1.2.-

emplear criterios algo más avanzados que la mera resta entre la fecha final e inicial del contrato de trabajo.

Un primer problema, al que ya se ha hecho referencia¹⁹⁰, se plantea en el caso de la contratación sucesiva, bajo diferentes fórmulas, de un trabajador con una misma empresa. En caso de que se trate de contratación temporal fraudulenta *ab initio*, resulta evidente que existe una única relación laboral, dado que expresamente el art. 15.3 ET prevé que se presuma celebrado por tiempo indefinido, por lo que lógicamente se computará el tiempo de servicio desde la fecha inicial y no desde el momento en que se declare o reconozca la naturaleza indefinida de la relación. Tampoco resultan demasiado problemáticos los supuestos de contratación temporal legalmente realizada que después, por un acuerdo novatorio, se transforman sin solución de continuidad ni liquidación alguna de haberes en otras indefinidas: si se acepta que el factor antigüedad introduce en el baremo el valor del puesto actual, es claro que la naturaleza inicial de la relación no afectará a este; además, al no haberse abonado la indemnización que en su caso correspondiera por la extinción del contrato temporal, no sería justo ignorar ese tiempo de trabajo.

El principal dilema, por tanto, se produce en los casos en los que se han producido liquidaciones de contratos en relaciones sucesivas, y finalmente la relación laboral deviene indefinida, ya sea por estimarse que ha existido fraude, ya por aplicación de la regla sobre concatenación de contratos del art. 15.5 ET. En estos casos, el empresario habrá abonado al trabajador, al final de cada contrato, la indemnización prevista por la ley, aplicando al tiempo de servicio prestado y salario abonado el factor indemnizatorio correspondiente a los trabajos temporales. Al terminar la posterior relación indefinida por alguna de las causas que dan lugar a indemnización, la doctrina judicial ha entendido no sólo que deben tenerse en cuenta todos los periodos de servicio, sino la totalidad del tiempo transcurrido desde el primer contrato, considerando que existe una unidad de vínculo que determina una única relación laboral ininterrumpida¹⁹¹. La acreditación de la efectiva existencia de múltiple relaciones requiere que entre la extinción de un contrato y el comienzo del siguiente transcurra al menos el plazo de caducidad de la acción de despido (20 días)¹⁹², aunque “... cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo contractual”¹⁹³.

¹⁹⁰ Vid. *supra* Capítulo IV.- 1.1.2.-B.-c).- “La extinción del contrato indefinido en casos de contratación temporal previa”.

¹⁹¹ STS de 20 de febrero de 1997 (R° 2580/1996)

¹⁹² STS de 21 de abril de 1998 (R° 3288/1997)

¹⁹³ STS de 29 de mayo de 1997 (R° 4149/1996)-

Además, “tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos”¹⁹⁴, lo que en la práctica implica que se computen periodos que no han sido efectivamente trabajados ni en los que se haya abonado la remuneración correspondiente, por encontrarse entre las distintas relaciones¹⁹⁵.

Este caso plantea también la cuestión de si deberían descontarse de la indemnización final las diferentes indemnizaciones sobre la terminación del contrato, pues es claro que si se tienen en cuenta dos veces los mismos periodos de servicio habrá una duplicidad de abonos por un mismo concepto –la pérdida del puesto de trabajo. Sin embargo, la posición del Tribunal Supremo, aplicando la lógica del enriquecimiento injusto,¹⁹⁶ ha sido la de considerar que no cabe llevar a cabo la compensación de las deudas, por cuanto que para ello, de conformidad con el art. 1196 CC, sería necesario que el trabajador debiera el importe de aquellas indemnizaciones al empresario, y dado que aquellos pagos fueron “uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como contrataciones en fraude de ley (...) no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna”¹⁹⁷.

Una segunda clase de problemas es la relativa a la forma en la que debe computarse el tiempo de servicio cuando se ha producido una interrupción en la vida del contrato de trabajo. Al respecto, el Tribunal Supremo ha subrayado que el concepto relevante no es la antigüedad que pueda reconocerse por convenio colectivo¹⁹⁸ o pacto individual¹⁹⁹ a efectos retributivos, sino el efectivo tiempo de servicio. En consecuencia, no debe tomarse en consideración el tiempo que el trabajador haya estado en situación de suspensión del contrato por un Expediente de Regulación de Empleo²⁰⁰ o en excedencia forzosa²⁰¹, aunque no es tan claro en el caso

¹⁹⁴ STS de 8 de marzo de 2007 (R°175/2004), que ha sido calificada por algún autor como un paso más en este proceso de búsqueda de la contratación indefinida, al rechazarse que puedan suponer ruptura de la continuidad interrupciones que en algunos casos superaron los dos meses: SEMPERE NAVARRO, A. V., “Indemnización por despido tras contratos sucesivos. Comentario a la STS de 8 de marzo de 2007”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 7, 2007.

¹⁹⁵ VALDÉS ALONSO, V., “Sucesión de contratos temporales realizados en fraude de ley y determinación del periodo computable a efectos de la fijación de la indemnización por despido improcedente”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 1999, pág. 822.

¹⁹⁶ A favor de la cual pueden verse lo argumentos que expuse en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Lógica y alcance de la indemnización por despido improcedente”, cit., págs. 31-33.

¹⁹⁷ STS de 31 de mayo de 2006 (R° 1802/2005),

¹⁹⁸ SSTs de 16 de enero de 1984 (RJ Az. 1984/52), de 25 de febrero de 1986 (RJ Az. 1986/822), entre otras que después lo han reiterado.

¹⁹⁹ STS de 15 de febrero de 1990 (RJ Az. 1990/1094) que estima la pretensión del trabajador de que se tome en cuenta la primera porque en el contrato se indica expresamente que la antigüedad se reconoce “a todos los efectos”, por lo que debe serlo también a los indemnizatorios

²⁰⁰ STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2012 (R° 321/2012)

de la voluntaria: en ausencia de doctrina unificada, son varias las resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia que han considerado que dada la finalidad y especial protección que se le brinda en la ley, la excedencia por cuidado de hijos sí debe ser tenida en cuenta a efectos indemnizatorios²⁰².

4.- EL FACTOR Y TOPE INDEMNIZATORIOS

4.1.- Conceptos de factor y tope indemnizatorio

Al plantear la expresión matemática de la fórmula general de cómputo de costes extintivos se ha indicado ya que, aunque su expresión formal o incluso la referencia explícita a la misma no suelen recogerse en la doctrina, sí que es frecuente que aparezca implícito en los análisis de los costes extintivos el hecho –evidente, por otra parte– de que la diferencia entre unas y otras formas de extinción se encuentra en el número que multiplica a los días de salario y a los años de servicio²⁰³.

A pesar de esta omisión, es muy frecuente el uso de expresiones que muestran que esta lógica subyace a los análisis jurídicos partes de este hecho. Así, se utilizan expresiones como la “tarifa indemnizatoria”²⁰⁴ mínima y uniforme, referida a los despidos colectivos o la muy frecuente expresión jurisprudencial “módulo de N días por año de servicio”²⁰⁵ en algunos casos expresamente relacionadas con la influencia en la decisión empresarial: es el caso de la STS de 11 de abril de 2011²⁰⁶, que estableciendo como doctrina unificada que en los casos de despido por causas objetivas calificados judicialmente debe otorgársele al empresario la opción por la readmisión o la indemnización, por no poder entenderse que al haber abonado la que habría correspondido en caso de procedencia ya ha optado por la segunda, argumenta que “la condena abarca una indemnización mayor (módulo de 45 días por año en lugar

²⁰¹ SSTs de 30 de junio de 1997 (R° 2698/1996) y de 26 de septiembre de 2001 (R° 4414/2000)

²⁰² STSJ de Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2007 (R° 179/2007), STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 (R° 7277/2002), STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004 (R° 1037/2004), STSJ de Andalucía, Granada de 20 de julio de 2011 (R° 1590/2011), entre otras.

²⁰³ Excepcionalmente, en una obra que combina las lógicas jurídica y económica, el Magistrado DESDENTADO BONETE sí hace referencia al “multiplicador” que determina la indemnización en caso de despido económico procedente o improcedente: DESDENTADO BONETE, A., “Introducción a un debate”, cit., pág. 50.

²⁰⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los despidos por causa económica”, cit., pág. 416; también en “Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1994, pág. 21.

²⁰⁵ En la forma más próxima a la que aquí se emplea, el ATS de 13 de junio de 2013 indica que se pretende que para el “cálculo de la indemnización por despido para que se tome el módulo de 33 días por año y no el de 45 días por año” Entre otras, referidas a 20 días de salario por año de servicio, STS de 5 de junio de 2002 (R°2506/2001), STJS de Aragón de 21 de octubre de 2002 (R° 938/2002), STSJ de País Vasco de 13 de octubre de 2009 (R° 1824/2009), STSJ de Castilla y León, Burgos de 31 de octubre de 2000 (R° 712/2000); referidas a los factores de despido improcedente (33 o 45 días) la STS de 28 de junio de 2002 (R°2460/2001), STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2013 (R° 1448/2012), STSJ de País Vasco de 20 de marzo de 2012 (R° 616/2012), STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2002 (R° 2540/2002); en relación a los contratos temporales STSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2012 (R° 1197/2012)

²⁰⁶ R° 1909/2010

de 20 y mayor cantidad por salarios de tramitación), podría optar por la readmisión, dado que la ya entregada cubría sólo la obligación legal de puesta a disposición para el caso de resultar procedente el despido, pero no las consecuencias legales de la opción de indemnizar en el caso de resultar improcedente”.

Al margen del mayor o menor reconocimiento jurisprudencial, resulta claro que el factor indemnizatorio –y esta calificación debe preferirse a otras como las señaladas de módulo o escala, pues realmente opera como un multiplicador– es el instrumento que el legislador ha escogido para valorar la diversa cuantificación de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, según las circunstancias concurrentes en cada caso. Lo cierto es que los motivos para el mayor o menor importe no son explícitos, ni tampoco los criterios acerca de por qué se escoge un determinado número u otro, pero de alguna manera pueden deducirse de los elementos que se utilizan para distinguir los supuestos. Estos son esencialmente tres: el tipo contractual –cuyo análisis detallado (causalidad, supuestos en que procede, formas de celebración, límites) exceden del ámbito de esta investigación– las razones (alegadas y reales) del despido y la corrección formal de la decisión extintiva.

Es necesario indicar, en este punto, una precisión terminológica: el factor indemnizatorio no tiene unidades. Matemáticamente, si cada uno de los factores tiene unidad, el resultado tendrá por tal el producto de las mismas: así ocurre, por ejemplo, al multiplicar los metros de ancho y largo de una superficie, que se expresa en metro cuadrados. La indemnización se obtiene en unidades monetarias (hoy euros, antes pesetas), que es precisamente la que aporta el factor salarial. Dicho elemento se multiplica por dos números: el de años de servicio y el factor indemnizatorio. En consecuencia, técnicamente referirse al factor en términos de días (“despido de 33 días”, “despido de 20 días”) es equívoco. Quizá por ello, desde una perspectiva aritmética, sería más preciso establecer la definición de las indemnizaciones como en producto del factor indemnizatorio por el salario de tantos días como años de servicio haya prestado el trabajador, pues la expresión legal “días de salario” parece introducir una unidad temporal que realmente no existe en la fórmula.

La cuantificación definitiva de la indemnización se realiza teniendo en cuenta unas cuantías máximas legales, cuya justificación puede encontrarse por un lado en la consideración de que el daño marginal que supone el despido a partir de cierto tiempo de servicio es mínimo, y por otro en que tiene una motivación económica evidente: evitar que los costes para el empresario sean excesivos. Así, únicamente en el caso de contratos de larga duración se fijan estos topes indemnizatorios, pues en los supuestos de los de duración determinada las propias restricciones a su extensión establecen un tiempo máximo que puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización.

4.2.- Elementos de graduación y función del tope

4.2.1.- La calificación del acto extintivo a los efectos de la indemnización

El régimen legal de indemnizaciones tasadas utiliza el factor indemnizatorio para valorar el diferente grado de responsabilidad económica exigible al empresario según las circunstancias que en cada caso concurren. La determinación del factor aplicable responde esencialmente a cuatro parámetros: la clase de contrato o relación laboral, la causa alegada por el empresario, la acreditación de la misma y el cumplimiento de los aspectos formales.

En relación al tipo de vínculo, no procede hacer aquí mayores consideraciones; la ley establece para diferentes modalidades contractuales aspectos regulatorios específicos, y el factor indemnizatorio es uno de los más frecuentes. Por el mero hecho de estar regulada la relación por una u otra norma las consecuencias del despido para el trabajador serán distintas, ya sea por valoración de la existencia de un menor perjuicio, ya por políticas legislativas de fomento del empleo dirigidas a ciertos colectivos o situaciones. La función (o disfunción) de cada uno de los factores indemnizatorios así determinados se analizará en su oportuno lugar, pero poco más cabe añadir desde una perspectiva general.

Los restantes requisitos sí presentan mayor interés en este momento, pues mientras que el tipo contractual va a ser el que establezca el factor indemnizatorio para la extinción del contrato por causas conformes a derecho, los aspectos relacionados con la causa, la forma y el enjuiciamiento de ambas determinarán la calificación jurídica del despido. Así, en función de todos estos elementos, el despido podrá calificarse como procedente, improcedente o nulo, lo que repercutirá de manera determinante en el factor indemnizatorio.

La valoración de los requisitos de forma y causalidad previstos legalmente, no obstante, no siempre se ajusta a la realidad material, de modo que existe la percepción, ciertamente refrendada por la estadística oficial, de que la mayor parte de los despidos se reconocen o califican (directamente o en conciliación administrativa o judicial) como improcedentes²⁰⁷. Ello se debe, no sólo a una interpretación restrictiva del alcance de las causas o, en menor medida, de la satisfacción de las exigencias formales, sino sobre todo a una elevada variabilidad en las resoluciones, que junto a la

²⁰⁷ Ver al respecto los diferentes datos presentados en el epígrafe 4.3.3 del Capítulo II. A modo de resumen, puede señalarse que durante las fases menos negativas del ciclo económico, atendiendo a la causa de acceso a las prestaciones contributivas, más de un 80% de las extinciones de contratos indefinidos procedían de este tipo de causas; en las fases más negativas de la economía aumentan las extinciones por procedimientos de despidos colectivos, de modo que el porcentaje se reduce a niveles próximos al 60%. En todo caso, debe señalarse que en despido colectivo la indemnización a menudo es objeto de negociación, fijándose niveles que pueden llegar a ser incluso superiores a los que corresponderían en caso de despido improcedente, especialmente antes de la reforma de 2012, que requería autorización administrativa, con amplio grado de discrecionalidad en caso de falta de acuerdo.

dificultad de unificación de doctrina en una materia en que la concurrencia de hechos “sustancialmente iguales” (art. 219.1 LRJS) es realmente improbable, hace difícil prever el resultado de un pleito determinado. Por ello, frecuentemente despidos materialmente justificados tienen el tratamiento jurídico de los improcedentes, con la consiguiente inseguridad jurídica²⁰⁸ y sobrecoste para la empresa, que una vez internalizado se trasladará, al menos parcialmente, a las condiciones de trabajo de equilibrio.

4.2.2.- La causa del despido como elemento calificador

La causalidad del despido, pese a las afirmaciones cada vez más generalizadas de la existencia de un despido libre (pero con precio), es uno de los pilares básicos del sistema español de extinción del contrato de trabajo, no sólo desde la perspectiva legal, sino también de los límites al propio legislador²⁰⁹, como ya se ha expuesto ampliamente en páginas anteriores. La terminación del contrato por causa de una acción del empleador –aunque la iniciativa corresponda al trabajador en algunos casos– requiere, para ser conforme a derecho, de la concurrencia de determinados hechos, cuyos perfiles a menudo son difusos, y exigen una importante labor de interpretación jurisprudencial. Dada la diferente naturaleza de cada caso, es precisa una mención separada que en todo caso será limitada, pues cada uno de los supuestos presenta innumerables matices que darían pie a investigaciones específicas.

El despido se articula, jurídicamente, como un mecanismo de protección de la parte más débil de la relación laboral. De esta forma, la calificación del despido inicialmente como injustificado y hoy como improcedente se realiza en contraposición a otra clase de extinción, que necesariamente ha de encontrar justificación en la ley, o en la moderna denominación, ser procedente²¹⁰. De esta forma, la causa del despido adquiere una suerte de unidad conceptual: son causas lícitas de despido todas aquellas que permiten al empresario terminar unilateralmente con la relación laboral de un trabajador (o varios de ellos) conforme a derecho. El concepto jurídico de causa se separa así del fáctico: no se configura como el motivo o razón para obrar sino como la concurrencia de unos hechos que, de acuerdo a la normativa vigente, se consideran como válido fundamento para extinguir el contrato; en una perspectiva meramente

²⁰⁸RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Sobre el contrato de trabajo «único»”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2009, pág. 7.

²⁰⁹ En este sentido, criticando la concepción del sistema español como de despido libre, BAYLOS GRAU, A. Y PÉREZ REY, J., *El Despido o la violencia del poder privado*, cit., pág. 55. De “exceso” se califica la descripción del despido como descausalizado que se viene haciendo por los propios juristas en GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pág. 36.

²¹⁰RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El despido disciplinario y la «modernización» del derecho del trabajo”, en José Luis Gil y Gil, José Manuel del Valle (dirs.), *El despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagaray Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, pág. 44.

factual carece de sentido hablar de un despido sin causa, pues el empresario siempre actuará por alguna razón, sea o no aceptable para el derecho.

La concurrencia de la causa legal va a ser, por tanto, un elemento esencial para la determinación del factor indemnizatorio aplicable. Según los intereses jurídicamente relevantes que entren en juego y la legitimidad de la actuación empresarial –también en los casos de la terminación contractual indemnizada impulsada por el trabajador– el legislador establece un determinado número para el cómputo de este elemento de la fórmula resarcitoria por la pérdida del empleo. No obstante, la divergencia entre las nociones fáctica y jurídica de “causa” supone una inevitable fuente de conflicto, pues siendo infinitas las razones que el empresario puede tener para desear prescindir de un trabajador, la ley sólo puede definir criterios con un elevado grado de abstracción, lo que irremediablemente lleva a una pluralidad de posibles interpretaciones²¹¹.

A.- El despido por infracciones del trabajador

El supuesto que permite la extinción unilateral del contrato que menor complejidad presenta, desde una perspectiva de la lógica puramente contractual, es sin lugar a dudas el caso del despido disciplinario: de modo similar a lo previsto en el art. 1124 CC, se permite a una parte, sin necesidad de declaración judicial, resolver una obligación ante un incumplimiento de la contraparte, en este caso el trabajador. La traslación de dicha regla al ámbito laboral es la contenida en el art. 54.1 ET, en el que se establece que “el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

Sin embargo, el legislador no deja abierta la causalidad de esta clase de despido mediante este concepto jurídico indeterminado, sino que procede inmediatamente a su concreción en el apartado siguiente al indicar que “se consideraran incumplimientos contractuales” siete concretas conductas, si bien con definición suficientemente amplia para requerir una importante labor interpretativa a la hora de subsumir los hechos que afecten a un trabajador en un supuesto concreto.

La configuración formal de esta causa de despido en el texto legal, incluso en su denominación, no obstante, no coincide plenamente con la función que desempeña. Como se ha dicho con acierto, aunque el despido disciplinario cumpla una cierta función de prevención general de los actos de indisciplina en la empresa, cuando el empresario expulsa por esta vía a un trabajador de su organización productiva no tendrá como propósito fundamental el “castigar” al infractor, sino liberarse de él por cuanto que sus acciones son perjudiciales para el correcto funcionamiento de su

²¹¹GOERLICH PESET, J. M., “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, cit., pág. 281.

compañía²¹². Desde una perspectiva económica, como ya se ha dicho en otros lugares de esta investigación, el empresario que despide por una causa disciplinaria no lo hace sometido a un principio estricto de legalidad que le obligue a despedir cuando concurre uno de los supuestos previstos en la ley: lo hará si lo considera conveniente para su empresa.

Debe tenerse en cuenta que la conducta del trabajador que es despedido supone un incumplimiento contractual, y consecuentemente un acto contrario a la ley, en tanto que el cumplimiento de los contratos es una obligación legal, de acuerdo con el art. 1258 CC (“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”) y más específicamente conforme al art. 5 ET, que establece una serie de deberes del trabajador concretamente para la relación laboral, y que de hecho en su letra f contiene la cláusula de cierre (“cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo”) que deja clara la exigibilidad legal de lo comprometido contractualmente.

Partiendo de esa base, debe atenderse a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del alcance del derecho a la igualdad, que en ningún caso puede dar cobertura a un “imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad”, “igualdad contra la ley” recogido tempranamente en varios Autos del Tribunal²¹³ y reiterado en múltiples Sentencias a partir de la STC 62/1987 de 20 de mayo. Así, específicamente referida al ámbito del poder disciplinario del empresario, la STC 181/2006, de 19 de junio desestima la concurrencia de vulneración del derecho a la igualdad de una trabajadora sancionada (según su alegación) por firmar una carta crítica con la empresa mientras que otros firmantes no fueron objeto de acciones disciplinarias²¹⁴, aludiendo expresamente a la doctrina citada.

Al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que el empresario no es un poder público, por más que tenga atribuidos por ley ciertos poderes de autotutela que en el ámbito del derecho privado pueden resultar exorbitantes, y a pesar de que –como contrapeso a esos poderes– tiene ciertas obligaciones de tratamiento igualitario reconocidas por la ley: es una persona física o jurídica regida por el derecho privado. Como consecuencia de ello, debe tenerse en cuenta que “el respeto de la igualdad

²¹²RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El despido disciplinario y la «modernización» del derecho del trabajo”, cit., pág. 48.

²¹³ En una u otra expresión se emplea como argumentos de inadmisión en los AATC 218/1982, de 16 de junio, 77/1983, de 23 de febrero, 234/1983, de 35 de mayo, 788/1984, de 19 de diciembre, 240/1985, de 17 de abril, 303/1985, de 8 de mayo.

²¹⁴ La Sentencia, sin embargo, otorga el amparo por vulneración de la libertad de expresión, pero eso en nada afecta a los efectos que aquí interesan.

ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE²¹⁵. Profundizando en este concepto de eficacia limitada del principio de igualdad en relación a los particulares, en particular atendiendo a un supuesto de despido, el máximo intérprete de la Constitución declaró que “la eficacia del principio de igualdad hace ilegítimas las causas de discriminación específicamente prohibidas (art. 14 CE y art. 17 ET) pero, en la medida en que dicho principio ha de conjugarse con el de libertad, no prohíbe, por sí mismo, otras diferencias de trato (...). En consecuencia, no todo tratamiento empresarial que se concrete en un determinado trabajador frente al resto de la plantilla resulta relevante a los efectos del art. 14 CE, sino exclusivamente aquel que pueda ser encuadrado en alguna de las causas de discriminación prohibidas”²¹⁶.

Es cierto, sin embargo, que la doctrina judicial no aplica unánimemente esta doctrina, sino que existen múltiples resoluciones que califican como nulos los despidos disciplinarios en los que la causa alegada concurre con igual o mayor intensidad en otros trabajadores sin que hayan sido sancionados. Así, la STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2007²¹⁷ en relación a un supuesto de quebranto de la buena fe contractual consistente en hacer pasar por nuevos clientes simples renovaciones, considera discriminatorio el despido de un trabajador por ser esta una práctica relativamente extendida en la empresa²¹⁸. Para ello aplica la jurisprudencia constitucional relativa a los poderes públicos, extendiendo –de forma posiblemente poco razonable– la interdicción de la arbitrariedad que contiene el art. 9 CE y que a menudo opera como parámetro para la construcción del juicio de razonabilidad en la aplicación del principio de igualdad, a la actuación empresarial²¹⁹. Cuestión distinta, sin embargo, es que este tratamiento diferenciado de conductas iguales por parte del

²¹⁵ STC 108/1989, de 8 de junio.

²¹⁶ STC 198/2004, de 15 de noviembre.

²¹⁷ R^o1792/2007. El TS no entró a valorar el recurso de unificación de doctrina por faltar el requisito de la contradicción, dado que las sentencias de contraste aportadas no cumplían los requisitos procesales (ATS de 21 de mayo de 2008, R^o 4054/2008); como se señala en el mismo “la cuestión debatida afecta a la valoración de conductas a efectos de despido y la apreciación de la existencia de indicios de vulneración de un derecho fundamental, en concreto, del derecho a la no discriminación y a un trato igual, materias que, como se sabe, son de difícil acceso a la casación unificadora”.

²¹⁸ Consta como hecho probado que “La práctica descrita ha sido realizada en un 50% de las delegaciones, en un 30% se han descubierto 2 incidencias y el 20% tenía más de seis incidencias en un estudio realizado sobre tres meses”

²¹⁹ En el mismo sentido resuelve la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 11 de diciembre de 1995 (R^o647/1995) por entender que es “doctrina del Tribunal Constitucional el principio de que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción de elementos diferenciadores carezca de fundamento”, sin atender en ningún momento a distinción entre poderes públicos y particulares.

empresario pueda servir –junto a otros– como indicio para determinar la existencia de una verdadera discriminación por motivos prohibidos²²⁰.

No se trata esta sentencia de un caso aislado, sino que de forma más o menos explícita esta argumentación subyace en otras resoluciones, señalándose por ejemplo que “una cosa es que no todo acto de diferencia implique un trato desigual que alcance a calificar el despido como nulo, y otra, muy diferente, que pueda el empresario no sólo imponer sanciones diferenciando claramente entre los trabajadores, sino además implantar la máxima sanción a uno y dejar impune la misma conducta respecto de otros, puesto que denota no solo un despido contrario a la legalidad ordinaria, sino además a la tutela de derechos fundamentales”²²¹ o que la nulidad del despido deriva de que “la decisión empresarial aparece en este caso como un ejercicio arbitrario de la potestad disciplinaria de la empresa que ha actuado de modo absolutamente desigual ante conductas análogas”²²². En la misma línea, algunas resoluciones encuentran en el mismo hecho del trato diferenciado²²³ (sanción a unos y otros no por los mismos hechos) el indicio discriminatorio, lo que ciertamente queda lejos de la construcción jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba.

No obstante, no faltan las sentencias que aplican correctamente la doctrina de la imposible igualdad en la ilegalidad²²⁴, reconociendo así implícitamente que lo único que debe valorarse a fin de considerar el despido disciplinario como procedente es la efectiva concurrencia de los hechos imputados y la calificación de los mismos conforme a las notas de incumplimiento contractual, gravedad y culpabilidad (a cuyo contenido inmediatamente nos referiremos), y por no el hecho de que otros trabajadores hayan actuado del mismo modo sin ser despedidos. Es pues ésta la línea jurisprudencial que debe entenderse correcta, pues es claro que ante el incumplimiento de un trabajador el empresario debe tener la facultad y no la obligación de despedir –salvo quizá en caso de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales²²⁵ y en los casos de acoso laboral discriminatorio²²⁶, en los que la labor del empresario responde a un interés que no es enteramente propio–, y si esto es así, nada le obliga a mantener el mismo criterio con todos sus empleados:

²²⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Régimen jurídico del despido nulo”, cit., pág. 75.

²²¹ STSJ del País Vasco de 23 de mayo de 2006, R° 797/2006

²²² STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1999, R° 3904/1999. En esta sentencia, curiosamente, se ignora el hecho de que el trabajador se había presentado a las elecciones sindicales, lo que habría permitido hacer una construcción más coherente con la doctrina constitucional, de modo que la falta de actuación frente a otras conductas similares reforzaría la prueba indiciaria de vulneración del derecho a la libertad sindical (y no a la igualdad).

²²³ Por ejemplo, las STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 1998, R° 3321/1998

²²⁴ En cita no exhaustiva, pueden señalarse la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2001 (R° 357/2001), STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 16 de marzo de 2011 (R°981/2010), STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2007 (R° 6433/2007)

²²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 23, 2000, pág. 162.

²²⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., págs. 62-63.

al margen de que la propia individualidad de cada uno de ellos, su actitud general hacia la empresa e incluso las relaciones personales con el empresario y los propios compañeros de trabajo dificultan notablemente calificar los hechos como idénticos, debe respetarse la libertad de empresa y la capacidad de gestión del empresario, que en cada caso valorará si el incumplimiento merece o no el despido. Evidentemente, ello no impide que cuando existan indicios de vulneración de un derecho fundamental –a la no discriminación²²⁷ o cualquier otro– el hecho de que por unos mismos sucesos se sancione a un determinado trabajador y no a otros pueda resultar un argumento válido como prueba indiciaria, a los efectos de la inversión de la carga de la prueba.

Una vez establecida la discrecionalidad –e incluso arbitrariedad o aleatoriedad– con la que puede actuar el empresario en ejercicio de la facultad disciplinaria, siempre que no atente contra Derechos Fundamentales, aunque no sea posible analizar aquí la caracterización de cada una de las conductas legalmente establecidas, es necesario hacer una mención a las notas que definen los hechos que pueden ser justificación para el despido, y que se derivan de la propia noción legal: un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

La primera nota definitoria es por tanto la concurrencia de un incumplimiento contractual; no quiere decirse con ello que la falta de respeto a un deber directamente derivado de la ley –si se dan las otras dos notas definitorias– no pueda ser causa suficiente para un despido disciplinario, por cuanto que conforme al art. 1258 CC antes reproducido las obligaciones derivadas de la ley se incorporan al contenido del pacto obligatorio, como de forma implícita asume también el art. 3.1 ET²²⁸. La referencia que hace el art. 54 ET al contrato de trabajo debe entenderse en el sentido de que la decisión empresarial debe motivarse en una conducta relacionada con la función del trabajador en la empresa, y no con aspectos personales del mismo ajenos a ésta, que sólo podrán servir de motivo válido para el despido de modo excepcional e indirecto cuando repercutan gravemente en la prestación de servicios o en las obligaciones asumidas por el trabajador²²⁹.

En segundo lugar, no basta con que el trabajador falte a alguna de las obligaciones que derivan del contrato, sino que el incumplimiento ha de revestir cierta importancia: es esta la nota de gravedad de la conducta, que se resuelve en la apreciación de la

²²⁷ Entendiendo que exista una apariencia o prueba indiciaria de que el despido se produce por razón de sexo, raza, religión o alguna otra razón especialmente odiosa al ordenamiento jurídico, no por el mero hecho de que uno sea despedido y otro no por hechos iguales o similares.

²²⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pág. 77.

²²⁹ ROJO TORRECILLA, E., “El despido disciplinario. Concepto y causas”, en *La extinción del contrato de trabajo: el despido*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 16-17.

magnitud, volumen, entidad o importancia de la misma²³⁰, siempre en relación con el bien jurídico lesionado y la intensidad del daño²³¹. De esta forma, la doble naturaleza del despido disciplinario como tipo de extinción del contrato por decisión empresarial y máxima manifestación del poder disciplinario obliga a tomar en consideración la llamada “teoría gradualista”, de forma que se aprecie una proporcionalidad entre el hecho (incumplimiento grave) y las consecuencias (pérdida del empleo). Se ha llegado a decir, en afirmación que puede llegar a compartirse en el marco de empresas de tamaño reducido pero que tal vez pueda resultar algo excesiva, que el grado de gravedad de la conducta que justifica el despido disciplinario es tal que altera sustancialmente la relación entre las partes, de modo que produce un deterioro en la convivencia necesaria en el seno de la empresa que la hace prácticamente imposible²³².

Por último, como tercera nota definitoria, alude el art. 54 ET a la culpabilidad de la conducta, aspecto este que si bien en la práctica no suele plantear especiales problemas, es crucial desde un punto de vista teórico, pues de su concurrencia se hace depender la calificación de la decisión extintiva como disciplinaria u objetiva²³³, con efectos determinantes sobre la determinación del factor indemnizatorio. Ello no obstante, no es necesario que exista una intención expresa del trabajador de producir un daño al empresario o de violar los términos del contrato, sino que también por la negligencia grave, por mera desatención de las obligaciones que se derivan de aquel, es posible entender que se cumple este requisito de culpabilidad, como es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo²³⁴.

Al margen de estas características legales, cabe hacer una mención a la aplicabilidad de dos principios constitucionales propios del derecho sancionador público: la tipicidad de las conductas y la presunción de inocencia. La primera respuesta debe ser negativa, por cuanto que el poder disciplinario del empresario no nace tanto de la necesidad pública de castigar determinadas conductas como del otorgamiento de facultades de ejecución del contrato a una de las partes, sin perjuicio de su posterior sometimiento a revisión judicial. Así, expresamente la STC 6/1988, de 21 de enero señaló que “las garantías consagradas en el art. 24 de la Constitución no se extienden al ámbito disciplinario laboral, ya que, de una parte, el derecho a la debida tutela judicial, sin indefensión, opera sólo -con excepciones ahora irrelevantes-

²³⁰GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la jurisprudencia”, en José Luis Gil y Gil, José Manuel del Valle (dirs.), *El despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, pág. 113.

²³¹GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pág. 98.

²³²ROJO TORRECILLA, E., “El despido disciplinario. Concepto y causas”, cit., pág. 17.

²³³GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pág. 93.

²³⁴ Entre otras muchas, SSTS de 7 de julio de 1986 (RJ1986/3963), 2 de julio de 1990 (RJ Az. 1990/6040). Más recientemente, en suplicación, STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 2012 (R° 1782/2012) o STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero de 2012 (R°1328/2011)

en el ámbito de las actuaciones judiciales, y porque, de otro lado, ni el derecho al proceso debido, con todas las garantías, ni el de ser presumido inocente pueden tampoco desnaturalizarse, proyectándose -como aquí se pretende- en el ámbito de un procedimiento no jurisdiccional y cuyo sentido no fue el de dar ocasión al ejercicio del *iuspuniendi del Estado*". No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque no entren en juego las garantías que derivan del reconocimiento de la presunción de inocencia en la adopción de la decisión empresarial (los requisitos legales se refieren a su comunicación)²³⁵, sí que opera en el ámbito procesal, en caso de impugnación, el principio general de que cada parte debe probar los hechos que son favorables a su pretensión, recogido con carácter general en el art. 217 LEC. La aplicación de ese precepto al ámbito del despido tiene una variación más formal que real, pues aunque la demanda la entabla el trabajador que alega la improcedencia, la intervención judicial está dirigida a confirmar o revocar la decisión empresarial, por lo que es a este a quien corresponde acreditar la certeza de los hechos que han justificado la extinción por motivos disciplinarios (art. 105 LRJS).

En relación a la tipicidad, debe señalarse que, ciertamente, el propio art. 54.2 ET recoge una enumeración de las conductas que "se considerarán incumplimientos contractuales", pero no parece discutible que no tiene carácter de derecho necesario. Así, es frecuente que la negociación colectiva establezca las conductas que pueden motivar el despido disciplinario, para lo que no encuentra más límite legal que respetar las tres notas señaladas: incumplimiento grave y culpable. Además, como se ha puesto de manifiesto con acierto, en ocasiones los tribunales realizan interpretaciones extensivas de los "tipos" recogidos en la negociación colectiva con el objeto de permitir la sanción de despido en supuestos difícilmente encajables en las definiciones establecidas en el convenio pero que claramente revisten las notas de culpa y gravedad²³⁶. En definitiva, no puede hablarse de un principio de tipicidad en las conductas que pueden dar lugar a un despido disciplinario, no ya legal, sino ni siquiera convencional (que al fin y al cabo también tiene valor normativo): la subsunción de la conducta del trabajador en una de las previstas como infracción muy grave es necesaria por motivos de buena fe y seguridad jurídica. De hecho, esta "tipificación" puede hacerse por cualquier vía, pues en ausencia de regulación convencional es aceptable un código interno unilateralmente establecido por el empresario, que se reconducirá a la buena fe²³⁷.

²³⁵ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales*, cit., pág. 282.

²³⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pág. 67.

²³⁷ En este sentido, se han considerado procedentes despidos por contravenir dichos códigos, por ejemplo, en las STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2012 (R° 4309/2012) y STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2012 (R° 4166/2009)

B.- El despido por motivos objetivos

a).- Cuestiones generales

Bajo la denominación genérica “extinción del contrato por causas objetivas” el art. 52 ET recoge un amplio conjunto de circunstancias que, de un modo u otro, hacen conveniente o necesario para la empresa prescindir de uno o varios trabajadores. Este precepto se relaciona directamente con el llamado “despido colectivo”, regulado en el artículo inmediatamente anterior, pues a los efectos de la calificación de la causa del despido los supuestos regulados en este art. 51 ET coinciden con la tercera de las causas del artículo primeramente citado.

En todo caso, si en el supuesto del despido disciplinario la justificación del carácter potestativo de la extinción cuando concurre alguna de las causas ha requerido alguna argumentación, el propio art. 52 ET configura las circunstancias que potencialmente dan lugar a esta clase de extinción como una mera posibilidad, al enumerarlas bajo la expresión “el contrato podrá extinguirse”. No cabe duda de que el empresario puede, a pesar de la concurrencia de alguno de los hechos que en ese precepto se describen, optar por mantener vigente el contrato de trabajo.

A diferencia del caso del despido por razones disciplinarias, en el motivado por lo que la ley denomina causas objetivas no existe una definición común a los diferentes casos a los que se refiere, lo que obliga a considerar que la enumeración es en este caso tasada, sin perjuicio de que en algunos supuestos la interpretación pueda ser más o menos restrictiva, y de que, como se ha señalado con acierto, puedan existir otras causas en disposiciones legales específicas²³⁸. Es preciso, en todo caso, hacer una precisión terminológica, pues el término “objetivas” usado para denominar a las causas no es unívoco: a mi juicio, y pese al tradicional planteamiento de la doctrina, la expresión no se refiere al hecho de que sean ciertas sin depender de la propia manera de pensar o sentir del observador –pues en ese caso las causas que no fueran objetivas quedarían al arbitrio del empresario, que en su subjetividad no podría ser controlado– sino al elemento contractual afectado: la sinalagmaticidad de la prestación de servicios y el salario, que es precisamente el objeto del contrato de trabajo²³⁹. En todos los

²³⁸SAGARDY BENGOCHEA, J. A., “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”, en *Estudios sobre el despido: homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de derecho del trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1996, pág. 138.

²³⁹ En contra de esta postura, a menudo se ha entendido que la “objetividad” de las causas se refiere a la falta de culpabilidad del sujeto. Así, por ejemplo, se ha dicho “se trata de causas que no son *imputables* al trabajador en sentido doloso o culposo” (*Ibid.*, pág. 139). Igualmente se habla de que las causas objetivas se refieren a causas no imputables al trabajador en ALZAGA RUIZ, I., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, cit., pág. 328. Sin embargo, esta construcción me resulta forzada, pues las causas subjetivas (esto es, las que justifican el despido disciplinario) pueden ser incluso más objetivas: resulta mucho más claramente verificable que un trabajador ha sustraído dinero a la empresa o a faltado a su trabajo sin concurrir causa que la aptitud para el desempeño de un puesto de un trabajador que gradualmente pierde capacidad, o incluso que concurre un “cambio en la demanda de los

supuestos contemplados por el art. 52 ET el valor del trabajo que puede aportar el trabajador ya no es suficiente para mantener el interés empresarial en la conservación del contrato: si el despido disciplinario atiende esencialmente al desvalor pasado (aunque como se ha dicho la decisión empresarial atenderá idealmente al valor futuro de la empresa, contraponiendo el perjuicio que supone la impunidad de conductas graves con lo que pueda aportar el trabajador), en el caso de la extinción del contrato decidida unilateralmente por el empresario en atención a las llamadas causas objetivas lo que se protege es el equilibrio contractual. Así, estas causas pueden tener origen en cualquiera de los dos sujetos del contrato: o el trabajador no puede ya cumplir eficientemente con su prestación de servicios (las causas contempladas en las letras a, b y d del art. 52 ET), o la empresa no puede ya obtener el correspondiente rendimiento (supuestos de las causas contempladas en el art. 51.1 por remisión de la letra c del art. 52 ET o en la letra e del mismo precepto).

b).- Causas relacionadas con la pérdida de idoneidad del sujeto del contrato

No plantea en este sentido particulares problemas teóricos la ineptitud sobrevenida (en su nacimiento o en el conocimiento empresarial), que por otra parte, es una causa largamente conocida en nuestro ordenamiento, aunque es preciso reiterar que en el supuesto de que la falta de aptitud existiera con anterioridad a la perfección de contrato sería más coherente con el sistema contractual español la anulación del contrato por error o eventualmente por dolo (cuando haya ocultación maliciosa), que tendría lógicamente un factor indemnizatorio nulo. La ineptitud equivale a la ausencia de condiciones físicas, psíquicas o legales para el desarrollo norma de la tarea convenida²⁴⁰, de modo que resulta claro que el valor del trabajo deviene insuficiente en relación con el salario: sólo si existen otros intereses en juego, que pueden tener un trasfondo económico (intención de fidelizar el talento de otros trabajadores, buen clima en la empresa, etc) o estrictamente personal, el empresario podrá tener interés en mantener al trabajador.

productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. La distinción por elementos del contrato es mucho más razonable: en las causas subjetivas el trabajador puede prestar el servicio pero su conducta rompe el vínculo de confianza mutua necesario para la continuidad del contrato de trabajo (puede realizar la prestación de servicios objeto del contrato pero el sujeto del mismo –el trabajador– deja de ser adecuado); en las causas objetivas, la razón de la ruptura del vínculo es la dificultad o imposibilidad de que el objeto del contrato sea satisfecho, pero no se afecta a la relación intrínseca entre los sujetos; ello no obsta a que la “causa de la causa” pueda encontrarse en el trabajador; en otras ocasiones se localizará en el otro sujeto (p.e.: la empresa no es capaz de vender lo producido) y eso no parece generar dudas a la doctrina.

²⁴⁰SEMPERE NAVARRO, A. V. Y LUJÁN ALCARAZ, J., “Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas (Comentario la STSJ Canarias-Las Palmas 9 julio 1996)”, en M^a Asunción Domblás, Maite Fernández Baraibar (dirs.), *Causas del despido objetivo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 135.

La misma lógica opera en el caso de la causa recogida en la letra b del art. 52 ET, si bien aquí la falta de ajuste entre trabajador y puesto de trabajo no se produce por cambios en el primero sino en el segundo: se permite el despido con factor indemnizatorio reducido si el puesto de trabajo sufre modificaciones técnicas “razonables” y el trabajador no es capaz de adaptarse a las mismas. Debe hacerse notar que, igual que en el caso de la incapacidad sobrevenida, lo que ocurre es que el trabajador ya no tiene la capacidad necesaria para llevar a cabo las funciones que requiere el normal funcionamiento de la empresa, lo que justifica la extinción tanto desde la lógica jurídica (si las circunstancias fácticas han cambiado tanto que desaparece la utilidad para una de las partes desaparece la causa del contrato) como económica (el trabajo prestado deja de tener valor para el empresario). No obstante, a diferencia del caso anterior, el legislador añade a la causa para estimarla válida (y por tanto evitar el factor indemnizatorio máximo) un elemento que juega en la lógica de la conservación del contrato, y que tiene impacto sobre los costes no factoriales de la terminación del contrato de trabajo (vid. supra 2.2.1.-A.-): el esfuerzo por dotar al trabajador de la capacidad necesaria para adaptarse al puesto. No obstante, tiene una doble faceta, pues no se trata sólo de un coste económico que retrase el despido y que eventualmente pueda sustituirse por su equivalente pecuniario, sino que se inserta en la propia causalidad: no puede considerarse que el trabajador no se ha adaptado sino se ha cumplido con el requisito señalado.

El último de los supuestos que permiten al empresario la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas relacionadas con la pérdida de idoneidad de la persona del trabajador para la prestación de servicios, y consecuentemente con un factor indemnizatorio más reducido es el llamado despido por absentismo o por “excesiva morbilidad”²⁴¹, que tras la redacción dada por las últimas reformas laborales se configura en cierta medida como una falta de aptitud del trabajador, no tanto por el hecho de cómo puede realizar la prestación laboral sino por el cuándo. Tradicionalmente se había configurado como un mecanismo de reducción del absentismo global de la empresa, que como toda medida de mejora conjunta de la organización empresarial inevitablemente ha de concretarse en los trabajadores, y en el caso de las medidas extintivas en alguno de ellos. Hasta la reforma de 2010, la causa contenida en el art. 52.1.d ET se formulaba como “faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de

²⁴¹ Expresión usada en la STS de 11 de diciembre de 2007 (R° 4355/2006) y en los AATS de 30 de octubre de 2008 (R°3452/2007) y 2 de diciembre de 2010 (R° 1598/2010), así como en diversas resoluciones de TSJ. Se hace eco de ella, igualmente ASQUERINO LAMPARERO, M. J., “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador”, *Aranzadi Social*, vol. 2, 2006; FERNÁNDEZ DíEZ, A. F., “El absentismo laboral como causa de despido objetivo en la reforma laboral”, *Revista de información laboral*, 8, 2012, pág. 53; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos...”, cit., pág. 300.

doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos períodos de tiempo”, de forma que la existencia de un “problema de absentismo”, cuantificado por la ley en un 5% de las jornadas hábiles operaba como requisito previo.

En este sentido, el Tribunal Supremo afirmó que “el despido por faltas de asistencia al trabajo, aunque estén justificadas, tiene por objeto luchar contra el absentismo, cuya influencia negativa en la marcha normal de la relación laboral es evidente, máxime si el general de la empresa rebasa el 5%, situación cuya corrección exige de medidas al efecto, aunque sean traumáticas”²⁴². Se aprecia como el Tribunal destaca que, comprobada la situación empresarial, concurre también una voluntad del legislador de que las medidas extintivas se concreten en aquellos trabajadores que alcanzan un mínimo de ausencias. Como con claridad se expuso en la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2003²⁴³ –en expresión que se ha constituido casi como una cláusula de estilo para otros muchos pronunciamientos²⁴⁴– “es una norma destinada a combatir el absentismo en las empresas, otorgando al empresario esa facultad extintiva cuando los niveles globales que soporta son altos, en la medida en que ello acarrea una disfunción importante, no sólo por el coste directo de la ausencia (o de su sustitución) sino por el indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas, permitiéndole la extinción de contratos de trabajo, pero no de cualquier trabajador sino sólo de aquellos que son partícipes activos en esa situación. Se explica, así, que se exijan niveles de absentismo a nivel de centro, como también que las ausencias del trabajador afectado deban ser intermitentes, que se excluyan de cómputo un determinado tipo de ausencias e, incluso, la misma selección de éstas”

Así, late en la regulación una cierta noción de sospecha, que si bien no llega a culpar al trabajador –el despido sigue encuadrándose en las causas objetivas y da lugar a una indemnización calculada con el factor indemnizatorio previsto para los motivos en que no existe reproche al trabajador ni al empresario– sí que parece recoger cierta censura; como señaló el TSJ de Cataluña, “la finalidad de la norma estudiada [es] la de combatir el absentismo laboral cuando obedece a causas de difícil comprobación o control dada la intermitencia y escasa duración de las bajas médicas, en cuya oficialidad burocrática pretende ampararse el trabajador”. Precisamente en ese reproche implícito al trabajador se justifican las crecientes exclusiones que el párrafo

²⁴² STS de 9 de diciembre de 2010 (R°842/2010).

²⁴³ R° 2552/2003

²⁴⁴ NORES TORRES, L. E., “El despido objetivo”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1171.

segundo de este apartado viene reflejando, de modo que no se computan como absentismo determinadas ausencias en las que no existe la sombra de sospecha²⁴⁵.

El carácter colectivo del problema del absentismo comenzó a difuminarse con la L 35/2010 –en la que se redujo el nivel global de jornadas perdidas en el centro de trabajo a la mitad– para desaparecer definitivamente en la reforma de 2012, que dando la redacción vigente al precepto se concentra única y exclusivamente en las ausencias del trabajador afectado por la decisión empresarial de extinguir el contrato, lo que en cierta medida altera el sentido de esta causa de despido²⁴⁶.

La redacción vigente establece únicamente dos medidas correctoras para, junto a la exclusión de determinadas causas de ausencia en el cómputo, evitar que casos meramente puntuales puedan justificar el despido: a la ya tradicional exigencia de intermitencia –con independencia de la unidad causal de las diferentes bajas²⁴⁷– se añade ahora una referencia a la asistencia del trabajador durante los doce meses anteriores: no podrá ser válidamente despedido si las faltas no alcanzan el 5% de las jornadas hábiles en ese periodo²⁴⁸. El cómputo de estos doce meses, que igual forma que los periodos de referencia deben contarse de fecha a fecha²⁴⁹, aunque la norma no lo aclara, debe hacerse en relación a los dos meses en los que el trabajador ha perdido un 20% de las jornadas y no el momento del despido²⁵⁰, pues de otro modo podrían facilitarse comportamientos que pueden calificarse de oportunistas, jugando con las fechas para conseguir llegar al porcentaje exigido por la ley.

De esta forma, progresivamente se ha ido centrando el foco en la conducta particular del trabajador afectado, hasta el punto de atenderse a criterios que implícitamente atienden a su responsabilidad: en este sentido, la STS de 16 de octubre

²⁴⁵ Así, a las iniciales exclusiones de las jornadas perdidas por huelga, representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ahora se añaden el riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad y las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género. Finalmente, tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Como se ha indicado, “es como si el legislador sintiese vergüenza de lo que hace y pretende ocultar cuales son las bajas que van a tener relevancia a estos efectos”, pues en la práctica el objeto de la norma es perseguir las ausencias por Incapacidad Temporal por riesgos comunes (GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos...”, cit., pág. 302).

²⁴⁶ *Ibid.*, pág. 301.

²⁴⁷ STS de 26 de julio de 2005 (R^o 3406/2004), en la que se establece doctrina unificada en el sentido de entender que la concurrencia de varias bajas por una misma enfermedad no permite su agregación a los efectos de sumar 20 días y, por tanto, dejar de tenerlas en cuenta por la exclusión que se ha reflejado en la nota al pie inmediatamente anterior.

²⁴⁸ La dicción legal sólo exige este requisito adicional para el caso en que las ausencias se refieran al 20% en un periodo de dos meses consecutivos, y no al 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12. Sin embargo, una simple operación aritmética permite apreciar que si se da este requisito se habrá producido una pérdida de aproximadamente un 8,3% de las jornadas en los doce meses tomados como referencia, por lo que en ese caso la misma carecía de sentido.

²⁴⁹ STS de 9 de diciembre de 2010 (R^o 842/2010)

²⁵⁰ GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, cit., pág. 348.

de 2013²⁵¹, al entender que no pueden computarse las ausencias anteriores a la entrada en vigor de la reforma, está asumiendo que ello implicaría una aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos contraria al art. 9.3 CE, por aplicar a hechos pasados una consecuencia negativa que no podía preverse conforme a la legislación entonces vigente; una interpretación que atendiera al criterio estrictamente objetivo de esta causa de despido no podría llegar a esta conclusión, puesto que como se viene exponiendo y el propio título de este epígrafe pone de manifiesto, lo que se enjuicia es la idoneidad (actual) del sujeto para el desempeño del puesto de trabajo, cuya pérdida se manifiesta en un absentismo considerado excesivo *ex lege*, sin que exista teóricamente reproche alguno hacia el trabajador. Sin embargo, al impedir que se computen las ausencias producidas antes de la entrada en vigor de la reforma, podría parecer que este despido objetivo tiene un cierto carácter sancionador, por cuanto que las bajas por incapacidad temporal fueron en cierto modo por voluntad del trabajador o que hubiera estado en su mano evitarlas de haber conocido su efecto potencialmente justificador de la decisión extintiva.

La motivación económica de esta causa extintiva es clara: el hecho de que un determinado trabajador falte a su puesto de trabajo con cierta frecuencia puede suponer un problema organizativo, que no se da ante ausencias prolongadas en la que cabe la sustitución del empleado mediante contratos de interinidad, o simplemente la distribución de sus funciones entre otros trabajadores. La exclusión de determinadas causas, por el contrario, responde a un doble criterio: por una parte, la existencia de cierta sospecha en las incapacidades temporales²⁵² hace al legislador centrarse en ellas; por otra, existe la necesidad política y posiblemente social de hacer soportar al empresario todas las consecuencias de las ausencias motivadas por razones vinculadas a la maternidad y paternidad en su más amplio sentido, así como a enfermedades particularmente penosas para quien las padece, al tiempo que jurídicamente resulta imprescindible la tutela del ejercicio del derecho fundamental de huelga, de modo que toda represalia quede prohibida. Debe hacerse notar que, desde la perspectiva de la organización empresarial, el daño es idéntico cualquiera que sea la razón por la que el trabajador se ausenta intermitentemente del puesto de trabajo, sin perjuicio de que en algunos supuestos se suspenda el contrato y la correspondiente obligación de abonar el salario y en otros no. En todo caso, desde la perspectiva que aquí interesa, resulta justificada la imposición de un factor indemnizatorio intermedio, pues ni se puede acreditar la conducta maliciosa o incumplidora del trabajador ni es reprochable

²⁵¹ R°446/2013

²⁵² En su gestión se manifiesta un régimen de desconfianzas recíprocas entre “el paciente simulador”, el “terapeuta crédulo” (vid. MERCADER UGUINA, J. R., “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2004).

la extinción deseada por el empresario, por cuanto que el perjuicio para su estructura productiva es efectivo y comprobable.

c).- Causas relacionadas con la imposibilidad de generar el rendimiento adecuado

Las letras c y e del art. 52 ET contienen los motivos que, afectando directamente al trabajador por cuanto que su puesto de trabajo puede ser extinguido, no guardan relación directa con él, sino que encuentran su origen en la necesidad (o utilidad) de la empresa de mejorar su funcionamiento o resultados. El primero de los apartados es en realidad una simple remisión al art. 51 ET, en el que se regulan los despidos colectivos, y el supuesto al que se refieren en el último apartado es en realidad un ejemplo de disminución inminente de ingresos que posiblemente podría entenderse incluida en la definición de causas económicas, como se verá más adelante.

Junto a esta, las causas admitidas para los despidos son las técnicas, las organizativas y las de producción, todas ellas definidas en el propio art. 51.1 ET, si bien es preciso analizar cuál es el alcance en la práctica de cada una de ellas, pues dependiendo de que éste sea mayor o menor se ampliará o reducirá el campo de aplicación de los factores indemnizatorios reducido y máximo respectivamente.

La noción de causa económica utilizada por el legislador, de redacción muy reciente, es posiblemente la que mayores dificultades presenta. Establece la ley que “se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.”

Lo primero que debe destacarse es que el uso del término “económicas” es quizá poco afortunado, pues como se ha venido poniendo de manifiesto a lo largo de toda esta investigación, salvo en contadas excepciones, todo despido tiene un fundamento económico, por más que el empresario se acoja a uno u otro motivo legal. Las causas que la ley califica como económicas lo son, sin duda, pero también las restantes. De hecho, en atención a la definición, dado que se atiende a criterios contables (las ventas e ingresos son conceptos recogidos en las cuentas del grupo 7 del Plan General de Contabilidad²⁵³) posiblemente esta denominación –causas contables– hubiera sido

²⁵³Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE de 20 de noviembre de 2007) y Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de

más acertada técnicamente, aun cuando la incierta noción de “pérdidas previstas” se escape de su ámbito²⁵⁴.

Al margen del debate terminológico, un primer análisis de la definición permite afirmar que únicamente puede considerarse como “causa económica” el hecho de que de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, pues lo demás que se contiene no deja de ser una serie ejemplos que aclaran la definición²⁵⁵ e imponen al intérprete situaciones en los que se acota el margen de discrecionalidad para delimitar el alcance de este concepto jurídico indeterminado.

En esta ejemplificación que se usa para ampliar la definición, dos son los aspectos que presentan especial interés: la recién mencionada referencia a los resultados futuros de la empresa y la presunción –o “entendimiento” si nos atenemos al término elegido por el legislador– de persistencia de la disminución de ingresos o pérdidas.

En relación a las pérdidas previstas se ha criticado al legislador la introducción de esta noción (procedente de la L 35/2010), por cuanto que los hechos futuros no pueden ser objeto de prueba sino que supone “entrar en el terreno de la fe”²⁵⁶. Frente a ello, debe destacarse que no se habla de pérdidas futuras sino previstas, y la previsión es un hecho actual y real: siguiendo la definición académica, la previsión será “el conocimiento o conjetura por algunas señales o indicios de lo que ha de suceder”, y será eso lo que se valorará. Evidentemente, ello plantea el problema de a quién corresponde la aportación de dicho conocimiento o conjetura, que evidentemente no puede ser parcial, pero eso no supone un problema técnico desde la perspectiva jurídica, sino que (en caso de que se entable conflicto ante la jurisdicción social) a través de los medios que eventualmente se aporten al proceso –esencialmente documentales y periciales– el juzgador llegará a una convicción acerca de cuál es en el momento de tomarse la decisión extintiva la previsión más razonable. Lo relevante será que se base en hechos actuales de los que se deduzca la necesidad actual de reducir la plantilla²⁵⁷, sin que pueda admitirse una previsión abstracta basada simplemente en la posibilidad de que en el futuro pueda resultar conveniente extinguir los contratos²⁵⁸, lo que posiblemente supondría una ponderación inaceptable de los

Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas (BOE de 21 de noviembre de 2007).

²⁵⁴ De hecho, más de 200 profesores universitarios de contabilidad suscribieron o se adhirieron a un Manifiesto contrario a la utilización de “pérdidas previstas en la reforma laboral de 2010 (<http://manifiestosobreperdidasprevistas.blogspot.com.es/2012/02/manifiesto-de-profesores-universitarios.html>) por considerarlo un concepto contrario a la lógica contable, referida siempre a hechos pasados.

²⁵⁵ APARICIO TOVAR, J., “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, cit., pág. 157.

²⁵⁶ *Ibid.*, pág. 158.

²⁵⁷ DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma...”, cit., pág. 1791.

²⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, cit., pág. 326.

derechos al trabajo y a la libertad de empresa en perjuicio del primero, por cuanto que, para salvaguardar esta última, es suficiente con permitir el despido cuando la situación económica negativa sea realmente previsible y no meramente posible.

Sobre la presunción legal de la existencia de una disminución persistente de ingresos o ventas mediante la comparación de éstos con los tres trimestres equivalentes del año anterior, es preciso destacar que no impide que se aprecie la persistencia en un periodo menor o atendiendo a otras formas de cálculo, sino que simplemente exige que, al menos en esa circunstancia, se admita “en todo caso” la concurrencia de la causa. Por tanto, aunque será necesaria una mayor carga probatoria y argumentativa para el empresario, puede alegarse la persistencia con disminuciones apenas incipientes (por ejemplo, cuando se deban a la aparición en el mercado de un bien o servicio sustitutivo del producido por la empresa o en los supuestos en los que las ventas futuras se realicen conforme a peticiones o reservas realizadas con antelación).

Sin embargo, las mayores dudas que genera esa presunción son las derivadas de la hipotética situación descrita gráficamente como el “empresario codicioso”²⁵⁹ que tiene su origen en la aparente automaticidad que establece la ley: si existe la reducción de ventas o ingresos durante los tres trimestres, existe una disminución persistente; dándose esta, hay una situación económica negativa y, si existe situación económica negativa, hay causa para el despido²⁶⁰. En estas circunstancias—y es una de las cuestiones que más debate jurídico ha generado sobre esta reforma²⁶¹— cabe plantearse por una parte si la más mínima reducción —en el extremo un céntimo en cada uno de los trimestres— permite cualquier volumen de despidos (proporcionalidad) y, por otra, si la concurrencia de una disminución persistente de ingresos o ventas necesariamente permite las extinciones o si es exigible acreditar una cierta conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre los hechos concurrentes y las terminaciones contractuales decididas.

Esta lógica, con algo mayor margen de valoración para el juez sobre la concurrencia de los hechos, es común a las restantes descritas en el art. 51.1 ET, pues la dicción literal del precepto apunta, como pretende dejar claro la exposición de motivos de la reforma de 2012 (tanto en el RD-L como en la Ley posterior), a reducir la labor del juez a la comprobación de la existencia de los hechos que constituyen la causa: como han puesto de manifiesto la práctica totalidad de comentaristas²⁶²,

²⁵⁹MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., pág. 33.

²⁶⁰DESIDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma...”, cit., pág. 1792.

²⁶¹CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 23, 2012, pág. 127.

²⁶² Ver al respecto, en el Capítulo II, la nota 332.

declara inequívocamente sus objetivos: “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”. Parece deducirse, por tanto, que lo que pretende la reforma que ha dado la redacción actual a este precepto es que elementos como la proporcionalidad, la eficacia o funcionalidad de la medida no se configuren como un requisito que deba tenerse en cuenta para valorar la legalidad de la causa, y consecuentemente la procedencia del despido con sus consecuencias indemnizatorias. También desde una interpretación histórica puede llegarse a esta conclusión, por cuanto que la última reforma expresamente elimina la alusión a la razonabilidad de la medida que contenía la legislación precedente²⁶³.

El problema del empresario codicioso o simplemente abusivo no se reduce por tanto a las causas económicas: también es de aplicación a las causas técnicas (“cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”) a las organizativas (“cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”) y a las productivas (“cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”).

No han faltado en la doctrina académica y jurisprudencial construcciones para combatir la ausencia de exigibilidad sobre la automaticidad de la procedencia del despido tras la constatación de la concurrencia de los hechos, en perjuicio de la conexión de los mismos con los despidos realizados, tanto desde la perspectiva de la relación entre unos y otros como en su razonabilidad y proporcionalidad.

Así, se ha argumentado que no existen zonas o materias exentas al control judicial²⁶⁴, lo que es ciertamente inobjetable, pero no puede admitirse como razonamiento: el alcance de la función jurisdiccional se restringe únicamente al contenido de la ley, por lo que si la ley no exige un requisito para determinar la legalidad de determinada medida no cabe argumentar que la interdicción de que el juez valore sea una vulneración del art. 24 CE. Cualquiera que sea la interpretación sobre la necesidad de razonabilidad de la decisión del empresario de despedir, la argumentación debe sostenerse sobre criterios sustantivos y no meramente procesales. Sólo si el ordenamiento jurídico laboral exige que se dé tal

²⁶³ Tras la reforma de 2010 se exigía al empresario acreditar los resultados alegados y “justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva” (RD-L 10/2010) o “justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado” y en la anterior redacción del art. 51.1 ET se requería que las medidas contribuyeran “a superar una situación económica negativa de la empresa”

²⁶⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, cit., pág. 6.

circunstancia para apreciar la procedencia podrá entenderse que su exclusión del conocimiento jurisdiccional vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Siendo clara la finalidad de la norma y la evolución histórica²⁶⁵, es preciso atender a la interpretación posible del art. 51.1 a la luz de las normas que operan como límite a la regulación del despido. En este sentido, se ha visto como la concurrencia de una justa causa es un elemento preciso conforme a diversas fuentes, por lo que cabe evaluar si es admisible la regulación de la causa económica como un elemento en el que se sustituye la razonabilidad que recogía tradicionalmente nuestra legislación –y cuya valoración correspondía en último término al juez– por otra estrictamente objetiva y decidida por el legislador, atendiendo a circunstancias fácticas sobre las que no cabe más valoración que la que hace la ley. En defensa de esta última posibilidad, debe señalarse que, como regla general, no se suprime la capacidad judicial para valorar si los hechos probados por la empresa acreditan una situación económica negativa, sino que únicamente en un determinado supuesto –los citados tres trimestres consecutivos de empeoramiento– se presume *iuris et de iure*²⁶⁶ que efectivamente existe causa para el despido. En todo caso, se ha defendido que aun acreditada la situación económica negativa o cualesquiera otros hechos que configuran las “causas”, no es posible el automatismo, precisamente por exigencias de la Carta comunitaria, siendo necesario que se alegue una causa “seria y razonable” para despedir²⁶⁷.

En relación a lo que se ha denominado conexión funcional o elemento finalista – sin el cual no es posible evaluar la proporcionalidad del volumen de despidos, pues necesariamente habría de evaluarse en relación a la causa– se ha argumentado que no se ha eliminado, pues el despido sólo puede ser procedente si reacciona para corregir un desajuste en la plantilla provocado por la situación económica negativa, si bien esa conexión está ahora relacionada con dicha situación y no con objetivos futuros de viabilidad o competitividad²⁶⁸. De este modo, se elimina la necesidad de probar que las

²⁶⁵MONEREO PÉREZ, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, cit., pág. 317.

²⁶⁶*Ibid.*, pág. 332.

²⁶⁷*Ibid.*, pág. 322.

²⁶⁸DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma...”, cit., pág. 1794. Se hace uso de su argumento en la SAN de 15 de octubre de 2012 (nº 162/2012), y en la doctrina de diversos TSJ: Cataluña (Sentencias de 19 de febrero (nº 6142/2012), 19 de marzo (Rº 7445/2012), 12 de junio (Rº 1911/2013), 17 de junio (Rº 1954/2013), 9 de julio (Rº2723/2013) y 10 de julio (Rº 2493/2013), todas ellas de 2013), de Castilla y León, Valladolid (Sentencias de 25 de septiembre (Rº 1182/2013) y dos de 17 de julio (Rº1183/2013 y 1079/2013), las tres de 2013), Galicia (Sentencias 21 de noviembre de 2012 (nº 22/2012) y 21 de marzo de 2013 (Rº 30/2012)

medidas serán eficaces o eficientes para superar la situación económica negativa²⁶⁹, pero no que guardan una relación directa con esta²⁷⁰.

Debe tenerse en cuenta que el art. 9 del Convenio 158 de la OIT, como se ha expuesto, exige que los órganos ante los que se pueda recurrir el despido estén “facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones”, por lo que la única forma de salvar la constitucionalidad de la norma es entender que el órgano judicial está facultado para comprobar si es racionalmente aceptable que los hechos alegados son el verdadero motivo por el que el empresario ha tomado la decisión extintiva²⁷¹. Por otra parte, no puede olvidarse que lo que regula el art. 51.1 ET no son meros supuestos de hecho de los que se deriva una consecuencia jurídica, sino que se trata de causas. Por ello, resulta claro que si el motivo o razón del empresario no es el hecho alegado y probado necesariamente habrá de calificarse el despido como improcedente, pues se tratará de actos realizado al amparo del texto de la norma que persiguen un resultado contrario al ordenamiento jurídico (despido sin causa legal), lo que no impedirá la debida aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (art. 6.3 CC, que establece las consecuencias del fraude de ley), que no es otra que el art. 56 ET que fija el factor indemnizatorio superior. Se trata ciertamente de una conexión funcional muy débil, pero no enteramente desaparecida. Se ha dicho, en expresión citada por diversas resoluciones judiciales²⁷², que “la empresa debe acreditar el efecto que la causa alegada produce sobre los contratos de trabajo hasta el punto de hacerles perder utilidad patrimonial”²⁷³, pero incluso esta exigencia puede considerarse excesiva.

La Audiencia Nacional es posiblemente el Tribunal que hasta la fecha ha acogido esta interpretación con mayor claridad, llegando a afirmar que “la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo”²⁷⁴ e incluso “probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad”²⁷⁵, lo

²⁶⁹CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 128.

²⁷⁰GOÑI SEIN, J. L., “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, cit., pág. 38.

²⁷¹MONEREO PÉREZ, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, cit., pág. 325.

²⁷²Se hace uso de su argumento en la SAN de 15 de octubre de 2012 (nº 162/2012), y en la doctrina de diversos TSJ: Cataluña (Sentencias de 19 de febrero (Rº 6142/2012), 19 de marzo (Rº 7445/2012), 12 de junio (Rº 1911/2013), 17 de junio (Rº 1954/2013), 9 de julio (Rº 2723/2013) y 10 de julio (Rº 2493/2013), todas ellas de 2013), de Castilla y León, Valladolid (Sentencias de 25 de septiembre (Rº 1182/2013) y dos de 17 de julio (Rº 1183/2013 y 1079/2013), las tres de 2013), Galicia (Sentencias 21 de noviembre de 2012 (nº 22/2012) y 21 de marzo de 2013 (Rº 30/2012).

²⁷³DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma...”, cit., pág. 1793; MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., pág. 39.

²⁷⁴SAN de 15 de octubre de 2012 (nº 162/2012)

²⁷⁵SAN de 21 de noviembre de 2012 (nº 167/2012)

que resulta posiblemente una exigencia superior a la fijada por el legislador. No parece discutible que la empresa deba acreditar que los hechos que la ley le ha permitido invocar como causa tienen una relación directa con los contratos de trabajo, o quizá más concretamente con el valor de la prestación de servicios que se deriva de la misma, pero es difícilmente sostenible que se pueda exigir una prueba de eficacia directa para resolver la necesidad existente. Lo que la ley exige es que el motivo real que conduce al empresario a resolver los contratos sea la situación económica negativa, que debe constituir una causa real y no meramente formal. Ahora bien, resulta claro que el legislador de 2012 ha querido llevar al extremo la previsión del art. 9.3 del Convenio 158 OIT, en el sentido de prohibir entrar a valorar “si esas razones son suficientes para justificar la terminación”.

La ley permite ahora que el empresario, ante una reducción persistente de ingresos o ventas (o cualquier otra situación económica negativa) prescindiera de los trabajadores por el mero hecho de tener interés económico en ello. No se trata, por tanto, de una pérdida absoluta de su valor patrimonial, sino que es suficiente con que el valor que producen no sea el suficiente para el estándar que el propio empresario se haya establecido. Dicho de otro modo, siempre que la razón (la causa, lo que lo motiva) del despido sea la situación económica negativa, concurrirá la causa legal para despedir aunque el trabajador sea rentable desde una perspectiva contable (esto es, genere más ingresos que gastos), pues el interés empresarial puede estar justificado por poder darle a los recursos que absorbe ese trabajador un uso más eficiente, y que por tanto genere un mayor beneficio.

Expuestas estas consideraciones, puede fácilmente deducirse la respuesta que ha de darse al control de proporcionalidad: a pesar de que existen tanto análisis doctrinales²⁷⁶ como resoluciones judiciales en sentido opuesto²⁷⁷, el juez no puede entrar a valorar la suficiencia de la causa para los despidos –solución que como se ha dicho está expresamente permitida por el Convenio 158²⁷⁸–, esto es, no puede asumir una gestión empresarial alternativa o valorar la posibilidad de adopción de medidas menos traumáticas²⁷⁹. No obstante, volviendo al ejemplo del empresario codicioso que ante mínimas reducciones de ingresos durante tres trimestres decide despedir a la

²⁷⁶GOÑI SEIN, J. L., “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, cit., pág. 38.

²⁷⁷ Así, en el conocimiento del despido colectivo de la práctica totalidad de la plantilla de Telemadrid, la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 (R^o) exige en el control jurisdiccional tres pasos: “: 1^o) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2^o) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3^o) Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad”. Es precisamente este tercer elemento el que resulta extraño a la ley. Justifica el tribunal su decisión entendiendo que la supresión de la razonabilidad obliga a tomar en consideración esta proporcionalidad.

²⁷⁸MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., pág. 43.

²⁷⁹DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma...”, cit., pág. 1795.

totalidad de su plantilla, debe traerse a colación la interdicción del abuso de derecho²⁸⁰. Al margen de que difícilmente podrá sostenerse que la situación económica de la empresa que *ex lege* hay que calificar como negativa es el motivo por el que acaba con los contratos, se trata de un caso evidente de ejercicio antisocial del derecho, que manifiestamente sobrepasa los límites normales del mismo, con lo que –concurriendo daño para terceros– de conformidad con el art. 7.2 CC dará lugar a la correspondiente indemnización²⁸¹. El uso de este instituto, aunque algunos autores lo han considerado como “peligroso” por sus implicaciones en la seguridad jurídica²⁸², será ciertamente limitado, pues la buena fe se presume, por lo que será la parte que lo alegue –típicamente el trabajador o sus representantes– a quien corresponda probar lo contrario²⁸³.

En cierta medida, la primera posibilidad –cuando el número de despidos escapa de toda razón puesto en relación con los hechos que pretendidamente los justifican lo que no existe es causa– es el razonamiento que está implícito –aunque construido desde la lógica de la proporcionalidad– en la STSJ de 9 de abril de 2013²⁸⁴ cuando afirma que “la proporcionalidad aquí no puede confundirse con un mero juicio de racionalidad de la medida, de su oportunidad en la corrección de la patología empresarial sino que supone la delimitación de la causalidad de los despidos pues la falta de correspondencia entre la entidad de la causas económica y el número de extinciones supone no causalizar las que resulten desproporcionadas”. Cuando –como en el caso señalado– se responde a una reducción presupuestaria del “5% al 10%” existen razones más que fundadas para entender que –si no se aporta prueba en contrario– la razón del despido no es la causa alegada²⁸⁵.

La recepción jurisprudencial de la reforma ha sido relativamente restrictiva, en el sentido de tratar de mantener un grado de control sobre los despidos relativamente elevado, posiblemente más intenso que el deseado por el legislador. A falta de

²⁸⁰ En este sentido se ha dicho que aunque desaparece el control de razonabilidad “el empresario tendrá que adecuarse irremediamente a las reglas de la buena fe, al no amparar la ley el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo”(MARÍN FLOREZ, L., “El despido colectivo”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Juan Reyes Herreros [dirs.], *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 98).

²⁸¹ En el mismo sentido, extensamente, MERCADER UGUINA, J. R. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., págs. 43-46. También en sentido similar GOERLICH PESET, J. M., “Causas y procedimientos extintivos reformados en 2012: experiencia aplicativa e incertidumbres subsistentes”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La aplicación práctica de la reforma laboral: un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 177.

²⁸² GOÑI SEIN, J. L., “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, cit., pág. 37.

²⁸³ GOERLICH PESET, J. M., “Causas y procedimientos extintivos reformados en 2012: experiencia aplicativa e incertidumbres subsistentes”, cit., pág. 178.

²⁸⁴ Ver nota 277.

²⁸⁵ En el asunto de Telemadrid, de hecho, aunque la Sentencia no lo reconoce expresamente, late el hecho de que la decisión de eliminar prácticamente toda la plantilla responde a una finalidad política y no empresarial.

jurisprudencia unificada que armonice los criterios de los distintos Tribunales, se hace preciso hacer un recorrido por algunas resoluciones significativas. Así, se ha sostenido no sólo que los despidos decididos por la empresa estén ocasionados por el hecho que delimita la situación económica negativa, sino yendo más allá se ha exigido “una conexión entre la causa alegada y el puesto de trabajo amortizado y ello porque esa conexión de funcionalidad o instrumentalidad deriva”²⁸⁶, con lo que se priva al empresario de la facultad para reorganizar sus efectivos como considere más conveniente y se le obliga, de aceptar esta doctrina, a extinguir contratos que estén directamente vinculados a la causa alegada²⁸⁷. A mi juicio, resulta un error entender que el hecho de que el empresario decida prescindir de unos trabajadores y no de otros en función de criterios que estime oportunos –siempre que no se fundamenten en causas discriminatorias– pueda servir de base para la declaración de improcedencia. La causa se relaciona con el valor del trabajo (el objeto del contrato) y no con el trabajador (sujeto del mismo), por lo que constatado el hecho que genera un excedente de personal, los criterios de selección de los afectados debe entenderse que son, a falta de determinación legal, libres.

Los tribunales han acudido también a la realización de cálculos cuantitativos para comparar el ahorro obtenido con las pérdidas existentes, lo que expresa o implícitamente supone un control de proporcionalidad: así, entre otros motivos, se aduce que la reducción de plantilla supone una disminución de gastos mayor que la previsión de pérdidas acreditada²⁸⁸ o directamente se valora la correlación entre el porcentaje de reducción de ventas y el de plantilla²⁸⁹.

Este último modo de razonar (comparar proporción de plantilla despedida con reducción de actividad, beneficios o ingresos) está especialmente alejada de la lógica económica: asume que cada trabajador adicional (o cada trabajador menos) aumenta (o disminuye) la producción en la misma cuantía que el anterior. Esto –al margen de ignorar que si el empresario despide a los trabajadores menos productivos debería hacerlo en un número mayor a la disminución de actividad– contradice el hecho de que con carácter general los beneficios aportados por un trabajador más son siempre menores que los del anterior, pues de otro modo aumentaría su plantilla hasta el infinito. Esta caracterización, llamada técnicamente como “rendimientos marginales decrecientes” hace que frecuentemente al despedir aumente el rendimiento por

²⁸⁶ STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2013 (R° 2419/2013)

²⁸⁷ En el supuesto de autos, el Tribunal reconoce que se ha perdido una contrata, pero al no estar la trabajadora destinada a la misma se declara la improcedencia.

²⁸⁸ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 18 de septiembre de 2013 (R°1140/2013)

²⁸⁹ Así, se considera improcedente “por excesiva y desproporcionada” un caso en el que se da “una reducción en las ventas totales del 9,4% y la extinción acordada afecta a un 24% de la plantilla” (STSJ de Galicia de 28 de junio de 2013, R°1449/2013), y en sentido contrario admite la procedencia pero realizando la misma ponderación la citada SAN de 21 de noviembre de 2012 (R° 167/2012), pues valora que la reducción de la actividad de la empresa es proporcionalmente mayor a la de plantilla.

trabajador, de modo que no hay una relación directa del 1% de la plantilla con el 1% de la actividad. Con ello quiere decirse que aun realizando un control de razonabilidad – que no está en la ley– la proporcionalidad no puede ser un criterio definitivo.

Otras consideraciones realizadas para matizar la aparente libertad de despido resultan sin embargo plenamente justificadas; en este sentido, debe señalarse que la causa económica alegada debe justificarse en relación a la actividad global de la empresa, sin que sea suficiente la referencia a uno o varios clientes concretos que hayan reducido su demanda²⁹⁰. Igualmente, debe señalarse que la medida debe dirigirse a la reorganización de la plantilla realmente existente, por lo que difícilmente puede justificarse cuando los contratos extinguidos están ya inmersos en proceso de suspensión de empleo para resolver la misma situación²⁹¹ –no así si los hechos alegados como causa fueran sobrevenidos.

Cabe por último hacer mención a la causa contenida en el art. 52.1.e) ET, conforme a la cual es también admisible el despido “En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”. Se trata, en realidad, de una circunstancia muy específica en la que determinadas organizaciones tienen una reducción de ingresos prevista que impide costear el contrato. Como fácilmente puede verse, constituye un supuesto particular de causa económica al que el legislador ha querido otorgar atención específica. Debe hacerse notar que la exigencia probatoria es mayor, pues no sólo ha de acreditarse que la reducción de ingresos es la causa de la extinción, sino que específicamente estaban destinados esos fondos que se pierden al mantenimiento del contrato de trabajo.

C.- La terminación indemnizada por voluntad del trabajador

a).- Ante actuaciones empresariales lícitas

i).- Los supuestos de carácter general

Con carácter general, la ley habilita al trabajador para romper su vínculo laboral en cualquier momento, sin más requisito que el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar (art. 49.1.d ET) ni más límite que los pactos de

²⁹⁰ STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2013 (R°1103/2013)

²⁹¹ STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2012 (R° 14/2012)

permanencia, que por otra parte sólo se admiten bajo determinadas circunstancias²⁹². No obstante, en algunas situaciones se permite que ante una conducta empresarial – que puede ser lícita o ilícita– el trabajador tenga la posibilidad de extinguir la relación contractual percibiendo además una indemnización del empresario, calculada conforme al esquema general que se ha expuesto, y cuyo factor indemnizatorio depende precisamente de la conformidad o disconformidad a derecho de la conducta empresarial. Se trata de casos en que la resolución del trabajador es causal, y encuentra fundamento no tanto en la voluntad de este como en actuaciones del empresario²⁹³.

Entre los supuestos de licitud del proceder del empleador se encuentra el ejercicio de las facultades organizativas sobre los trabajadores a tenor de las exigencias funcionales y locativas de la empresa²⁹⁴, insertas en la libertad de empresa, que exceden del *iusvariandi* ordinario. En efecto, cuando el empresario decide, conforme a derecho y en atención a las necesidades reales de la empresa, modificar alguno de los elementos del contrato a los que la ley otorga una especial protección²⁹⁵, se concede al trabajador la posibilidad de resolver el contrato obteniendo una indemnización que comparte factor indemnizatorio con los supuestos de despido por causas objetivas. La diferencia radica en que mientras que en el último caso la decisión empresarial es directamente extintiva, en los supuestos novatorios puede calificarse su actuación como subsidiariamente extintiva: su intención es la alteración de un elemento del contrato, pero admite (*ex lege*) la posibilidad de que no sea aceptada y, consecuentemente, que el trabajador le exija la resolución indemnizada.

El paralelismo entre una y otra situación no resulta demasiado complejo: cuando concurren las causas de los arts. 40 y 41 ET, en el fondo se está admitiendo que el puesto de trabajo, tal y como está definido en el momento en que se adopta la decisión novatoria, ya no produce el valor suficiente para la empresa, si bien la opción empresarial no es extinguir la relación empresarial sino imponer al trabajador una novación en elementos básicos del contrato. Ésta rompe en cierto modo con el vínculo obligacional tal y como se pactó y, de no establecerse medidas correctivas, supondría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato, contra el principio

²⁹² Conforme al art. 21.4 ET sólo será válido el pacto de permanencia- cuando el trabajador haya recibido del empresario una especialización profesional para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico.

²⁹³ VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 23.

²⁹⁴ ALEMÁN PAEZ, F. A., *La Movilidad Geográfica: Problemática Social y Régimen Jurídico*, Tecnos Editorial S A, 2001, pág. 42.

²⁹⁵ Junto a la ubicación geográfica del puesto de trabajo (cuando el cambio implique un cambio del domicilio del trabajador) recogida en el art. 40 ET, el art. 41 considera condiciones esenciales –por cuanto su modificación supone una novación tal que la ley permite al trabajador la resolución indemnizada de su contrato– la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial y las funciones, siempre que la alteración de estas exceda de la movilidad funcional ordinaria del art. 39 ET.

general del art. 1256 CC²⁹⁶. De este modo, en cierta medida puede entenderse el ejercicio de las facultades de modificación sustancial de condiciones de trabajo o movilidad geográfica como una oferta alternativa al trabajador: concurriendo motivos que impiden desenvolver sus efectos adecuadamente al objeto del contrato, se le ofrece o bien aceptar los cambios para que la prestación de servicios mantenga el valor para el empresario, o bien extinguirlo con derecho a la indemnización prevista en el ordenamiento conforme al factor indemnizatorio previsto para los despidos por causas objetivas.

Ahora bien, de la misma forma que los despidos por causas objetivas requieren la concurrencia de unas determinadas causas para que el ordenamiento acepte su legalidad, se prevén determinadas exigencias para la admisibilidad de la imposición de esta opción entre novación y extinción.

El ámbito de aplicación viene definido con idénticas palabras –pues la reforma laboral de 2012 reunificó la diferenciación introducida por la de 2010– en los dos preceptos que ahora se analizan: “requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, añadiéndose a la movilidad geográfica el supuesto de las contrataciones referidas a la actividad empresarial”. Junto a ello, aunque no se mencione expresamente, debe atenderse a la iniciativa novatoria, que ha de ser exclusivamente empresarial²⁹⁷, pues en otro caso se trataría de una modificación consensual (siempre que no existan vicios de la voluntad, claro está) que no requiere de especiales requisitos ni puede dar lugar a la extinción.

La concepción causal de estas modificaciones, sin embargo, como también ha ocurrido con las directamente extintivas, ha ido progresivamente evolucionando desde una lógica no demasiado lejana a construcciones civilistas –como la *rebus sic stantibus*, en que la exigencia causal era realmente intensa al requerir, más en vía interpretativa que por el tenor literal de la redacción legal, la necesidad de la medida en términos de superación de una situación de crisis– hacia la simple acreditación del carácter beneficioso de la medida²⁹⁸, en la reforma de 1994, y actualmente la señalada “relación” con los aspectos citados. Con ello, se elimina el criterio finalista que

²⁹⁶En sentido similar se ha señalado, refiriéndose a la movilidad geográfica pero perfectamente generalizable a las restantes novaciones, que en una lógica civilista nos encontraríamos ante la variación de una de las condiciones principales de la obligación (art. 1203 CC) que requeriría, a tenor del art. 1293 CC, el consenso de los contratantes (ALEMÁN PÁEZ, F. A., *La Movilidad Geográfica: Problemática Social y Régimen Jurídico*, cit., pág. 46).

²⁹⁷GARCÍA MURCIA, J., “Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los trabajadores”, en Vicente Martínez Abascal, Francisco A. Alemán Páez (dirs.), *La modificación del Contrato de Trabajo*, IBIDEM, Móstoles (Madrid), 1997, págs. 87-88.

²⁹⁸ANTONIO LORENTE RIVAS, *Las Modificaciones Sustanciales del Contrato de trabajo*, 2009, pág. 262.

caracterizaba la anterior legislación, sustituyéndolo por un criterio difuso, vinculado a factores económicos genéricos²⁹⁹.

De esta forma, el control judicial sobre la validez de las causas empresariales no desaparece, pero ciertamente se reduce su alcance³⁰⁰, puesto que salvo que existan fines discriminatorios o al menos persecutorios de determinados trabajadores, resulta difícil imaginar supuestos en los que la novación de los elementos de la relación laboral no guarde relación con razones económicas, técnicas, organizativas o de producción³⁰¹. En todo caso, a pesar de que las causas recogidas por la ley son ciertamente vagas e indefinidas³⁰², con ello se impide la adopción por esta vía de medidas puramente arbitrarias o que no sirvan al fin legítimo declarado: la mera concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas no puede servir como base para la novación si esta no sirve o ayuda de algún modo a mejorar la situación presente o futura de la empresa en relación con la causa alegada. En este sentido, como han afirmado los tribunales que han tenido ocasión de analizar el alcance de este precepto³⁰³ “no existe discrecionalidad absoluta de empresario, que deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo”.

En todo caso, debe resaltarse que el trabajador que de conformidad con los arts. 40 o 41 ET decide resolver su contrato ante una de las novaciones indicadas, no tiene que probar la validez de la causa, ni puede entenderse de ningún modo que su declaración de voluntad –por la que requiere al empresario para que extinga el contrato y le indemnice conforme al factor reducido– suponga un aval a la concurrencia de las causas: la regularidad de la actuación empresarial debe entenderse desde una perspectiva meramente formal³⁰⁴. Es cierto que si considera que no se da la mínima justificación que exige la ley podría impugnar la medida (sin perjuicio de su

²⁹⁹VALDÉS DAL-RÉ, F., “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 19, 2012, pág. 7.

³⁰⁰RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, cit., pág. 3.

³⁰¹DEL REY GUANTER, S., “La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Actualidad laboral*, 17, 2012, pág. 1827.

³⁰²GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgente para la reforma laboral”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral*, Lex, Valladolid, 2012, pág. 274.

³⁰³SSAN de 28 de mayo de 2012 (procedimiento nº81/2012) y 19 de marzo de 2013 (procedimiento nº 21/2013),; en el mismo sentido STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2013 (R° 40/2012)

³⁰⁴GOERLICH PESET, J. M., “La extinción causal por voluntad del trabajador (I): La extinción indemnizada por modificación sustancial o movilidad geográfica”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 744.

ejecutividad), pero nada le impide resolver el contrato si lo considera más conveniente a sus intereses³⁰⁵ siempre que –en el caso de modificaciones sustanciales³⁰⁶– quede acreditado el perjuicio causado: “lo decisivo para que prospere la petición indemnizatoria del precepto estudiado es la existencia de perjuicio real, en tanto que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo sí se han producido, aun cuando estén justificadas por parte de la empresa”³⁰⁷. De hecho, incluso en el caso de que la decisión novatoria haya sido impugnada y declarada acorde a derecho, queda a disposición del trabajador la opción por la resolución indemnizada, como admite la jurisprudencia unificada desde la STS de 21 de diciembre de 1999³⁰⁸.

ii).- *La cláusula de conciencia*

Es preciso, por último, hacer referencia a una forma de resolución del contrato por el trabajador que tiene un difícil encaje en la clasificación que aquí se está empleando –en base a la licitud o ilicitud de la actuación empresarial– por cuanto que abarca supuestos claramente diferenciados. Se trata de la llamada cláusula de conciencia, expresamente mencionada –que no regulada o definido su alcance– en el art. 20.1.d CE, mediante la técnica de remisión a la ley, mandato cumplido casi dos décadas después³⁰⁹. En determinados supuestos la ley permite que el asalariado profesional de la comunicación “solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen” que conforme al art. 2.2 de la ley que regula este derecho “dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente”.

A los efectos que aquí interesan, dos son los aspectos que merecen atención. Por una parte, la causalidad de esta resolución contractual abarca una pluralidad de supuestos. Así, se permite al trabajador –en principio³¹⁰ por la vía procesal de la extinción causal del art. 50 ET³¹¹– dar por finalizada la relación cuando concurra una de

³⁰⁵ En el mismo sentido, ÁLVAREZ GIMENO, R., *La extinción causal por voluntad del trabajador*, Comares, Granada, 2012, pág. 53.

³⁰⁶ El art. 40 ET no exige acreditar perjuicio en caso de traslado que implique cambio de domicilio, pero puede entenderse que el propio hecho de tener que modificar la residencia constituye por sí mismo un daño suficiente para que el trabajador pueda oponerse a la potencialmente legítima decisión empresarial del traslado (GOERLICH PESET, J. M., “La extinción causal por voluntad del trabajador (I): La extinción indemnizada por modificación sustancial o movilidad geográfica”, cit., pág. 749).

³⁰⁷ STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 20007 (R° 806/2006)

³⁰⁸ R°719/1999-

³⁰⁹ Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (BOE de 20 de junio de 1997)

³¹⁰ En este sentido CALVO GALLEGOS, F. J., “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1998, pág. 412.

³¹¹ Debe tenerse en cuenta que no es necesariamente aplicable el requisito de subsistencia de la relación laboral y ejercicio jurisdiccional de la acción correspondiente: conforme a la STC 225/2002 de 9 de diciembre “El periodista tiene derecho a preservar su independencia ante situaciones de mutación ideológica desde el momento en que la considere realmente amenazada, evitando conflictos con la empresa de comunicación (que legítimamente puede

las dos causas previstas en el art. 2.1 de la Ley que regula esta cláusula de conciencia: el cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica o el traslado a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

En principio, para dotar de autonomía a la institución de la cláusula de conciencia, debe partirse de la consideración de que en ambos casos nos encontramos –al menos potencialmente– ante decisiones empresariales legítimas. En el primero de los casos, porque como con acierto señaló el TSJ de Galicia³¹² la cláusula de conciencia busca una solución equilibrada a la confrontación de dos derechos: por un lado, la empresa tiene pleno derecho a definir y modificar su línea ideológica o la orientación editorial del medio que posee, pero al mismo tiempo el trabajador no puede verse obligado a una modificación de su trabajo que puede incidir directamente en su propia libertad ideológica. En el segundo supuesto, el traslado a otro medio, si no responde a una legítima decisión organizativa de la empresa, facultaría la impugnación de la decisión por tratarse de una modificación sustancial de condiciones de trabajo sin causa suficiente o incluso una rescisión ex art. 50 ET (que se trata en el epígrafe siguiente), que por sí misma daría lugar a una indemnización con el factor indemnizatorio máximo. Es cierto, no obstante, que se trata de una modificación de condiciones de trabajo ciertamente peculiar, pues lo que tradicionalmente se entiende por tal (salario, funciones, horario...) puede quedar intacto, pero se altera un elemento relativo al contenido de la prestación: el fruto del trabajo de profesional se insertará en un “contexto ideológico” sustancialmente diferente³¹³. Sin embargo, nos parece irrazonable entender que el contexto ideológico en el que se desarrolla un medio de comunicación constituye un elemento esencial del contrato, un motivo que el legislador estima que cabalmente ha sido de los tomados en consideración para efectivamente formalizar el vínculo laboral y cuya importancia en el marco de la prestación de servicios de generación de información es de tanta relevancia como para otro trabajador pudieran serlo los aspectos a los que hace mención el art. 41 ET.

El segundo aspecto que requiere análisis, en este momento de la investigación, es el relativo al propio factor indemnizatorio, pues la expresión literal de la ley remite al contrato para su fijación y aparentemente sólo con carácter supletorio a la prevista contractualmente. No obstante, algunos autores han entendido que se trata de un mínimo de derecho necesario por cuanto lo contrario “desnaturalizaría en buena

alterar su línea ideológica) y riesgos de incumplimiento que, de permanecer en ella, pudieran darse y provocarle perjuicios por razón de su legítima discrepancia ideológica con la nueva tendencia editorial”

³¹² STSJ de Galicia de 23 de marzo de 1999 (R° 794/1999)

³¹³ En sentido contrario, entendiéndose que no puede considerarse en absoluto como una condición de trabajo, sino “un cambio sustancial que entra en conflicto con la libertad del profesional de la información” GOERLICH PESET, J. M., “La extinción causal por voluntad del trabajador (II): La resolución contractual de art. 50ET”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 798-799.

medida el significado y alcance de la institución”³¹⁴ e incluso se ha llegado a afirmar que la atribución a la extinción del contrato por ejercicio de la cláusula de conciencia de las mismas consecuencias que las previstas en la legislación laboral para el despido improcedente forma parte del contenido esencial de dicho derecho constitucional³¹⁵. Sin embargo, y aunque dicha posición es prácticamente unánime en la doctrina³¹⁶, debe señalarse que además de que la redacción legal expresamente afirma lo contrario³¹⁷, la cláusula de conciencia puede ser operativa sin dicha indemnización y satisfacer su razón de ser: por una parte, aun cuando la indemnización sea menor, operaría como una regla especial respecto a las condiciones del contrato de trabajo cuya modificación sustancial permite la rescisión indemnizada, supuesto este para el que la ley fija un factor indemnizatorio acorde a la legalidad de la medida. Por otra, porque en los casos en que la medida tuviera una finalidad atentatoria contra la dignidad o derechos fundamentales del profesional de la información, siempre quedaría abierta la vía de derecho laboral común del art. 50 ET. Como señaló la STC 6/1981, de 16 de marzo, quienes sirven al fin de suministrar a la sociedad información libre y veraz no gozan de un derecho fundamental reforzado, sino de una protección específica. En este caso, es razonable entender que dicha protección se agota en una ampliación de los supuestos en los que el trabajador puede resolver su contrato obteniendo una indemnización, que si las partes han pactado inferior resultará legítima siempre que no sea irrisoria (lo que constituiría un fraude de ley que desnaturizaría el derecho), pues no estando en juego la dignidad del trabajador (en cuyo caso tendría acceso a la citada vía del art. 50 ET, cualquiera que fuera la indemnización pactada) y siendo la pérdida de empleo una opción personal del mismo, nada obliga a establecer un mínimo legal no disponible y mucho menos con un factor indemnizatorio máximo³¹⁸.

³¹⁴MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*, Comares, Granada, 2000, pág. 168.

³¹⁵JOVER PRESA, P., “La regulación normativa de la cláusula de conciencia”, en Luis Escobar de la Serna (dir.), *La cláusula de conciencia*, Universitas, Madrid, 1997, pág. 19.

³¹⁶Así, en contra de la consideración de la indemnización como contenido esencial se pronuncia CAPSETA CASTELLÀ, J., *La cláusula de conciencia periodística*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 1998, pág. 155. Entiende que lo único a lo que obliga el texto constitucional, en este punto, es a la resolución indemnizada del contrato, pero el importe de dicha indemnización puede ser a su juicio libremente establecido por el legislador. Sin embargo este mismo autor interpreta que la ley fija un mínimo de derecho necesario (*Ibid.*, pág. 175).

³¹⁷En este sentido, algún autor subraya que la ley claramente deja abierta en su interpretación gramatical el pacto *in peius*, aunque subrayando la conveniencia de hacer una “interpretación correctora del tenor literal de la ley” para entender que la relación es efectivamente de complementariedad, vid CALVO GALLEGU, F. J., “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia”, cit., pág. 414.

³¹⁸Es preciso señalar, no obstante, que esta posición es contraria a la sostenida por la doctrina, sin que por otra parte haya dado lugar en la práctica a conflictos que hayan resuelto los tribunales y permitan ratificarla o refutarla, posiblemente por el carácter ciertamente infrecuente de los pactos indemnizatorios –especialmente si perjudican al trabajador– y del propio ejercicio de la cláusula de conciencia. El argumento más frecuente para ello es el histórico, por referencia a antecedentes de derecho comparado o estatutos de consejos de redacción, o la atención a los trabajos parlamentarios (vid. *Ibid.*, págs. 414-415; MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*, cit., pág. 167; ROJAS RIVERO, G. P., *Cláusula de conciencia y extinción del contrato*,

b).- Ante actuaciones empresariales contrarias a derecho

El incumplimiento del contrato de trabajo tiene reguladas consecuencias específicas, diferenciadas del régimen general del derecho común. Así, de manera paralela o simétrica a la regulación del despido que por causas disciplinarias ante incumplimientos graves y culpables se recoge en el art. 50 ET, al que se han ido haciendo múltiples menciones en esta investigación, existe la posibilidad de que sea el trabajador el que promueva la terminación del contrato de trabajo ante un incumplimiento grave del empresario³¹⁹. Aunque aquí no se establece una definición seguida de una lista de conductas que justifican dicha terminación, sí que el legislador especifica dos supuestos concretos en que es viable la extinción por incumplimiento empresarial: la modificación de condiciones de trabajo que no cumpla “lo previsto en el art. 41” –lo que abarca tanto los aspectos causales como procedimentales– y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador, y la falta de pago o retrasos continuados. Como cláusula de cierre general, la letra c del art. 50.1 ET se refiere a “cualquier otro incumplimiento grave, salvo los supuestos de fuerza mayor” y añade la negativa a la reposición del trabajador en su situación inicial cuando una sentencia haya declarado injustificada una modificación sustancial o una movilidad geográfica. Se trata, como ya se ha subrayado más arriba al estudiar el problema del carácter tasado de las indemnizaciones, de la regla especial que incorpora al ámbito del Derecho del Trabajo la regla general del art. 1124 CC. La causa de la terminación del contrato en este caso, al estar producida por un hecho en el círculo de decisión del empresario y en principio ajeno a la legalidad (o dentro de ella pero con especial perjuicio), conlleva la aplicación del factor indemnizatorio máximo.

Es preciso destacar que no se hace referencia en el incumplimiento empresarial al elemento subjetivo, esto es, se omite toda mención a la culpabilidad de la conducta. En los casos de modificaciones de condiciones de trabajo resulta difícil pensar una situación en la que el incumplimiento no sea al menos negligente, por inobservancia de los requisitos legales o por desatención a lo ordenado en una resolución judicial, lo

Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 107). Sin embargo, este argumento me parece que juega precisamente en contra de esta interpretación, por cuanto que expresamente se presentaron –por parte del entonces partido del Gobierno– enmiendas para establecer una indemnización “no menor a la debida en caso de despido improcedente” (enmienda 10, publicada en el BOCG-Congreso de 24 de marzo de 1997) y se optó por la redacción alternativa que se ha mencionado.

³¹⁹ De un modo similar plantea el análisis del art. 50 ET, exponiendo una redacción alternativa del mismo en la que sin alterar su significado se aprecia dicho carácter simétrico el trabajo, BORRAJO DACRUZ, E., “Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los trabajadores”, en Alfredo Montoya Melgar, Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo: estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 18. Así señala la siguiente posible redacción, con las cursivas originales resaltando las diferencias: “1. El trabajador podrá solicitar la extinción del contrato de trabajo en los casos de incumplimiento grave del sus obligaciones contractuales por parte del empresario, *salvo los supuesto de fuerza mayor*. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales *entre otros*, los siguientes: a) las modificaciones sustanciales (...) b) la falta de pago o retrasos (...)”

que posiblemente explica que en múltiples pronunciamientos, posiblemente por traslación de elementos de la construcción iuscivilista, se haga referencia al elemento intencional³²⁰ al exigir que se trate de “una conducta reveladora de un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al incumplimiento, [... así como] una voluntad rebelde al incumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor”.

Sin embargo, en el supuesto del impago o retraso en el abono de salarios no es difícil pensar en situaciones en las que el empresario se encuentre, por una situación de crisis inesperada o por efecto de la morosidad de sus clientes, sin liquidez para afrontar la entrega de las nóminas adeudadas a sus trabajadores. En dichas circunstancias, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara: “cuando exista una situación de impago de salarios como comportamiento empresarial continuado y persistente concurre el requisito de la gravedad de la conducta empresarial que justifica la extinción contractual a instancia del trabajador «ex» art. 50.1 b) ET, con independencia a estos fines de que tal retraso no esporádico sea debido al arbitrio injustificado del empresario o derive de una imposibilidad total o parcial debida a circunstancias económicas imputables o no a aquél”³²¹ pues en este supuesto la conducta exigible al empresario es la suspensión o extinción de los contratos, no el incumplimiento unilateralmente decidido de sus obligaciones al tiempo que se obtienen los frutos de los servicios del trabajador. En la jurisprudencia más reciente se ha llegado a afirmar que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente”³²².

Lo relevante, por tanto, es la constatación del hecho del incumplimiento empresarial y la gravedad de la conducta, entendida en un doble sentido: en cuanto a la importancia de la condición sobre la que recae y en cuanto a la intensidad con la que no se satisface³²³, de modo que aún si la falta del empresario afecta a un elemento esencial del contrato, como pueden ser la cuantía del salario o la concreción de la prestación de servicios, es preciso que tenga la suficiente entidad, pues de otro modo el trabajador únicamente podrá reclamar el recto cumplimiento del contrato, pero no

³²⁰GOERLICH PESET, J. M., “La extinción causal por voluntad del trabajador (II): La resolución contractual de art. 50ET”, cit., pág. 772.

³²¹STS de 25 de enero de 1999 (R°4275/1997), reiterando con cita expresa la doctrina sentada en otras resoluciones anteriores: SSTS de 24 de marzo de 1992 (R° 413/1991), 29 de diciembre de 1994(R° 1169/1994), 25 de septiembre de 1995 (R° 756/1995) y 28 de septiembre de 1998 (R° 930/1998).

³²² STS de 10 de junio de 2009 (R°2461/2008), en la se reconoce que se mantuvo otra postura en “precedentes temporalmente lejanos”. Esta doctrina se reitera con referencia a menudo literal en varias resoluciones en los últimos años en los que la imposibilidad de atender regularmente los pagos lamentablemente no ha sido infrecuente, dada la situación de crisis económica: así, citando una por año, las SSTS de 9 de diciembre de 2010 (R° 3762/2009), de 17 de enero de 2011 (R° 4023/2009), 26 de julio de 2012 (R° 4115/2011) y 16 de julio de 2013 (R°2275/2012).

³²³ÁLVAREZ GIMENO, R., *La extinción causal por voluntad del trabajador*, cit., pág. 101.

la rescisión del vínculo. Como con claridad ha declarado el Tribunal Supremo, el incumplimiento alegado para resolver el contrato ha de “hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución”³²⁴

Sin embargo, debe señalarse que el alcance del art. 50 ET puede, en ocasiones, exceder del ámbito del incumplimiento, pues en el precepto se incluyen conductas de antijuricidad cuando menos dudosas, que sin embargo pueden lesionar gravemente intereses esenciales del trabajador³²⁵. Así, la declaración de que la medida sea conforme a derecho no impide que pueda perjudicar gravemente la formación del trabajador o más raramente atacar su dignidad, con lo que idealmente cabe que, frente a una decisión empresarial lícita, se den las circunstancias que habilitan la rescisión voluntaria con factor indemnizatorio máximo prevista en el art. 50 ET³²⁶. Se trata en este caso de una situación semejante a la descrita en el epígrafe anterior, en relación a la cláusula de conciencia accionada por el profesional de la comunicación ante una decisión empresarial también legítima de cambiar la orientación ideológica del medio que posee: la causa del despido se utiliza para incrementar el factor indemnizatorio –y el tope, como se verá–atendiendo al perjuicio sufrido, y no a la responsabilidad del empresario. Es cierto, por otra parte, que estos supuestos son relativamente infrecuentes y a menudo se refieren, en realidad, a modificaciones de condiciones de trabajo que tienen un doble carácter: por una parte se alteran elementos de la relación laboral con justificación en una de las causas previstas, pero por otra se aprovecha esta circunstancia para hostigar profesionalmente al trabajador³²⁷.

³²⁴ STS de 3 de abril de 1997 (R° 3455/1996).

³²⁵ GOERLICH PESET, J. M., “La extinción causal por voluntad del trabajador (II): La resolución contractual de art. 50ET”, cit., pág. 772. Se ha llegado incluso a afirmar que la resolución del art. 50 ante modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo se refiere únicamente a las lícitas, pues las ilícitas entrañan un incumplimiento contractual grave –puesto que ilegítimamente altera sustancialmente los términos de contrato– que se encuadra en la causa genérica de la letra c (argumentado extensamente en VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, cit., págs. 28-36).

³²⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, II, 2000, pág. 1067.

³²⁷ Es por ejemplo el caso de la STSJ de Galicia de 20 de mayo de 2008 (R° 1288/2008) en la que se considera justificado el paso de un trabajador que hacía trabajo “de campo” en una cooperativa de producción láctea a otro trabajo de oficina para la elaboración de un proyecto de reorganización de la empresa, pero sin embargo no al concreto puesto que se le asigna, con escasa autonomía y en pobres condiciones, lo que a juicio del tribunal justifica la extinción vía art. 50 ET. Es claro que, en realidad, hay dos elementos en la modificación sustancial: el tipo de trabajo, legítimo, y los medios y funciones concretamente determinados, que en los que la legitimidad no es tan clara. En la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (R° 5721/2005) se estima igualmente la pretensión extintiva del trabajador frente a un traslado a Méjico que se había declarado conforme a derecho. Para ello el Tribunal considera que, pese a concurrir los hechos que justificaban la creación del puesto de trabajo en ese país, la concreta decisión de asignar al trabajador recurrente trae causa de su negativa a aceptar una extinción indemnizada por menor importe del previsto para el despido improcedente, con lo que se viola su garantía de indemnidad. En este caso, ni tan siquiera se valora la lesión de la dignidad por razón del puesto al que se le destina, sino que vuelve a valorarse la decisión

Aunque no puede entrarse a analizar con detalle la compleja casuística que provoca esta forma de extinción del contrato, puede señalarse que las lesiones a la formación profesional del trabajador o a su dignidad ante una modificación de funciones únicamente pueden apreciarse cuando éstas tengan carácter sustancial, de modo que si la decisión se encuadra dentro del marco de la movilidad funcional ordinaria del art. 39 ET no cabrá alegar esta vía³²⁸, sin perjuicio de que de algún modo pueda estar produciéndose otra clase de incumplimiento grave de la letra c del art. 50.1 ET.

4.2.3.- La influencia de los aspectos formales

La formalidad de las decisiones extintivas se configura en nuestro derecho como un elemento clave. Desde una perspectiva material, resulta claro que la causa de la terminación, o quizá la causa de la causa, es siempre una: el empresario considera más conveniente para la marcha de la empresa que el trabajador no siga desempeñando las funciones que realiza: ya sea la voluntad de aquel alterar algún aspecto central del contrato –en cuyo caso la decisión final corresponde al trabajador– o dar por efectivamente terminada la relación, el motivo último será el indicado, sin perjuicio de su posterior concreción –o no– en una causa en el sentido legal del término. Así, lo que más diferencia a las modalidades de terminación causada por el empresario son los aspectos formales, que se ajustan –con mayor o menor acierto– a un único fin: permitir al trabajador conocer los motivos alegados por el empresario para justificar su decisión y combatirlos jurídicamente³²⁹. La forma del despido, por tanto, no es una cuestión colateral, sino que se sitúa como condición necesaria para la eficacia de la causalidad de la extinción: sin declaración formal el trabajador no podrá conocer cuáles son los motivos esgrimidos por el empresario ni consecuentemente exigir su revisión en sede judicial³³⁰.

empresarial, en la que se aprecia (aunque no lo diga expresamente la sentencia) un fraude de ley, pues se acusa al empleador de amparar en motivos aparentemente legítimos una decisión contraria a los derechos fundamentales. En la STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2003 (R° 2733/2002) se estima la acción pese a existir sentencia absolutoria en la impugnación de la medida de movilidad basada en la caducidad de esta acción. Este supuesto es pues diferente, pues la legitimidad de la decisión empresarial no ha sido declarada por ningún tribunal, sino simplemente convalidada por no haber sido combatida en tiempo en forma, por lo que plantea menores problemas de articulación y es simplemente efecto de los distintos plazos previstos en el art. 59 ET.

³²⁸GOERLICH PESET, J. M., “La extinción causal por voluntad del trabajador (II): La resolución contractual de art. 50ET”, cit., pág. 790. En el mismo trabajo (p. 797) se señala con acierto como ciertas modificaciones que aparentemente no tienen la entidad para ser consideradas “sustanciales” tales como la asignación de un peor despacho, medios informáticos más anticuados, etc, pueden en la práctica tomar tal carácter en atención al contexto, aunque podrían reconducirse al supuesto más general de “cualquier otro incumplimiento).

³²⁹RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho, trabajo y despido”, en *Presente y futuro de la regulación del despido*, ARANZADI, Pamplona, 1997, pág. 32.

³³⁰APARICIO TOVAR, J., “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, cit., pág. 147.

En la normativa vigente se diferencia la formalización del acto del despido según la causa –en el sentido legal– atiende a motivos subjetivos u objetivos, por lo que se hace precisa la mención diferenciada.

En los casos en que los motivos de la extinción están relacionados con el objeto del contrato y la decisión corresponde al empleador, el art 53.1 ET establece la exigencia de observancia de tres requisitos: la comunicación escrita indicando la causa, la puesta a disposición de la indemnización correspondiente y la concesión de un preaviso. Aunque el precepto parece referirse únicamente a los despidos individuales (se refiere a “lo prevenido en el artículo anterior”), el art. 51.4 ET al regular el despido colectivo establece que una vez decidido el mismo (unilateralmente por el empresario o mediante acuerdo de los trabajadores) la notificación a los trabajadores concretamente afectados se haga “conforme a lo establecido en el artículo 53.1”. Consecuentemente, cuando la extinción adquiere dimensión colectiva, hay que distinguir el procedimiento para habilitar al empresario para la extinción del acto del despido, que siempre habrá de individualizarse. En la postura metodológica adoptada en esta investigación, es importante esta distinción, pues el despido colectivo siempre tendrá un sobrecoste sobre la relación individual.

La inclusión sistemática del mecanismo habilitante del despido colectivo como un coste no factorial y no como un elemento determinante de la calificación del despido y a consecuente determinación del factor indemnizatorio se justifica por las distintas consecuencias del incumplimiento de las normas legales: conforme al art. 124 LRJS, la calificación de este será de “no ajustado a derecho” o nulo, según las razones, pero nunca improcedente, característica que sólo se puede predicar de los actos que lo individualicen en cada uno de los trabajadores.

Por ello, en este punto del análisis el tratamiento del despido individual y el colectivo no presenta diferencias: en ambos casos habrá de observarse lo dispuesto en el art. 53.1 ET y lo contrario determinará pasar de un factor indemnizatorio ordinario al máximo. Por otra parte, debe recordarse que, como se ha señalado más arriba (epígrafe 2.2.1.-), el preaviso no es propiamente un requisito, por cuanto su cumplimiento específico o sustitución por el equivalente en dinero queda a discreción del empresario, e incluso cuando no satisficiera la deuda ello no afectaría a la legalidad del despido. Por ello, son dos los aspectos que deben analizarse aquí: la comunicación escrita y la puesta a disposición de la indemnización.

En lo que se refiere al despido por motivos disciplinarios, la ley sólo exige, con carácter general, la notificación por escrito “haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos” (art. 55 ET). La notificación escrita al trabajador es por tanto un requisito común, que satisface en ambos casos idéntica

necesidad³³¹: el conocimiento preciso por el trabajador de los motivos que alega el empresario para extinguir la relación laboral, así como que este pueda disponer de un medio de prueba sobre este extremo³³². Junto a esto, produce importantes efectos, pues además de tener cierto carácter preventivo contra una decisión precipitada del empresario, de la carta de despido se derivan importantes efectos procesales tales como fijar la fecha extintiva con la que se computará el factor de antigüedad y los demás extremos que serán eventualmente objeto de discusión en una eventual impugnación³³³.

La consecuencia de esta finalidad de protección frente a la indefensión exige que la noción de “causa” no pueda entenderse cubierta por una mera mención del precepto legal, sino que es preciso concretar los hechos particulares que se alegan para afirmar la concurrencia de aquella, como ha señalado abundante jurisprudencia. El grado de detalle de los hechos o conductas depende, dada la finalidad de protección frente a la indefensión que tiene esta comunicación, de la concreta causa de que se trate, la posición del trabajador en la empresa, etc.³³⁴.

Estas razones lleva a afirmar que el despido será calificado como improcedente si la carta de despido disciplinario sólo contiene reproches genéricos y no hechos concretos debidamente circunstanciados³³⁵, pero no si no se procede a la calificación jurídica concreta de los hechos que se alegan³³⁶ siempre que ello no produzca indefensión al trabajador³³⁷. Por ello, el empresario tendrá que incluir en la carta de despido, aunque sea someramente, la relación de los hechos que se incluyen con la causa legal invocada, pero no todos los motivos de su decisión: al no constituir un elemento previsto por la norma, no habrá de incorporar el criterio usado para preferir la extinción de un contrato de trabajo sobre otro³³⁸.

La satisfacción de la finalidad de la comunicación permite una gran flexibilidad en relación al soporte sobre el que se plasme la relación de hechos y la consecuencia extintiva: no es necesariamente una carta entregada en mano, sino que puede realizarse por cualquier otro medio que permita comprobar su recepción, pues lo que

³³¹ LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D., “Aspectos formales y procedimentales en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales”, cit., pág. 206.

³³² En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M., “El procedimiento de despido objetivo”, en Pablo Aramendi Sánchez (dir.), *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, CGPJ, Madrid, 1996 (Cuadernos de Derecho Judicial), pág. 241; LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D., “Aspectos formales y procedimentales en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales”, cit., pág. 203.

³³³ ALZAGA RUIZ, I., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, cit., págs. 376-377.

³³⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Forma, lugar y tiempo”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004 (Colección Monografías Aranzadi), pág. 226.

³³⁵ STS de 12 de marzo de 2013 (R°58/2012)

³³⁶ STS de 26 de enero de 1987 (RJ Az. 1987/128)

³³⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M., “El procedimiento de despido objetivo”, cit., pág. 247.

³³⁸ ALZAGA RUIZ, I., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, cit., pág. 379.

no cabe duda es de que tiene carácter recepticio: no podrá surtir efectos hasta que no haya podido ser conocida por el trabajador, sin que sea necesario el conocimiento efectivo: las medidas dilatorias de este (resultar ilocalizable, negarse a firmar acuse de recibo) serán irrelevantes³³⁹.

En relación a los despidos por causas objetivas, al tratarse de extinciones contractuales con factor indemnizatorio positivo, se exige además la puesta a disposición del trabajador de la indemnización legalmente establecida. La obligación pecuniaria establecida por la ley para estos supuestos se configura así, además de como una deuda monetaria, como un requisito formal para la procedencia del despido. Ello implica que en el momento de la comunicación del despido el empresario debe haber realizado el cálculo de la indemnización correspondiente, pues si entregara una menor a la legal el despido no podrá ser calificado como procedente; incluso el retraso en pocos días del pago es suficiente para que el despido no pueda ser declarado procedente³⁴⁰.

Excepcionalmente, el art. 53.4 ET no sanciona con improcedencia la puesta a disposición de una cantidad menor a la fijada por la ley en dos supuestos. El primero de ellos, introducido en el texto legal en la reforma laboral de 2010 recogiendo el mismo criterio que la jurisprudencia había desarrollado, se refiere a la excusabilidad del error, de modo que si los conceptos salariales sobre los que ha de calcularse la indemnización o la antigüedad del trabajador son suficientemente controvertidos no se declarara la improcedencia³⁴¹. Lo relevante es, como señala el Tribunal Supremo, que exista un ánimo consciente de no abonar la indemnización, aun cuando este hecho tenga lugar por causas ajenas a la voluntad del empresario³⁴². Sólo en el caso de que el despido se produzca por causas económicas y dicha razón impida el pago se permite la extinción sin abonar la indemnización, “sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”.

Este supuesto es de interpretación estricta al caso de despido por razones económicas, sin que quepa su extensión a otras causas, y requiere que además exista efectivamente la falta de liquidez: si concurre la causa económica pero hay liquidez suficiente o si el motivo es otro pero la empresa no dispone de efectivo el despido será improcedente si no se hace entrega de la indemnización³⁴³. Así, debe acreditarse este

³³⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Forma, lugar y tiempo”, cit., pág. 229.

³⁴⁰ STS de 23 de abril de 2001 (R°1915/2001), STS de 23 de septiembre de 2005 (R°3357/2004)

³⁴¹ ALZAGA RUIZ, I., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, cit., pág. 381.

³⁴² En circunstancias excepcionales se ha llegado a admitir la procedencia del despido en supuestos de no consignación o entrega de cantidad alguna, cuando de la complejidad de la relación laboral resultaba difícil la calificación del propio cese como despido (STS de 29 de diciembre de 1988, RJ Az. 1988/9938)

³⁴³ STS de 25 de enero de 2005 (R° 6290/2003)

extremo por el empresario, sin que exista una presunción legal a su favor por negativa que sea la situación de ventas o ingresos³⁴⁴.

La puesta a disposición debe ser por tanto íntegra, simultáneo a la comunicación del cese, incondicional y efectiva³⁴⁵. Por ello, en relación a la forma del pago de las indemnizaciones se impide en la práctica que se alcancen acuerdos sobre pagos diferidos o aplazados, o la permuta del derecho al cobro por otros de igual o superior valor. En el supuesto de que sí se produzca el señalado problema de caja –diferente como se ha dicho de la causa económica en la que se basan los despidos– sí habrá margen para negociar la forma y momento de pago: como señala la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de enero de 2013³⁴⁶ “cuando se acredite que concurre tal supuesto (valorando todas las indemnizaciones que han de abonarse en el mismo momento temporal y no solamente cada una de ellas separadamente), cuya prueba corresponde a quien lo alega, no existe la obligación de mínimo necesario de pagar la indemnización simultáneamente a la comunicación del despido y, por ello, queda abierto el terreno a la negociación colectiva sobre plazos e intereses. Pero cuando no conste acreditado (...) entonces ni el empresario ni la negociación colectiva no puede imponer esperas a los trabajadores acreedores de la indemnización. Tales esperas no justificadas suponen romper la simultaneidad exigida legalmente y determinan la improcedencia del despido”.

En el caso de las demás cantidades debidas como consecuencia de la liquidación del vínculo jurídico que unía a empresario y trabajador (el llamado finiquito o las indemnizaciones superiores a la legal), la ley simplemente establece el nacimiento de una deuda, sobre la que no pesa prohibición alguna de novación o modificación, y es perfectamente admisible el pago diferido o aplazado, o mediante otra clase de activos, siempre que se realice mediante acuerdo pues como es sabido “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida” (Art. 1166 CC). En todo caso, fuera del ámbito de aplicación del art. 53.1.b ET en caso de impago, la única consecuencia del impago será el nacimiento de una acción de reclamación de cantidad, pero no se producirán efectos sobre la calificación de la decisión extintiva ni por tanto sobre el factor indemnizatorio común al máximo.

Es preciso por último hacer referencia a los supuestos particulares de los trabajadores afiliados a sindicatos con constancia del empresario, para los que es precisa la audiencia de los delegados sindicales, o representantes de los trabajadores

³⁴⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2009 (R° 2900/2009).

³⁴⁵ Una exposición detallada del alcance de cada uno de estos requisitos puede verse en la STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2012 (R°2899/2012), con abundantes referencias jurisprudenciales.

³⁴⁶R° 2399/2012.

(legales o sindicales), para quienes se exige la apertura de un expediente contradictorio en el que deben ser oídos los demás miembros de la representación a la que perteneciera. Estos trámites adicionales suponen un coste relativamente reducido, similar al de un preaviso de pocos días, y constituyen una garantía razonable para la defensa de la libertad sindical sin introducir verdaderas distorsiones en las decisiones empresariales.

Lo relevante de las exigencias formales establecidas por la ley a los efectos de esta investigación no es tanto su coste directo –que es ciertamente escaso– como las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, en forma de aumento del factor indemnizatorio. En todo caso, debe señalarse que estas se atenúan notablemente en el régimen vigente en relación al que existía hasta la reforma laboral de 2010, en el que la consecuencia era la nulidad, notablemente más costosa para la empresa³⁴⁷.

Por otra parte, desde una perspectiva práctica, debe subrayarse el problema que puede suponer para empresas en una situación económica complicada tener que abonar las indemnizaciones para evitar la improcedencia del despido; dada la interpretación restrictiva de la falta de liquidez, que viene a suponer una suerte de prioridad de cobro absoluta para el trabajador³⁴⁸, el ajuste de plantilla puede tener consecuencias muy negativas para la viabilidad de la empresa, al ser privada de circulante que puede ser necesario para el correcto mantenimiento de su actividad. De esta forma, según las circunstancias que concurren, de nuevo la ley puede estar haciendo más atractivo el despido improcedente a supuestos en los que efectivamente concurren causas lícitas para despedir, especialmente tras la desaparición de los salarios de tramitación: la deuda por despido improcedente no habrá de abonarse hasta la ejecución de la sentencia, y en un contexto de fuerte restricción al crédito puede suponer una vía de financiación para la empresa.

4.3.- La concreción del factor y tope indemnizatorios

Señala con acierto DESDENTADO BONETE que una indemnización por despido debe cumplir dos funciones básicas: reparar el daño producido por el cese y evitar el ejercicio arbitrario del poder extintivo del empleador, lo que alteraría el equilibrio del contrato de trabajo³⁴⁹. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en una lógica civilista no puede tratarse igual lo que, como ya se ha mencionado, DÍEZ PICAZO denomina indemnizaciones por sacrificio de las que lo son propiamente por un daño³⁵⁰. En este

³⁴⁷ DESDENTADO BONETE, A. Y PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, cit., pág. 96.

³⁴⁸ Las SSTSJ de Asturias de 26 de octubre de 2001 (R°1157/2001), de Aragón de 30 de abril de 2002 (R°272/2002) no acepta que concorra la falta de liquidez por haberse destinado los fondos de los que disponía al pago de otros acreedores

³⁴⁹ DESDENTADO BONETE, A., “El despido, la crisis y la reforma laboral”, cit., pág. 7.

³⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho De Daños*, cit., pág. 56.

sentido, es comprensible que la ley atienda esencialmente a dos criterios: el perjuicio al trabajador y el grado de antijuricidad de la conducta del empresario que extingue (o provoca la extinción) del contrato de trabajo. Así, es posible encontrar, en función de los elementos de graduación que se han indicado arriba, diferentes niveles para el factor indemnizatorio.

4.3.1.- Factor indemnizatorio nulo

El caso más extremo de permisividad para el empresario es el factor indemnizatorio nulo, su fijación en cero, que no implica necesariamente que no haya costes extintivos, sino que en ningún caso se producen más transferencias del empresario al trabajador que las que correspondan a cantidades adeudadas por la efectiva prestación de trabajo. El caso más evidente en el que no cabe realizar reproche alguno al empresario por su decisión extintiva ni hacerle soportar en modo alguno el perjuicio que pueda suponer la extinción del contrato de trabajo es, sin lugar a dudas, el del despido disciplinario: como se ha expuesto, es el trabajador el que con su infracción de grave y culpable de las obligaciones derivadas del contrato provoca la extinción del contrato, sin perjuicio de que sea el empresario quien decida llevarlo a efecto.

En los casos de extinción de los contratos formativos y de interinidad, por el cumplimiento de su plazo o de la condición que resuelve estos últimos³⁵¹ el art. 49.1.c ET expresamente excluye el abono de indemnizaciones. Esta circunstancia puede explicarse en cierta medida por tratarse de lo que podemos llamar “contratación temporal de fiar”, pues dada la objetividad y fácil comprobación de los hechos que operan como presupuestos de su celebración, la probabilidad de fraude es ciertamente reducida.

Sin embargo, y aunque resulta menos evidente, sobre todo en comparación con otras modalidades de contratación temporal, existe también aquí una consideración legal de que la conducta empresarial está especialmente justificada. En el primer caso, porque la justificación de la celebración de un contrato de duración determinada se hace en interés del trabajador, que adquiere así una experiencia profesional que le aporta conocimientos prácticos para complementar los que en su caso tenga en el ámbito teórico. Por ello, aunque el empresario también obtiene provecho de la celebración de este tipo de contratos (por la posibilidad de resolución acausal concluido su término, por los incentivos legales asociados a los mismos), se entiende desde la ley que la celebración de un contrato temporal de esta clase tiene un cierto

³⁵¹ Normalmente la reincorporación del trabajador con derecho a reserva de puesto, pero también cualquier circunstancia que haga desaparecer este: renuncia del mismo, fallecimiento o cualquier otra causa que por sí misma haga imposible la reincorporación.

interés público, por lo que a su terminación, transcurrido el tiempo suficiente para la adquisición de dicha experiencia, no hay ni perjuicio para el trabajador ni antijuricidad alguna en la conducta empresarial.

Este segundo elemento es el que prima en el caso de los contratos de interinidad: el empresario se ve obligado por ley o convenio colectivo –excepcionalmente por acuerdo con el trabajador, cuando pacte la reserva de puesto– a proteger la expectativa de reingreso a un individuo que abandona la empresa por su propia voluntad, o al menos por razones ajenas por completo a la actividad económica que desempeña en la organización, en principio temporalmente. Para cubrir ese hueco en su estructura productiva el empresario se ve obligado a contratar a un nuevo trabajador, que será redundante en el momento de reingreso del primero. En tales circunstancias, no cabe imputar responsabilidad alguna al empresario, aunque evidentemente el trabajador que pierde su empleo temporal sí que sufre un perjuicio; la obligación de soportar el sacrificio, en este caso, no se ve compensada por una indemnización, pues no resulta razonable imputar a un empresario la responsabilidad que se genera por el ejercicio de un derecho por otro trabajador. La fijación en cero del factor indemnizatorio en este caso tiene efectos económicos ciertamente relevantes, pues a diferencia de otros contratos temporales no existe duración máxima, y en el caso de sustitución de trabajadores en excedencia forzosa el contrato puede extenderse por periodos ciertamente extensos. La situación de especial precariedad del trabajador interino, por todo ello, está intrínsecamente asociada a la concurrencia de la causa justificativa de su contrato, por lo que si desaparece la reserva de puesto y se mantiene la prestación de servicios habrá de aplicársele el factor que corresponda a la clase de extinción que realice el empresario³⁵².

El tercer y último supuesto de factor indemnizatorio nulo es el del periodo de prueba. Dispone al respecto el art. 14.1 ET la posibilidad de que se pacte por escrito, al inicio de la relación laboral, un intervalo de tiempo en el que “el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”. Se configura así como un lapso temporal expresamente pactado en el que es posible la extinción unilateral del contrato de trabajo, sin alegación explícita de causa, preaviso ni indemnización³⁵³.

La duración de este periodo en el que se reducen los costes extintivos a su mínima expresión –no se regula formalismo alguno y el factor indemnizatorio es cero– debe

³⁵² STJS de Andalucía, Málaga, de 10 de marzo de 2011 (R°1840/2010)

³⁵³ BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo por causas válidamente consignadas en el contrato”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 62.

fijarse en cada caso dentro de los límites permitidos, que se remiten a la negociación colectiva, y que en defecto de la misma se concretan en seis meses para los técnicos titulados o de dos para los demás trabajadores, salvo que se trate de contratos temporales concertados por tiempo no superior a seis meses, en cuyo caso la duración máxima será de un mes. Debe señalarse que esta última previsión, recientemente introducida³⁵⁴, puede plantear en la práctica importantes problemas, ya que por definición en los contratos de obra o servicio determinados opera como condición que su duración sea “en principio incierta” (art. 15.1.a ET), por lo que en muchas situaciones no podrá conocerse en el momento inicial de la relación laboral –que es cuando debe formalizarse el pacto– si el mismo es acorde a derecho. En consecuencia, si el empresario rescinde el contrato después de ese mes pero antes de los seis, el trabajador en el corto plazo de caducidad de la acción de despido no podrá probar la superior duración, teniendo la prohibición una eficacia reducida.

Los motivos empresariales³⁵⁵, en principio, no tienen obligación de ser declarados al manifestar la voluntad de declarar “no superado” el periodo de prueba: al no exigir la norma un “motivo serio” u otra expresión similar, y excluir expresamente la aplicación de las normas sobre resolución del contrato, es aceptable que se sustente en cualquier causa, sin más límite que el respeto a los Derechos Fundamentales³⁵⁶, en los términos que se han expuesto en el Capítulo anterior.

El fundamento de la práctica anulación de todo coste extintivo para este caso puede encontrarse en una óptica relativa al pleno conocimiento de los elementos del contrato: dada la naturaleza esencialmente duradera de la relación laboral y la influencia del elemento personal en el contrato de trabajo, se considera necesario permitir al empresario tener conocimiento de características del trabajador no observables en un proceso de selección: forma de trabajo, relaciones personales con el resto de la plantilla, productividad real en el puesto de trabajo encomendado, etc. De este modo, sólo después de evaluar su efectiva inserción en el seno de la organización productiva se protege la estabilidad en el empleo. En palabras del Tribunal Supremo, la finalidad de esta institución “no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre

³⁵⁴ Se incorporó al art. 14 ET por el RD-L 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE de 21 de diciembre de 2013)

³⁵⁵ Tampoco los del trabajador, aunque dada su posibilidad de dimisión en cualquier momento su importancia es mucho menor, al ser la única consecuencia de la resolución durante el periodo de prueba la desaparición del deber de preavisar. En todo caso, queda fuera del objeto de esta investigación. Como se ha señalado, no es en interés del trabajador en el que se establece el periodo de prueba, pues durante este tiempo inicial se encuentra en una situación de precariedad (CRUZ VILLALÓN, J., “Problemas Prácticos del periodo de prueba”, *Revista de Política Social*, 148, 1985, pág. 187).

³⁵⁶ Así, la STS de 12 de julio de 2012 (R° 2789/2011) considera que no hay fraude de ley ni abuso de derecho en la resolución de un contrato por esta vía encontrándose el trabajador en situación de Incapacidad Temporal por accidente de trabajo

las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”³⁵⁷

El principal problema deriva, por tanto, de la fijación del tiempo en que esta facultad puede ser ejercida, pues teniendo una finalidad precisa, y siendo el principal límite al legislador la causalidad de la extinción, la exención de la alegación de un motivo real y serio no puede extenderse más allá de lo necesario. En este sentido, no resulta posible establecer cuál es el límite más allá del cual se entiende como no razonable que se prolongue este periodo de manera universal, pero sí que no puede servir para inaplicar el principio de causalidad de la extinción del contrato de trabajo. Por ello, cuando se extienda por encima de los niveles marcados por la norma, habrá que atender a las circunstancias concretas del puesto de trabajo, que impidan el conocimiento en un momento anterior³⁵⁸.

En todo caso, la jurisprudencia sí que ha aclarado que la necesidad de evaluación mutua depende de la complejidad de la relación, y no de la duración del contrato, de modo que el solo hecho de que coincidan la duración del periodo de prueba y del contrato de duración determinada no constituye por sí misma una razón para entender que existe abuso de derecho³⁵⁹.

En la evolución legislativa reciente destaca el supuesto del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, introducido en la reforma laboral de 2012 y cuya única característica particular en relación al régimen laboral común –al margen de que sólo puede celebrarse por empresas de menos de cincuenta trabajadores– es precisamente en relación al periodo de prueba, donde dice la ley que “será de un año en todo caso”. De esta forma, el requisito *ad solemnitatem* que constituye el pacto expreso para la existencia del periodo de prueba³⁶⁰ queda notablemente diluido: siendo esta la modalidad contractual escogida por el empresario se excluye toda autonomía de la voluntad³⁶¹ y toda posibilidad de adaptación a las características del puesto concreto.

³⁵⁷ STS de 12 de noviembre de 2007 (R°4341/2006)

³⁵⁸ En este sentido, la última de las resoluciones citadas declara nulo el periodo de prueba de dos años de un Convenio Colectivo, por entender que la genérica referencia a la existencia de un periodo de formación, en el caso enjuiciado, no se compagina con el concreto puesto de trabajo. No cierra por tanto el TS la puerta a que se pudiera justificar en algún otro supuesto. En la STS de 20 de julio de 2011 (R° 152/2010) se estima igualmente abusivo –para el caso de otro trabajador perteneciente a la misma categoría de “grupo de ventas”– el periodo de prueba de un año en la siguiente versión del convenio colectivo de la misma empresa.

³⁵⁹ SSTs de 12 de julio de 1988 (RJ Az. 1988/5805) y de 4 de marzo de 2008 (R°1210/2007). Debe tenerse en cuenta que la limitación del periodo de prueba para contratos temporales introducida por el RD-L 16/2013 es supletoria de la negociación colectiva. En todo caso, incluso sin previsión convencional, puede darse la coincidencia de duraciones en contratos inferiores a un mes.

³⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Problemas Prácticos del periodo de prueba”, cit., pág. 189.

³⁶¹ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, *Revista de derecho social*, 59, 2012, pág. 96. Este autor, tras reconocer que esta es la interpretación generalizada, entiende que “existe una calculada ambigüedad legal, a partir de la cual no se deduce con claridad que la inserción de un periodo de prueba venga legalmente obligado”. En todo caso, él mismo señala que, el modelo oficial para esta clase de contrato –MOD PE 151 A(II)– incluye como cláusula segunda que “La

Ello plantea notables dudas acerca de su constitucionalidad³⁶², dado que la duración se extiende notablemente cualesquiera que sean las características del puesto de trabajo³⁶³, con lo que se desfigura la institución alterando la función económico-social del periodo de prueba³⁶⁴.

En este supuesto, ciertamente resulta difícil aceptar que concurren argumentos que justifiquen que en todos los casos exista un motivo para fijar en cero el factor indemnizatorio. Junto a ello, aparece un riesgo de utilización desviado de esta figura, de modo que el fraude de ley operará en sentido inverso al habitual³⁶⁵: se encubre formalmente una contratación de duración determinada en una figura de contratación indefinida, con el objeto de eludir las compensaciones por terminación de la relación que corresponderían en ese caso³⁶⁶. Es cierto que desde una perspectiva puramente teórica es irrelevante, pues el ámbito de la extinción del contrato de trabajo no queda fuera del campo de aplicación del art. 6 CC, por lo que conforme al mismo se aplicará la ley que se ha pretendido eludir³⁶⁷. En la práctica, no obstante, existirán problemas de prueba, pues nunca se podrá presumir la mala fe. Por otra parte, el problema sólo existirá cuando la empresa haga uso de la facultad de desistir transcurrido un periodo extenso, pues si se notifica la no superación dentro del periodo de prueba que habría

duración del presente contrato será indefinida, iniciándose la relación laboral con fecha (...) y se establece un periodo de prueba de un año en todo caso”

³⁶² Pendiente de resolución de los recursos interpuestos Parlamento de Navarra (y más de cincuenta Diputados (Rº 5603/2012 y 5610/2012; BOE de 9 de noviembre de 2012) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 158, 2013.

³⁶³ Debe mencionarse al respecto la SJdS nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (procedimiento de despido nº 426/2013) en la que se enjuicia la terminación de un contrato de esta clase de un trabajador con la categoría de peón, cuyas funciones consistían en el traslado y apilamiento de neumáticos usados. El desistimiento por no superación del periodo de prueba se produjo una semana antes de cumplirse el año, y el Juzgado estima que el contrato de emprendedores es contrario a la carta, inaplicándolo por vulneración de la jerarquía normativa. Al margen de que posiblemente la vía de la cuestión de constitucionalidad se integra mejor en la lógica de nuestro sistema –no se trata de una mera selección de norma aplicable, que el TC ha estimado que corresponde a la jurisdicción ordinaria, sino una consideración de la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley por vulneración del art. 96 CE-, en el que el juez está sometido a la ley, el caso pone de manifiesto que existen evidentes oportunidades para el abuso de derecho, que a mi juicio habría sido una vía más correcta para impedir la conducta empresarial: no cabe duda que, en este caso, existe un ejercicio antisocial del derecho a la resolución durante el periodo de prueba, pues no parece que haya más motivos que evitar la fijeza efectiva del trabajador.

³⁶⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, cit., pág. 97.

³⁶⁵ Este problema potencia ya se puso de manifiesto hace tiempo, al analizar el posible uso desviado de la capacidad de la negociación colectiva para fijar la duración del periodo de prueba, estableciéndola de tal forma que no respondiera a su verdadera finalidad sino encubriendo una relación que realmente tiene naturaleza temporal ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma”, cit., pág. 249.

³⁶⁶ En este sentido, advierte del riesgo que supone este tipo de actuación LANZAS, J. A. DE, “El contrato indefinido de apoyo a emprendedores y su periodo de prueba”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 53/2013, 2013.

³⁶⁷ En este mismo sentido, ya se señaló esta posibilidad en relación al CFCL y la posibilidad de ocultar un despido por motivos disciplinarios en uno objetivo, a los efectos de abonar una indemnización calculada con el factor 33 en lugar de 45 (CRUZ VILLALÓN, J., “Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida”, cit., pág. 167).

podido fijarse con cualquier otro contrato, por estar dentro de los límites convencionales, la hipotética constitucionalidad de la norma sería irrelevante³⁶⁸.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que aunque hay cierto consenso en la literatura jurídica acerca de la desnaturalización del periodo de prueba y la absoluta desprotección del trabajador, también algunos autores han expresado sus dudas acerca de que la concurrencia de finalidades de fomento del empleo haga al menos discutible su inconstitucionalidad³⁶⁹.

4.3.2.- Factores indemnizatorios reducidos

Los factores indemnizatorios positivos que aquí se califican como reducidos responden a situaciones en las que el empresario actúa conforme a derecho, pero en las que, por algún motivo, el legislador decide hacerle soportar –al menos parcialmente– el coste que para el trabajador tiene la pérdida de su puesto de trabajo.

Siguiendo un orden ascendente de factores, debe comenzarse por la contratación temporal en interés de la empresa: fuera de los casos excluidos a lo que se ha hecho referencia en párrafos anteriores, el art. 49.1.c establece una indemnización por terminación del contrato temporal fijando el factor en doce, aunque debe tenerse en cuenta el régimen transitorio introducido por la reforma laboral de 2010 (contenido en la DT 13ª ET), con lo que sólo será de aplicación a los contratos celebrados con posterioridad al 1 de enero de 2015; a los anteriores, según su momento de celebración, se les aplicará un factor entre 8 y 11). Una vez que se complete esta senda transitoria –que no se estimó necesaria cuando en 2001 se pasó de un factor 0 a 8 sin efectos aparentes sobre su uso, tal y como se ha expuesto en el Capítulo II³⁷⁰– quedarán definitivamente igualados a los contratos celebrados por tiempo determinado en el marco de la puesta a disposición por ETTs, que desde su origen tuvieron este factor indemnizatorio (art. 11.2 LETT). Es de destacar en este último precepto cómo se pone de manifiesto el efecto descrito en el Capítulo I de interiorización de los costes de despido que suponen una transferencia directa al trabajador: la propia norma permite que la indemnización se prorratee a lo largo de la vida del contrato, de modo que queda claro que únicamente tendrá un efecto relevante sobre el empleo o cualquier otro aspecto cuando el salario que se hubiera pactado no fuera suficientemente superior al SMI.

³⁶⁸ En este sentido, STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (R° 1868/2013)

³⁶⁹ De “inconstitucionalidad de baja intensidad” se califica en SEMPERE NAVARRO, A. V., *Claves de la reforma laboral de 2012: estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2012, pág. 183. . En el mismo sentido, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Medidas para favorecer el empleo estable: El contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina (dirs.), *La Regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 80.

³⁷⁰ Ver en concreto el Gráfico II-12 en la página 159.

La razón de ser de este factor indemnizatorio es diversa: por una parte, ha servido (con poco éxito, como se ha expuesto ampliamente) como instrumento en la lucha contra la dualidad, al reducir la brecha de costes entre los trabajadores temporales e indefinidos. Por otra parte, como también se ha apuntado en el apartado anterior de este epígrafe, hay sobre los contratos de obra una probablemente justificada sombra de sospecha. El hecho de que en plena crisis de empleo como la actual sigan celebrándose cada mes cerca de medio millón de contratos por “obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa” y otros tantos por “circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos” no parece corresponderse con una realidad en la que la actividad económica se ralentiza notablemente. Como consecuencia de ello, aunque sin atreverse el legislador a equiparar costes –lo cual, como se expondrá en el siguiente capítulo no es una opción que pueda descartarse fácilmente– sí ha querido acercarse al factor previsto para los despidos por causas objetivas.

En todo caso, si se quiere buscar una argumentación estrictamente jurídica atendiendo a la naturaleza de la relación, pueden aportarse diferentes argumentos. Por una parte, aun cuando se conozca de antemano que el contrato tiene un objeto limitado en el tiempo –*certus an* pero no necesariamente *quando*–, el trabajador sufrirá un daño por la pérdida del empleo, aunque menor por el hecho de que el conocimiento de la propia temporalidad permite planificar mejor sus opciones vitales, lo que explica el menor nivel en relación a las extinciones de contratos indefinidos que se expondrán a continuación. Por otra parte –y esto lo diferencia de los contratos de interinidad o formativos– la razón de ser de estas modalidades se encuentra en un interés económico del empresario, que para satisfacer mejor las necesidades de su actividad productiva opta por esta vía. Por ello, está justificado que al menos parcialmente responda del sacrificio (en el sentido que lo usa DÍEZ PICAZO al que antes se ha hecho referencia) de la pérdida del empleo.

Finalmente, es necesario hacer referencia a los supuestos en los que el legislador fija en veinte el factor indemnizatorio: los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas (causas previstas en los arts. 51 y 52 ET) y aquellos en los que ante una modificación de elementos importantes del contrato (su ubicación, art. 40 ET, o relacionadas con el objeto del mismo, art. 41 ET) es el trabajador quien insta la resolución. En ambos casos, el empresario actúa dentro de los márgenes que le concede la ley, y aun así es obligado a indemnizar: se trata del equilibrio al que llega el legislador tras la ponderación de la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho al trabajo (art. 35CE)³⁷¹. Además, la justificación de que el empresario deba asumir parte

³⁷¹FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, cit., pág. 66.

del coste deriva de la propia esencia del contrato de trabajo: la ajenidad en los riesgos, una de las notas caracterizadoras del mismo conforme al art. 1 ET, exige que aun cuando no haya culpa del empleador en la necesidad de amortizar puestos de trabajo o alterar el contenido esencial de la relación laboral, deba asumir las consecuencias. Y ello, desde una perspectiva económica, tiene pleno sentido: dado que es quien se encuentra en la mejor posición para evitar dichos riesgos, debe atribuírsele la responsabilidad.

En estos supuestos aparece por primera vez el tope indemnizatorio, que supone un máximo que no podrá superarse en ningún caso, y que limita la responsabilidad empresarial. Se ha indicado más arriba que una justificación puede encontrarse en el hecho de que el tiempo de servicio acumulado llegado un momento puede dejar de incrementar el perjuicio, tanto en términos de capital humano como en lo relativo al valor intrínseco del puesto de trabajo. Sin embargo, si ese fuera el único elemento en el que encuentra sentido el tope, debería ser único para todas las extinciones de contratos indefinidos –en los temporales, dada su corta duración y su menor factor, no se alcanza el límite, por lo que remitirse a topes en esos casos sería superfluo– y no es así. En efecto, mientras que en los casos de despidos y movilidad geográfica el máximo legal se fija en doce mensualidades de salario, en el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo se limita a nueve, y en todos los casos es menor, como se verá en los supuestos en los que se aplica el factor indemnizatorio máximo. La función de esta distinción es la de equilibrar el perjuicio de las alternativas a las que se enfrenta el trabajador: la modificación de sus condiciones de trabajo supone ciertamente una alteración de lo pactado y, por tanto, al menos desde la perspectiva jurídica, un perjuicio por incumplimiento del contrato; la modificación de condiciones de trabajo afecta además a la esfera personal del trabajador, que se ve obligado a trasladar su domicilio, con lo que los daños se extienden más allá de lo estrictamente profesional. Esto justifica que la responsabilidad del empresario que lo propone se equipare a la extinción. Los efectos de estos topes afectan, en realidad, al factor antigüedad (o más propiamente tiempo de servicio), pues a partir de cierto tiempo no aumentará la indemnización. Sin embargo, el momento en que este tope se alcance está íntimamente relacionado con el factor indemnizatorio, pues cuanto mayor sea este antes se alcanzará el máximo. En este caso, como se aprecia en las simulaciones del Capítulo V³⁷², se alcanza a tras algo más de 18 años³⁷³ cuando se trate de un despido o extinción por movilidad geográfica, mientras que si el trabajador extingue su

³⁷² Particularmente, el Grafico V-13

³⁷³ Matemáticamente se alcanzan las 12 mensualidades en los 18,25 años; con la interpretación del cómputo del prorrateo por meses, cada día supone computar la mensualidad entera, con lo que se alcanzará el tope a los 18 años, dos meses y un día de servicios prestados.

contrato ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo se produce algo antes de los 14 años³⁷⁴.

4.3.3.- El factor máximo: la improcedencia o penalización por antijuricidad

El sistema de indemnizaciones por despido se cierra en nuestro ordenamiento jurídico con el factor indemnizatorio (y su respectivo tope) previsto para los supuestos en que la conducta empresarial se considera antijurídica. En este caso, no plantea demasiadas dificultades determinar la razón de ser de la aplicación del máximo rigor indemnizatorio: es la respuesta del ordenamiento ante un incumplimiento: cuando no se cumplan los requisitos materiales (causalidad) o formales analizados más arriba, se aplicará el factor 33 con el tope indemnizatorio de 24 mensualidades, que se alcanza en algo más de 22 años. Igualmente, en supuestos en los que es el trabajador el que impulsa la extinción por motivos no ajustados a derecho (art. 50 ET) o de especial protección (cláusula de conciencia), se aplican el factor y tope de mayor intensidad.

Debe tenerse en cuenta que tras la reforma de 2012 existe un régimen transitorio que previsiblemente producirá efectos durante varias décadas, contenido en la DT 5ª L 3/2012, modulando el paso del sistema anterior, en el que el factor indemnizatorio con carácter general era de 45 y el tope se fijaba en 42 mensualidades –factor 33 y tope de 24 mensualidades en el CFCE en caso de despido por causas objetivas improcedente. Conforme a la misma, se establece un sistema de cálculo que pretende conservar la expectativa de derecho de los trabajadores contratados con anterioridad a la entrada en vigor de la reducción de factor y tope indemnizatorio (12 de febrero de 2012).

Desde una perspectiva económica, no tiene otra justificación que reducir los costes de despido, lo que en una lógica coasiana³⁷⁵ supone una transferencia de “derechos de propiedad” sobre la continuidad del empleo del trabajador al empresario, pero en ningún caso puede estimarse como una medida de fomento del empleo: aun si se admitiera que este tipo de indemnizaciones tan fácilmente trasladables al salario tienen un efecto negativo sobre la contratación, en nada afectará la reducción del factor de las relaciones preexistentes a la ley. De hecho, si tiene algún efecto será el de aumentar los despidos, pues pasan a tener un precio menor, o idealmente a reducir los salarios para reflejar el nuevo equilibrio³⁷⁶.

En una visión jurídica, el modelo encuentra mejor acomodo: por una parte, respeta la llamada teoría de los derechos adquiridos, que aunque pueda tener un engarce con el principio de seguridad jurídica, no tiene rango constitucional, y en todo

³⁷⁴ En concreto, 13 años y nueve meses.

³⁷⁵ Por el teorema de Coase, expuesto más arriba en el Capítulo I.- 1.2.2.-B.-

³⁷⁶ Este efecto dependerá de dinámicas de la relación laboral, que harán más sencillo o más complejo –y por tanto costoso– ajustar el contrato a la nueva asignación de “derechos de propiedad” sobre el empleo.

caso difícilmente puede hablarse de auténticos derechos adquiridos cuando la obligación de abonar la indemnización nace de un hecho posterior (el despido³⁷⁷). Por otra, y quizá aquí está el elemento clave, se trata de evitar el problema de las dobles escalas dinámicas, esto es, la generación en paralelo, en un mismo momento temporal, de derechos diferentes por el hecho de haber comenzado la relación laboral antes o después de determinada fecha, aunque no está claro que el rigor con el que deba aplicarse la doctrina empleada tanto por el Tribunal Supremo como el Constitucional³⁷⁸ deba ser el mismo en el caso de una norma con fuerza de ley, como es esta, que en relación a los convenios colectivos, que es sobre la que se argumentó aquella³⁷⁹.

La forma de cálculo de la indemnización para los que en ese momento ya tenían un contrato en vigor y su despido sea calificado como improcedente, parte de tomar por separado los dos tramos: el anterior a dicha fecha y el que comienza en la misma, pues aunque la ley se refiera al posterior, debe entenderse así, pues ese es el día en que entró en vigor el RD-L 3/2012. Para el primer periodo se aplicará el factor 45, y jugará un doble tope: si es igual o superior a 720 días de salario, esa será su indemnización, con el límite de 42 mensualidades, cualquiera que sea el tiempo que preste servicios con posterioridad hasta el momento del despido. Si con el periodo anterior a la fecha indicada no alcanzara este tope, a la cantidad así calculada se le sumará la que corresponda el factor 33 al tiempo de servicio prestado desde la fecha de delimitación, con el mismo límite de 720 días. Esta regla se aplicará también a los CFCI en caso de despido disciplinario improcedente, supuesto en el que bajo la legislación previa se reconocía el factor ordinario de 45.

El primer elemento que sorprende es la utilización de un límite en días de salario en lugar de mensualidades. Se ha dicho que es debido a una mera intencionalidad política de ocultar el hecho de que a los trabajadores antiguos se les aplicará el nuevo tope³⁸⁰, que como se ha señalado es de 24 mensualidades de salario; en todo caso, resulta ciertamente disfuncional, de acuerdo con las reglas de cálculo señaladas más arriba, pues el salario diario que se emplea como factor se computa a partir del importe de una anualidad, dividido entre 365, por lo que 24 mensualidades de salario –se midan desde donde se midan– siempre sumarán al menos 730 días (731, si coincidiera un febrero bisiesto), y no 720. Por ello, la indemnización máxima que podrá

³⁷⁷ En términos estrictos, la obligación de indemnizar nace en el momento de la opción por esta vía en lugar de la readmisión; sin embargo, la seguridad jurídica sí que exige que a los hechos se les aplique la normativa vigente en el momento de producirse.

³⁷⁸ SSTC 27/2004 y 104/2004, SSTS de 12 de noviembre de 2002 (R^o4334/2001), de 22 de julio de 2008 (R^o 69/2007), de 17 de noviembre de 2009 (R^o 12/2009), entre otras.

³⁷⁹ GOERLICH PESET, J. M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2010, págs. 80-81.

³⁸⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos...”, cit., pág. 283.

recibir un trabajador contratado el 11 de febrero de 2012 es inferior a quien lo fuera el día 12 del mismo mes y año en diez días de salario. Es cierto, en todo caso, que se trata de una cuantía de poca importancia (aproximadamente 1,37% del monto total), pero carece de razonabilidad desde la perspectiva jurídica.

Una segunda disfuncionalidad, expresamente recogida por la ley, es la derivada del doble cómputo de los periodos inferiores a un año anteriores a la reforma: aunque este efecto no se refiere al factor y tope indemnizatorio, sino al cómputo del factor tiempo de servicio, la forma de “prorratear por meses” –que como se ha explicado implica aumentar un mes por cada día adicional– hará que la suma de “tiempos de servicio” sea superior a la que habría resultado de computarlo de una sola vez. Volviendo al ejemplo anterior, el contratado el 11 de febrero de 2012 esta vez se verá beneficiado: incluirá en su indemnización un sumando por un mes entero de servicio con el factor indemnizatorio más elevado (45). En todo caso, puede hacerse exactamente la misma valoración: la diferencia en dinero no será significativa, pero resulta una arbitrariedad de difícil justificación.

Al margen del nivel concreto que resulte aplicable a cada trabajador en función del inicio de su relación laboral, la coherencia jurídico económica del sistema se logrará si (y solo si) en todos los casos previstos, la ley dota de los incentivos necesarios para que el coste soportado por el empresario sea mayor ante un incumplimiento que cuando actúa conforme a las previsiones legales. La diferencia entre factores indemnizatorios es, como puede apreciarse, relativamente pequeña: 13 unidades que suponen que el despido procedente suponga aproximadamente un 60% del improcedente en términos de la parte indemnización factorial: este diferencial aumenta, en el límite, hasta el 100% por efecto de los topes, pero sólo cuando el factor tiempo de servicio sea relativamente elevado el resultado final presentará diferencias significativas en términos de dinero. En definitiva, el elemento disuasorio aparece ciertamente difuminado³⁸¹.

Para reforzar este argumento debe recordarse aquí que, con carácter general, la omisión de formalidades –que conforman gran parte de los costes no factoriales– determina simplemente la improcedencia y no la nulidad: en algunos casos, como el del preaviso, se sustituye por su equivalente en metálico. La consecuencia es que el empresario que intenta actuar de acuerdo con la legalidad pero comete algún error (omite requisitos formales o yerra –en la percepción de los órganos judiciales que lo valoren– en la calificación de los hechos como causas) habrá incurrido en una serie de costes (los que se han denominado no factoriales), con lo que su cuantía esperada puede llegar a ser mayor que si directamente, omitiendo toda formalidad y todo

³⁸¹ DESDENTADO BONETE, A., “El despido, la crisis y la reforma laboral”, cit., pág. 7.

esfuerzo explicativo de la existencia de una causa de despido acorde a derecho, hubiera optado por un despido con causa ficticia (posiblemente disciplinaria, por evitar los costes del preaviso) con reconocimiento de la improcedencia³⁸².

Es preciso, por último, hacer mención especial al incidente de no readmisión³⁸³ para el caso de trabajadores que legal (salvo representantes de los trabajadores), contractual o convencionalmente tengan el derecho de opción y hayan elegido la readmisión o supuestos en que lo haga el empresario pero no la lleve a efecto (art. 281.2.b LRJS). Prevé la ley para este caso, cuando la readmisión no se haya producido o haya tenido lugar irregularmente, que el juez declare extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución –con efectos constitutivos, por tanto–, condenando al empresario a abonar además de la indemnización legal, dos adicionales: los salarios de tramitación entre la notificación de la sentencia que por primera vez declaró la improcedencia hasta la extinción por orden judicial, y otra, fijada “en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular”, computadas con un factor indemnizatorio 15 y un tope de doce mensualidades. Se trata por tanto de un supuesto en el que se mantiene la discrecionalidad judicial limitada para valorar el daño, pero utilizando la misma fórmula factorial para establecer el margen superior de la cantidad que puede reconocerse.

³⁸² En este sentido, PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, cit., pág. 151.

³⁸³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, cit., pág. 57.

Capítulo V.- **MODELOS ALTERNATIVOS Y SU IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA**

1.- LA NECESIDAD DE PROPONER ALTERNATIVAS

La dramática situación del mercado de trabajo español podría conducir a la conclusión precipitada de que el elevado desempleo hace necesario establecer un régimen normativo diferente al vigente; sin embargo, no puede ignorarse que sin cambios sustanciales en el régimen jurídico las fluctuaciones en el empleo han sido ciertamente notables. Resulta evidente que el nivel de desempleo actual no ha sido causado por el legislador y difícilmente podrá solventarse desde un boletín oficial, pero también es ingenuo pensar que el marco jurídico es neutral al funcionamiento del mercado de trabajo¹.

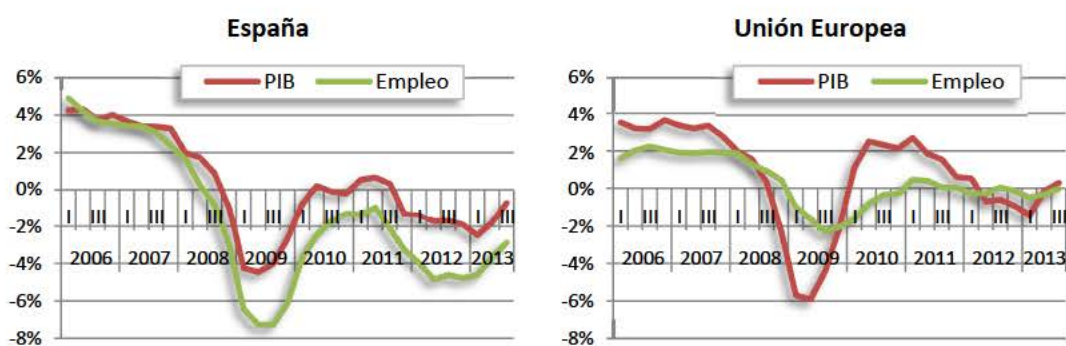
La *reforma laboral permanente*, en afortunada expresión del profesor PALOMEQUE, no parece haber hallado solución a dos aspectos (entre otros que no son objeto de esta investigación) que hacen del mercado de trabajo Español un caso prácticamente único en nuestro entorno y que están muy correlacionados: la alta volatilidad del empleo y la elevada temporalidad de nuestra economía.

El Gráfico V-1 muestra con claridad como en España el empleo (es decir, el número total de ocupados) presenta –sobre todo en la recesión– variaciones mucho más intensas que el Producto Interior Bruto, mientras que en el conjunto de la Unión Europea el número de personas ocupadas mantiene una senda mucho más estable.

¹ DEL REY GUANTER, S., “Reflexiones en torno a la posible adaptación del marco regulatorio del mercado de trabajo y de las relaciones laborales.”, *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, 20, 2009.

El diagnóstico sobre los problemas del mercado de trabajo no parece generar excesiva controversia; las tasas de temporalidad superiores al 30% al inicio de la crisis y hoy próximas al 25% (ver Gráfico V-8 más adelante o el Gráfico II-5 en el Capítulo II) demuestran como el ajuste se ha realizado esencialmente sobre los trabajadores temporales, al menos en la primera fase de la crisis. Se han expuesto a lo largo de esta investigación los perniciosos efectos de la temporalidad y las múltiples medidas para combatirla. El análisis que sirve a una de las propuestas que se analizan en este capítulo² no ha sido discutido por quienes han entrado a analizar su viabilidad jurídica³ e incluso entre quienes han sido abiertamente críticos con ella⁴.

Gráfico V-1: Variación interanual del PIB y del total de población ocupada en España y la UE



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat

Las propias exposiciones de motivos de las dos últimas grandes reformas laborales coinciden en el diagnóstico: La ley 35/2010 se refiere sin ambigüedades a “la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico” y al impacto de la crisis sobre los trabajadores temporales, al tiempo que reconoce que la razón de la destrucción de empleo hay que buscarla primeramente en la caída de la actividad productiva. La Ley 3/2012, por su parte, es mucho más prolija en detalles, pero con una línea argumental semejante: “La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales”.

Evidentemente, muchos son los aspectos mejorables de la regulación laboral, y es cierto que están interrelacionados. Como acertadamente se ha señalado, es una

² DOLADO, J. J. Y FELGUEROSO, F. (DIRS.), *Propuesta para la reactivación laboral en España*, Fedea, Publicación electrónica, 2010.

³ Así se ha dicho que “acierta plenamente en el diagnóstico (LAHERA FORTEZA, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2010, pág. 120). En otros análisis se acepta implícitamente, pues no suele hacerse referencia a él.

⁴ Así se reconoce que “parte de un diagnóstico sobre la evolución del empleo que compartimos en términos generales, y que subraya la importancia de la temporalidad” en SUÁREZ CORUJO, B. Y POZO SEN, A. DEL, “El contrato único o la manzana de Blancanieves”, *eldiario.es*, accedido en http://www.eldiario.es/zonacritica/contrato-unico-manzana-Blancanieves_6_84401568.html.

tendencia entre los expertos en el mercado de trabajo (ya sea desde la óptica jurídica, la económica o la sociológica) centrar la discusión en el despido, olvidando otros aspectos no menos relevantes⁵. Sin embargo, la atracción que genera esta institución está justificada, pues determina el poder de las partes en la relación de trabajo –de poco servirán las normas que protejan al trabajador en sus condiciones laborales si puede ser despedido en caso de no aceptar los cambios– y como se ha visto en el Capítulo I, tiene indudables efectos sobre la contratación. El estudio y propuesta de reformas en otros ámbitos (flexibilidad interna, negociación colectiva, políticas de empleo, protección social...) es necesario y complementario al régimen del despido, pero no es este el lugar para llevar a cabo ese ejercicio.

Centrando la atención sobre los aspectos regulatorios y el funcionamiento de las instituciones jurídicas, la propia doctrina iuslaboralista ha reconocido la existencia de disfunciones, que hacen que el ajuste de plantillas a menudo se produzca “a través de despidos individuales improcedentes, acogiéndose los empleadores a la opción de reconocer la improcedencia de su decisión y depositando la cuantía de la indemnización”⁶ o más genéricamente que “las reglas laborales, y en concreto, las normas sobre contratación y sobre despido, algo tienen que ver con las notorias insuficiencias y disfunciones de nuestro mercado de trabajo”⁷.

Por ello, se reconoce la necesidad de introducir cambios significativos para evitar que la recuperación del empleo –cuando llegue– se realice por la vía de la contratación temporal, manteniendo la estructura dual de nuestro mercado de trabajo⁸. Como señaló DESDENTADO BONETE, el sistema deja bastante que desear en términos de equidad –es más barato despedir a quien menos tiempo lleva en la empresa–, poco ajustado a la realidad –lo que conduce al uso desmedido del despido improcedente– e insuficiente para reparar el daño del despido⁹.

Las críticas al sistema de despido español han traspasado el debate nacional¹⁰: en un reciente documento analizando la reforma laboral de 2012, la OCDE recomienda al Gobierno una mayor convergencia en los costes de terminación del contrato de trabajo para temporales y permanentes “especialmente mediante la reducción de los

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2010, pág. 118.

⁶ *Ibid.*, pág. 102.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Sobre el contrato de trabajo «único»”, cit., pág. 6.

⁸ DEL REY GUANTER, S., “Reflexiones en torno a la posible adaptación del marco regulatorio del mercado de trabajo y de las relaciones laborales.”, cit.

⁹ DESDENTADO BONETE, A., “El despido, la crisis y la reforma laboral”, cit., págs. 6-7.

¹⁰ Sin que merezcan mayor atención, han sido diversas las propuestas desde ámbitos empresariales para reducir el coste del despido (sobre todo el improcedente). Una enunciación de las principales puede encontrarse en PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Las propuestas del despido en el contexto de una crisis económica: una aproximación crítica”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 302-304.

costes de indemnización por terminación para las grandes empresas con el objetivo de alinearlos con la media de la OCDE y los países europeos”¹¹. En la misma línea, la misión de observación del FMI en su Declaración de Conclusión de las llamadas “consultas del artículo IV” para 2008 recomendaba –entre otras muchas cuestiones– la reducción de la segmentación mediante la igualación de los costes de despido “en un nivel bajo” para promover la contratación y la movilidad¹²; en el informe para el año 2010 expresamente se aconsejó una reducción de las indemnizaciones “al menos” hasta la media europea, con un crecimiento más gradual conforme a la antigüedad¹³. El mismo documento para 2011, aunque reconoce avances en este sentido (por la reforma laboral de 2010) insiste en la necesidad de reducir la indemnización para hacer más atractiva la contratación¹⁴; en el año 2012, en cambio, no insiste en esta recomendación e indica que se aprecian algunos efectos positivos en este sentido, de acuerdo con la reducción de costes de despido operada por la reforma laboral de dicho año, pero en el último, para el año 2013, vuelve a ponerse el acento en la dualidad del mercado de trabajo español. Así, se recomienda profundizar en la reforma laboral, proponiendo “la reducción del número de contratos, basándose en un contrato indefinido con un coste inicialmente bajo y progresivamente creciente con la antigüedad” o alternativamente, fijar las indemnizaciones en la media europea, limitar la capacidad de control jurisdiccional sobre los despidos y ampliar el ámbito subjetivo del contrato de apoyo a los emprendedores¹⁵.

Como puede apreciarse, con la excepción del último informe, no se trata de recetas muy ambiciosas, sino que insisten en la idea –por lo demás no contrastada empíricamente, como se ha puesto de manifiesto en el Capítulo I– de que la reducción de los costes de despido es eficiente por sí misma.

Aunque son innumerables las propuestas de regulación alternativas de despido que se han realizado, se han escogido dos por su particular concreción, su carácter de alteración radical del sistema y su repercusión en España. La primera de ellas es el llamado modelo austriaco, sobre el que el legislador prestó atención en la reforma de 2010, aunque quedó huérfano de desarrollo posterior. Este sistema tiene la ventaja de ser un modelo real, puesto en práctica en una economía y con una década de rodaje, lo que permite conocer mejor sus consecuencias.

¹¹ BASSANINI, A. Y MESTRES, J. (DIRS.), *The 2012 Labour Market reform in Spain: a preliminary assessment*, OECD, París, 2013, pág. 9.

¹² FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2008 Article IV Consultation - Staff Report*, FMI, Washington, D.C, 2009, pág. 39.

¹³ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2010 Article IV Consultation - Staff Report*, FMI, Washington, D.C, 2010, pág. 20.

¹⁴ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2011 Article IV Consultation - Staff Report*, FMI, Washington, D.C, 2011, pág. 26.

¹⁵ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2013 Article IV Consultation*, FMI, Washington, D.C, 2013, pág. 13.

El segundo modelo analizado es el llamado contrato único, propuesto formalmente en 2009 por 100 prestigiosos economistas –aunque existían formulaciones anteriores– y que ha recabado gran atención (con posiciones a favor y en contra) desde diferentes ámbitos políticos y académicos. Así, tanto desde el FMI, como acaba de señalarse, como desde instituciones comunitarias, se han dirigido recomendaciones hacia su adopción.

Finalmente, tras el análisis de las ventajas e inconvenientes de uno y otro, se cierra este capítulo –como aportación al debate– con una propuesta alternativa que trata de dar respuesta a los problemas detectados en el sistema vigente, evitando los que se señalan de las propuestas alternativas,.

2.- EL FONDO DE CAPITALIZACIÓN O MODELO AUSTRIACO

2.1.- El modelo original y sus efectos

En el año 2002, Austria llevó a cabo una innovadora reforma de su sistema de terminación del contrato de trabajo. El punto de partida en este país –que ni era ni es parte del Convenio 158 de la OIT, aunque sí se le aplican los límites de derecho comunitario (vid. Capítulo III)– presentaba una importante particularidad, puesto que la indemnización por despido únicamente se preveía para los trabajadores que tuvieran una antigüedad de al menos tres años en la empresa, conforme al esquema que se presenta en el Gráfico V-2 como área escalonada.

Dicho sistema de despido, introducido en Austria en los años 20 para los trabajadores de cuello blanco, inicialmente sólo preveía indemnizaciones para los supuestos de despido sin justificar, pero en los años 70 se modificó notablemente, por cuanto que se extendió a todos los trabajadores y se incluyó la obligación de abono de la indemnización para los trabajadores que, voluntariamente, abandonaran la empresa para pasar a una situación de jubilación¹⁶.

El régimen de despido vigente en el tiempo de plantearse la reforma, muy similar al alemán, se configura de un modo intensamente causal: es necesario que concurra una causa suficientemente seria, sin la cual la decisión extintiva carece de validez, con lo que la sanción es la readmisión, si bien en la práctica lo más habitual –antes y después de la reforma, pues esta no se refiere a la motivación del despido sino a la consecuencia del mismo– en los relativamente pocos asuntos que se llegan a

¹⁶ KLEC, G., “Flexicurity and the reform of the Austrian severance-pay system”, *ETUI-REHS, European Economic and Employment Policy Brief*, vol. 4, 2007, pág. 2.

judicializar, es el pacto con indemnización¹⁷, para la que se tienen en cuenta parámetros de antigüedad y salario pero sin que tenga carácter tasado, lo que permite mayor flexibilidad al tiempo que genera cierta inseguridad jurídica¹⁸.

Este modelo, como fácilmente puede comprenderse, es fuente de dos distorsiones importantes en el mercado de trabajo. El esquema citado genera fuertes incentivos al empleador a reducir en lo posible la duración de los contratos para evitar que alcancen los tres años, o en su caso evitar que pasen al siguiente escalón, lo que no tendrá un efecto demasiado importante porque sólo resultará de aplicación en los casos en los que exista una causa seria para el despido. Por otra parte, desde la perspectiva del trabajador, el cambio de empleo cuando ya se ha permanecido en una empresa durante el tiempo suficiente supone un coste de oportunidad muy elevado: no sólo se renuncia, como ocurre en el actual modelo español, a la antigüedad ganada con la correspondiente expectativa de indemnización, sino que se entra en una empresa en la que el coste de despido durante tres años será nulo. Se entendía que el sistema suponía una penalización excesiva para el trabajador que abandonaba la empresa¹⁹. En todo caso, estas indemnizaciones se trataban contablemente como costes salariales, de modo que las empresas dotaban anualmente al menos la mitad de los potenciales costes por despido que debían afrontar, lo que en la práctica suponía una reducción de la base imponible en su tributación por beneficios empresariales²⁰. Además, dada la alta rotación en los primeros años, entre el 85% y el 88% de los asalariados no percibía indemnización alguna²¹.

Como alternativa a este sistema se estableció un innovador esquema conforme al cual el empresario aporta una cuota del 1,5377% del salario cada mensualidad a un determinado fondo, abierto a nombre de cada trabajador, desde que nace la relación laboral (excepto el primer mes, que está exento²²). Esta aportación es acumulada e invertida por Cajas de Prevención Laboral (denominadas como MKV, como abreviatura del alemán *Mitarbeitervorsorgekasse*) y supervisadas por la Administración, siendo elegidas por acuerdo entre el empresario y el Comité de Empresa o en su defecto por el primero²³. Al finalizar la relación laboral por despido sin culpa del trabajador o por mutuo acuerdo, éste puede optar -siempre que se hayan realizado aportaciones por su

¹⁷ HOFER, H., "The Severance Pay Reform in Austria («Abfertigung Neu»)", *CESifo DICE Report*, vol. 5, 4, 2007, pág. 42.

¹⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Informe sobre la regulación del despido en Europa", *Temas Laborales*, 99, 2009, págs. 278-281.

¹⁹ TRAXLER, F., "Reform of severance pay under discussion", 2001, accedido en <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2001/06/inbrief/at0106220n.htm>.

²⁰ HOFER, H., "The Severance Pay Reform...", cit., pág. 43.

²¹ ADAM, G., "Parliament passes reform of severance pay", <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2002/07/inbrief/at0207201n.htm>, 2002.

²² HOFER, H., "The Severance Pay Reform...", cit., pág. 44.

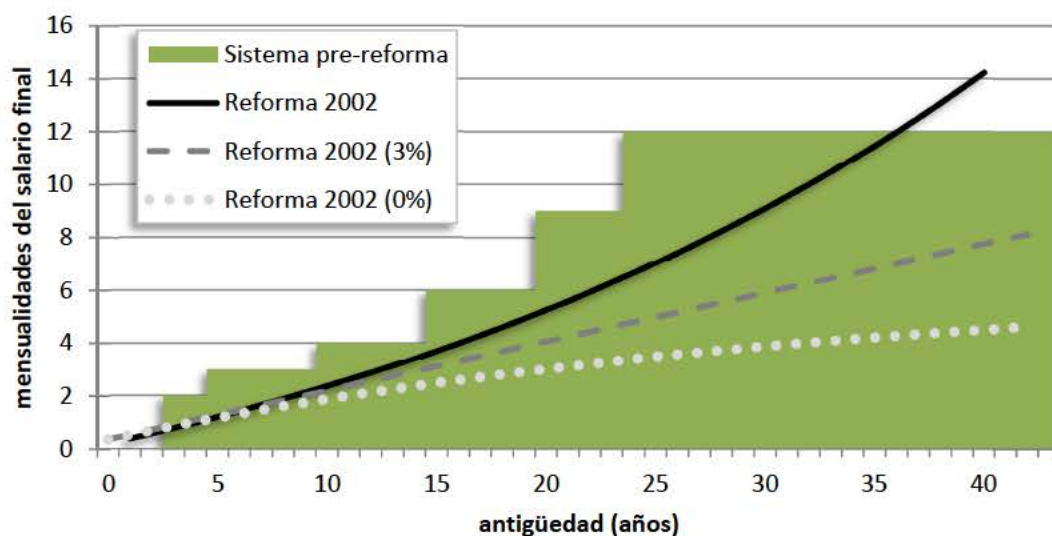
²³ VELASCO PORTERO, M. T., "Los sistemas alemán y austríaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España", *Actualidad laboral*, 14, 2010, pág. 1660.

trabajo durante al menos tres años- por cobrar su participación en el fondo, trasladarla a un fondo de pensiones o por mantenerla. En éste último caso, podrá optar por que su fondo permanezca vinculado al mismo MKV o bien por que se lleve al de su nuevo empleador. La MKV tiene obligación de garantizar que, al menos, no se produzca una rentabilidad nominal negativa, o lo que es lo mismo, que el trabajador perciba, por lo menos, una cantidad igual a la suma de las aportaciones empresariales.

La principal particularidad del modelo austriaco se encuentra en que la indemnización por despido no es una mera expectativa, condicionada a la efectiva terminación del contrato por voluntad empresarial: se configura como un verdadero derecho de devengo constante, que acrece el patrimonio del trabajador. La causa de terminación de la relación laboral afecta única y exclusivamente al poder de disposición del trabajador sobre las cantidades que durante la relación laboral ha aportado el empresario. En los supuestos en los que generalmente otros sistemas con protección del empleo excluyen el pago de indemnizaciones –supuestos de dimisión, abandono, despido con culpa– el legislador austriaco no priva al trabajador del derecho a percibir la cantidad aportada por el empresario, sino que simplemente la pospone. Aunque el trabajador que renuncia a su puesto de trabajo voluntariamente (para irse a otro o por cualquier otra razón) no tiene ningún poder de disposición sobre el fondo, éste seguirá beneficiándole, de modo que tendrá derecho a las cantidades acumuladas cuando sea efectivamente despedido o eventualmente en su jubilación. Incluso en el caso en que el trabajador abandone el mercado de trabajo austriaco (por salir de la población activa o por trasladarse a otro país), conservará sus derechos, y cuando transcurran cinco años podrá acceder al dinero acumulado con su respectivo rendimiento.

Desde la perspectiva empresarial, la adopción de este sistema implica que en ningún caso el empresario tendrá que afrontar el pago de suma alguna como consecuencia del despido de un trabajador, al tiempo que éste no verá mermados sus derechos por el hecho de abandonar la empresa para incorporarse a otra distinta, lo que obviamente facilita la movilidad y, consecuentemente, la flexibilidad del mercado laboral. Además, para los trabajadores supone, en comparación con el sistema anterior, una extensión subjetiva de la protección y una mayor libertad para cambiar de empleo sin costes al tiempo que, como regla general, también una reducción en la cuantía de las indemnizaciones. No obstante, no debe confundirse este hecho con el efecto sobre el coste total que las mismas supongan, pues al ser preceptivo aportar la citada parte del salario en todo caso, el resultado supone unos costes elevados.

Gráfico V-2: Esquema de indemnizaciones por despido en la legislación austriaca previa y posterior a la reforma



Fuente: Koman et al.²⁴

Se presume un incremento salarial constante del 3% anual y una rentabilidad del fondo también constante del 6% (línea continua). Las líneas intermitente y punteada representan los casos de rentabilidades menores (3% y 0% respectivamente)

El nuevo régimen austriaco llamó pronto la atención de diversas instituciones internacionales, haciéndose mención del mismo en sus recomendaciones más o menos explícitas para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo²⁵, hasta el punto de ser calificado como un “ejemplo interesante de la evolución radical de un sistema basado en la relación de trabajo tradicional entre un trabajador y una empresa a su sistema más global basado en un fondo de ayuda a los trabajadores a nivel nacional”²⁶.

La calificación jurídica del pago que recibe el trabajador no es clara, pues no puede considerarse propiamente como indemnizatoria cuando su abono lo realiza una entidad que no ha causado el daño y que no opera como aseguradora, toda vez que su función se limita a la de depósito e inversión de las cantidades que aporta el

²⁴ El gráfico se adapta –asumiendo los supuestos que se explican en el texto más adelante– del presentado en KOMAN, R.; SCHUH, U. Y WEBER, A., “The Austrian Severance Pay Reform: Toward a Funded Pension Pillar”, *Empirica*, vol. 32, 3, 2005, pág. 259. La información de la escala indemnizatoria vigente antes de la reforma se ha consultado también en HOFER, H., “The Severance Pay Reform...”, cit., pág. 42; HOFER, H.; SCHUH, U. Y WALCH, D., “Effects of the Austrian Severance Pay Reform”, en Robert Holzmann, Milan Vodopivec (dirs.), *Reforming severance pay: an international perspective*, World Bank, Washington, D.C., 2012, pág. 192; KLEC, G., “Flexicurity and the reform of the Austrian severance-pay system”, cit., pág. 1.

²⁵ KOK, W. ET AL., *Jobs, jobs, jobs: creating more employment in Europe*, 2003, pág. 33; OECD, *OECD employment outlook*, cit., pág. 75.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, Comisión Europea, 2006, pág. 11.

empresario, con total y absoluta independencia de la antijuricidad de su conducta e incluso de la existencia de daño. No obstante, ello no produce especiales problemas prácticos, toda vez que está clara su normativa e incluso su tratamiento fiscal, en función de cuándo decida el trabajador disfrutar de las aportaciones que se han hecho a su favor. Se trata por tanto, simplemente, de una cantidad a la que tiene derecho por la razón de haber prestado servicios, que no se configura como salario y que es independiente de que exista o no lesión a su patrimonio como consecuencia de la conducta del empleador, que puede que ni siquiera haya sido quien decida extinguir la relación, sin que ello afecte a la existencia ni a la cuantía del fondo. Es decir, más que de una indemnización por despido nos encontramos ante una forma de previsión social a largo plazo, pues se desvincula total y absolutamente de la causa de terminación del contrato²⁷.

En todo caso, si el momento del rescate del fondo es el de la jubilación, la cantidad percibida está exenta fiscalmente, con un tipo fijo del 6% en caso de redención anticipada²⁸, con lo que al margen de las dudas jurídicas, económicamente se configura sin lugar a dudas como un salario diferido, que además resulta -desde esa perspectiva- más favorable para el trabajador que su percepción actual, pues obtiene una cantidad neta superior al no tener que soportar la carga impositiva.

Si el régimen salarial no se viera afectado –lo que en el largo plazo es una asunción probablemente poco realista– la cantidad obtenida por el trabajador será mayor o menor dependiendo de diferentes parámetros. Así, para el caso del trabajador que cambia en varias ocasiones de empresa voluntariamente y nunca es despedido, el nuevo régimen es sustancialmente más favorable. Por el contrario, en el caso de quien mantiene una relación laboral con una única empresa y es despedido tras un largo periodo, la comparación no es tan positiva. En este caso, dependerá por una parte de cuál haya sido la senda de crecimiento de su salario, pues mientras que en el régimen anterior a 2002 la indemnización se calculaba sobre la retribución en el momento del despido²⁹, en el nuevo sistema las aportaciones se realizan conforme al percibido en cada mensualidad, como cualquier otra cotización a cargo del empresario. Por otra parte, dependerá también de la rentabilidad del fondo, pues las cantidades aportadas en cada momento van generando intereses que se capitalizan. Así, en el Gráfico V-2 se presenta con una línea continua la cantidad que percibiría un trabajador que, o bien por permanecer en una misma empresa, o bien por cambiar de trabajo sin rescatar su fondo (por imposibilidad legal o por voluntad), incrementa su salario en un 3% anual y cuyo fondo de capitalización rinde un 6% cada ejercicio. Estos supuestos,

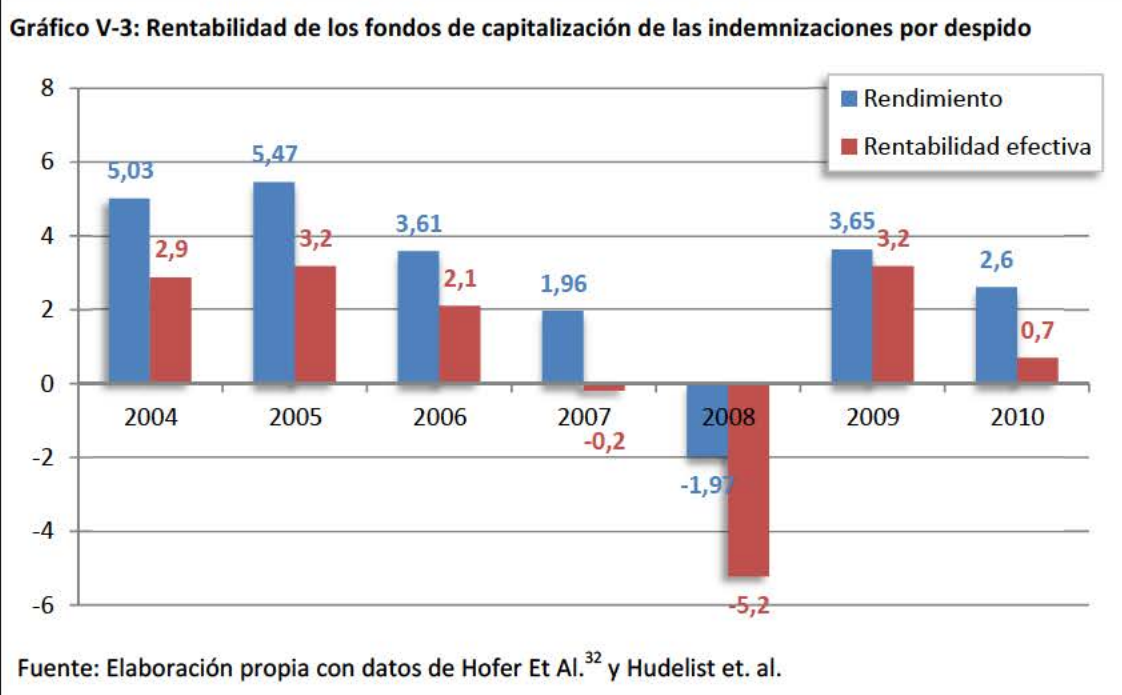
²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pág. 38.

²⁸ HOFER, H. ET AL., “Effects of the Austrian Severance Pay Reform”, cit., pág. 181.

²⁹ VELASCO PORTERO, M. T., “Los sistemas alemán y austríaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España”, cit., pág. 1660.

tomados del análisis *ex ante* de KOMAN ET AL.³⁰ se refieren a incrementos en términos reales, esto es, descontando la inflación, y asumiendo, según indican los autores, los niveles proyectados por los propios agentes sociales en la negociación de la reforma. Con tales parámetros, a partir de 37 años de aportaciones sin rescate –en ese caso habría que deducir la rentabilidad de la cantidad percibida por el trabajador– el nuevo esquema supera al antiguo.

Al margen de previsiones teóricas, transcurrida ya una década desde la puesta en marcha del nuevo sistema –se aplica a los nuevos contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2003– se han realizado algunos análisis de sus efectos que merece la pena atender. Particularmente, el reciente informe publicado por el Banco Mundial contiene un capítulo específicamente dedicado a los efectos de la reforma austriaca³¹, de donde se toman la mayor parte de los parámetros citados a continuación. Dado que con el régimen anterior existían importantes incentivos para evitar que las relaciones laborales se extendieran demasiado en el tiempo, no puede sorprender que el número de trabajadores a los que les resulta de aplicación sean ya una amplia mayoría: a finales de 2008 eran ya dos tercios del total de asalariados.



Un primer aspecto relevante es la comprobación del cumplimiento de la ambiciosa rentabilidad proyectada, pues si ya era difícil de alcanzar sin más restricciones, está condicionada por la necesidad de mantener políticas de inversión

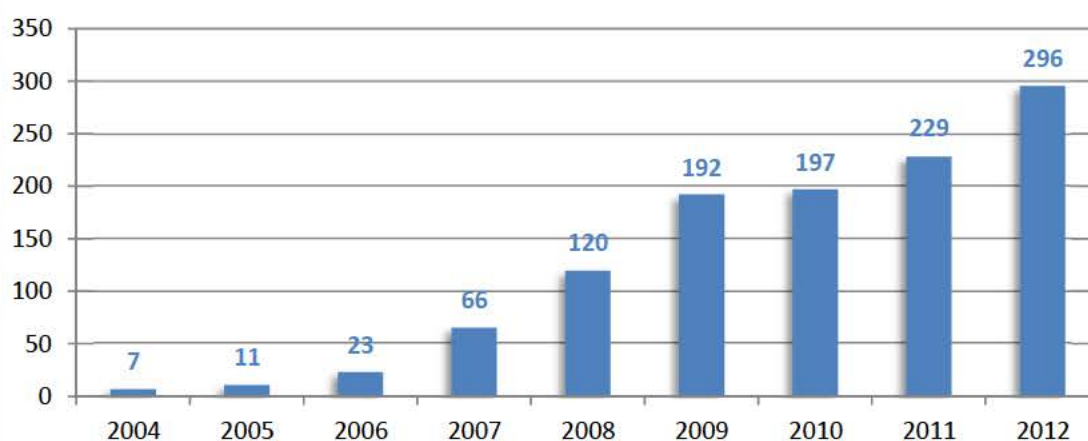
³⁰ KOMAN, R. ET AL., “The Austrian Severance Pay Reform”, cit., págs. 258-262.

³¹ HOFER, H. ET AL., “Effects of the Austrian Severance Pay Reform”, cit.

³² *Ibid.*; HUDELIST, S.; LAZIC, S. Y MUM, D., “Abfertigungskassen in Österreich”, pág. 7.

conservadoras –el capital aportado debe estar garantizado– y la de disponer de liquidez de, al menos, una parte de los fondos para responder de las reclamaciones de los trabajadores que terminaran su contrato en alguno de los casos señalados más arriba³³. El resultado puede verse en el Gráfico V-3: ni siquiera en los primeros ejercicios –que por su proximidad al momento del acuerdo respondían mejor a la coyuntura prevista– alcanzaron la rentabilidad nominal esperada por los agentes sociales. Si se tiene en cuenta la inflación, la evolución del valor de los fondos es aún menos positiva: en promedio, la rentabilidad nominal ha sido de aproximadamente el 3%, lo que descontada la inflación resulta en niveles positivos pero muy reducidos.

Gráfico V-4: Retiradas de capital del Fondo de capitalización del despido (millones de euros)



Fuente: Betriebliche Vorsorgekassen (BVK)³⁴

Por otra parte, las retiradas de fondos han sido crecientes (Gráfico V-4), de modo que a partir de 2006, cuando comenzaron a producirse las extinciones de contrato con derecho a optar por mantener la cantidad en el fondo o cobrarlo³⁵, la segunda opción fue progresivamente más intensa. De hecho, los datos para 2006 muestran como el 88% de los trabajadores que tuvieron ocasión de hacerlo, optaron por obtener el dinero y no mantenerlo para una futura jubilación³⁶ –el fortalecimiento del llamado segundo pilar era uno de los objetivos de la reforma³⁷– lo que por otra parte tiene una importancia menor por cuanto que la rentabilidad, como se ha expuesto, fue notablemente menor de lo esperado: la comparación mostrada en el Gráfico V-2 pone de manifiesto que, en todo caso, la percepción por los trabajadores con estos niveles

³³ *Ibid.*, pág. 182.

³⁴ https://www.wko.at/Content.Node/betrieblichevorsorgekassen/Statistiken_Downloads.html

³⁵ Marginalmente, en situaciones excepcionales como el fallecimiento o la jubilación, se produjeron también algunas retiradas, pero como puede apreciarse, de escasa cuantía.

³⁶ HOFER, H. ET AL., “Effects of the Austrian Severance Pay Reform”, cit., pág. 182.

³⁷ Al respecto, ver KOMAN, R. ET AL., “The Austrian Severance Pay Reform”, cit., en el que se critica, desde un análisis teórico y de proyección, la insuficiencia de las aportaciones, que los autores entienden que deberían alcanzar el 5% para suponer la aportación necesaria a los fondos privados de pensiones.

de rendimiento son notablemente inferiores que con el sistema previo: al ser escasa la recapitalización de intereses el resultado no se ve alterado notablemente por la retirada del capital. Queda por tanto constatado que la aportación fijada del 1,5377% (que en lógica del modelo español correspondería a un factor indemnizatorio de 5,61) es insuficiente para mantener el nivel de indemnización que existía en el anterior sistema para un trabajador que desempeñara toda su carrera en la empresa –no debe olvidarse que en el régimen previo la jubilación también generaba derecho a indemnización–, pero es preciso atender a otros efectos buscados por la reforma.

La protección de la totalidad de los asalariados era una de las cuestiones que pretendía resolverse con esta ley, y resulta claro que los trabajadores con antigüedades menores a tres años mejoran notablemente, aunque sea a costa de otros que alcanzan una mayor antigüedad. Sin embargo, existía junto a esta perspectiva que puede denominarse social, otra dirigida a mejorar la eficiencia del mercado de trabajo mediante un incremento de la movilidad. En este sentido, los datos analizados por HOFER ET AL. muestran que los efectos de la reforma son muy reducidos: la evidencia demuestra que sólo hay efectos relevantes en la movilidad para los trabajadores con mayor antigüedad, con más intensidad en mujeres que en hombres, pero en todo caso modestos³⁸. La explicación a esta falta de reacción del mercado puede deberse, como indican los autores, a que se sobrevalorara la importancia de los incentivos financieros adversos del régimen precedente, de forma que la antigüedad de menos de cinco años –que por la disponibilidad de datos en el momento del estudio y el tiempo transcurrido es la que puede evaluarse– no suponía un verdadero freno para la movilidad de los trabajadores.

Esta experiencia permite extraer algunas conclusiones que pueden ser útiles para la propuesta de nuevos modelos y para la evaluación de la posibilidad de implantación de un sistema inspirado en el austriaco en otras economías, particularmente en la española. En primer lugar, debe revisarse la generosidad de las aportaciones, de modo que realmente pueda generar un capital razonable, y debe limitarse el rescate de las aportaciones para facilitar las políticas de inversión de los gestores a más largo plazo. Por otra parte, aunque no se ha destacado en la literatura, cabe subrayar que las cantidades aportadas no se pierden ni aun en caso de conductas graves del trabajador, lo que puede generar incentivos negativos e incrementar el coste del sistema para las empresas³⁹.

³⁸ HOFER, H. ET AL., “Effects of the Austrian Severance Pay Reform”, cit., pág. 192.

³⁹ En este sentido CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F. Y GARCÍA-PÉREZ, J. I., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, *Fedea. Estudios Económicos*, 6-2011, 2011, pág. 11. En ese trabajo se desarrollan las ventajas y desventajas del sistema en términos similares a los aquí expuestos.

Los aspectos positivos, sin embargo, no quedan enteramente anulados. La implantación de este sistema evita el problema de añadir un coste adicional de ajuste a las empresas que sufren una situación económica negativa; además, cumple la función de aseguramiento frente al desempleo de las indemnizaciones por despido, sin introducir distorsiones en el medio plazo: salvo supuestos marginales de trabajadores en el salario mínimo, el esquema de aportaciones fijas a un fondo facilita enormemente la toma en consideración del coste como una cantidad objetiva y fácilmente determinable por ambas partes en el momento de una negociación salarial, por lo que –como se ha expuesto en el Capítulo I– toda ineficiencia podrá ser absorbida. La cara opuesta de esta seguridad se encuentra en una parte del efecto contracíclico de la legislación de protección del empleo: es cierto que los trabajadores seguirán teniendo a su disposición una cantidad de dinero para suavizar la caída de su consumo, pero esta se producirá de todos modos y la decisión marginal de despedir no tiene ningún coste económico directo. Así, la modificación de condiciones, la adaptación de puestos de trabajo o la realización de inversiones con cierto grado de riesgo pueden aparecer como una respuesta menos conveniente para el empresario.

2.2.- Los amagos de su incorporación a España y sus potenciales efectos

2.2.1.- La disposición final 2ª del RD-L 10/2010 y sus sucesivas modificaciones

En el año 2010, con una tasa de paro que superaba el 20% y que se había duplicado en apenas dos años, la reforma laboral iniciada por el RD-L 10/2010, en cuyas disposiciones adicionales y finales se anticipaban diversas modificaciones normativas, se contiene una referencia explícita a este tipo de sistemas. En concreto, la DF2ª –que sin cambios en el contenido pasó a ser la DA10ª de la Ley tramitada–, bajo el título de “fondo de capitalización”, establecía que:

“El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley⁴⁰, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo.

El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012”.

⁴⁰ En la ley se concretó esta referencia, estableciendo el 18 de junio de 2010.

Dejando al margen la eficacia jurídica práctica de esta disposición –lo único que dispone es la elaboración de un proyecto de ley, e incluso esto es de difícil exigibilidad en su cumplimiento, pues si el proyecto presentado no se ajusta a lo ordenado, la eventual ley aprobada tendrá fuerza suficiente para derogar –incluso tácitamente– la disposición de referencia–, varios aspectos merecen ser destacados.

En el mismo orden establecido por la estructura gramatical, sorprende en primer término la forma de financiación, pues no se indica el mantenimiento de los costes laborales, sino que expresamente se prohíbe que genere cotizaciones adicionales, al tiempo que se ordena la reducción del factor indemnizatorio en un número “equivalente al que se determine para la constitución del Fondo”. No se especifica, por tanto, de dónde puede proceder el dinero necesario para esas aportaciones, pero sí a quien no puede corresponder: al empresario. En consecuencia, conforme al tenor literal de la disposición, sólo puede estar soportada por los trabajadores o por dinero de naturaleza pública, ya se trate de la Seguridad Social o de los Presupuestos Generales del Estado u otra administración territorial o instrumental: precisamente en el régimen transitorio de la reforma se otorgó este papel al FOGASA, organismo al que se encomendó que se hiciera cargo de parte de las indemnizaciones por despido para nuevos contratos indefinidos extinguidos, al menos, tras un año de vida⁴¹.

El segundo aspecto que llama la atención es el destino de las cantidades aportadas a la cuenta del trabajador, pues junto a supuestos de extinción del contrato (despido, jubilación), se prevé la formación y la movilidad geográfica, sin especificar si se refiere a situaciones dentro o fuera de la relación laboral⁴².

Sin embargo, a los efectos de esta indemnización, el aspecto que mayor interés presenta es posiblemente el último inciso del segundo párrafo. En él se prevé la reducción de la indemnización –por la vía de minorar el factor indemnizatorio– en igual cantidad a la que se aporte al fondo. Dejando al margen la ya indicada cuestión de quién debe financiarlo, esta previsión implica un aumento de los costes laborales (sin perjuicio de su eventual subvención), puesto que mientras que en la actualidad únicamente se han de pagar esos días de salario por año de servicio a quienes son despedidos (o finalizan un contrato temporal de los que hemos calificado de “sospechosos” en el capítulo anterior), con el sistema alternativo de inspiración austriaca este pago se haría a todos los trabajadores. Así, entre 2007 y 2010 la tasa de despido –definida como el porcentaje de trabajadores asalariados con contrato

⁴¹ Esta previsión, contenida en la DT 3ª L35/2010, fue derogada por la reforma laboral de 2012. Inicialmente estaba previsto que se mantuviera hasta la entrada en vigor del fondo de capitalización, aunque posteriormente se señaló como tope el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que debía adoptarse alguna clase de decisión sobre aquel.

⁴² Sobre esta cuestión, realicé un análisis que puede resultar de interés en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, cit., págs. 258-260.

indefinido que es despedido— osciló entre un mínimo del 5,7% en el primero de los años indicados (cuando aún se creaba empleo) y un 10% en 2009, un año particularmente malo para el empleo indefinido⁴³.

Las dificultades tanto técnicas como políticas para su implantación llevaron al gobierno a plantear el tema en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 3 de febrero de 2011 por el Gobierno y las principales organizaciones sindicales (CCOO y UGT) y empresariales (CEOE y CEPYME). Fruto del mismo se procedió a la creación de un grupo de expertos de consenso⁴⁴ que estimó que el coste de puesta en marcha supondría —con la destrucción de empleo indefinido en 2009, que se consideraba máxima⁴⁵— aportaciones por valor de unos 937,5 millones de euros por cada unidad de reducción del factor indemnizatorio. Así, la cantidad necesaria para cubrir los ocho días de salario por año de servicio que parecía apuntar la Ley 35/2010, alcanzaría los 7.500 millones de euros, mientras que la reducción de costes de despido sería sólo de 560 millones⁴⁶. El coste de implantación del sistema en estos términos sería, según los cálculos de los expertos citados, de 2,7 puntos de cotización a la Seguridad Social, el 1,47% de la remuneración total de los asalariados o el 0,74% del PIB, lo que les lleva a concluir que, dadas las limitaciones establecidas, convendría relajar algunas de las previsiones legales y en todo caso posponer la entrada en vigor hasta que mejore la situación económica, momento en el que por otra parte entiende que los recursos necesarios serían aun excesivos⁴⁷.

Como consecuencia de estas valoraciones, el gobierno en el RD 10/2011⁴⁸ dio nueva redacción a la DA10ª L 35/2010, previendo que durante el primer semestre de 2013 se desarrollara un proceso de negociación con los agentes sociales “sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de Ley” en esta materia. De este modo, dejó de ser una previsión real para convertirse en una mera posibilidad (sobre la que ciertamente podría haber negociado el gobierno sin necesidad de habilitación legal, por lo que resulta una norma ciertamente innecesaria), pero se mantuvieron las

⁴³ Los datos, procedentes del Servicio Público de Empleo Estatal, se toman de GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del grupo de expertos*, cit., pág. 21.

⁴⁴ En realidad, la designación fue fruto de un reparto de cuotas más que de consenso *stricto sensu*. Los nombrados fueron Esteban Rodríguez Vera y a José Ignacio Pérez Infante (Gobierno) Juan López Gandía y a Santos Miguel Ruesga Benito (organizaciones sindicales), Alberto Nadal Belda y Pilar González de Frutos (organizaciones empresariales).

⁴⁵ GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del grupo de expertos*, cit., pág. 22. Sin embargo, el recrudecimiento de la crisis ha hecho que en los años 2011 y 2012 la pérdida de empleo indefinido haya sido notablemente superior.

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 23.

⁴⁷ *Ibid.*, págs. 29-30.

⁴⁸ Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE de 30 de agosto de 2011)

notas características, ignorando las apreciaciones que en este sentido habían indicado los expertos.

Finalmente, aun cuando no se ha producido la derogación formal de esta norma, el cambio de gobierno tras las elecciones del 20 de noviembre de 2011 ha hecho caer en el olvido el fondo de capitalización, sin que se hayan llevado a cabo –al menos públicamente– las negociaciones previstas

2.2.2.- Posibilidades de implantación

En un plano propositivo, debe señalarse que la implantación del sistema en España, no obstante, puede realizarse sin atenerse a las limitaciones previstas por el legislador de 2010. En relación a la aportación al fondo, posiblemente lo más razonable sería mantener el coste esperado para los empresarios, de modo que la reducción del factor indemnizatorio fuera superior a dicha aportación. En este caso, lo que se produciría es una redistribución de renta de los trabajadores despedidos a los que no lo son: mientras que el coste laboral total no tendría por qué verse afectado, las cantidades percibidas por el trabajador en caso de despido se reducirían. Sin embargo, los trabajadores que abandonan la empresa por razones diferentes a las que hoy dan lugar a indemnización pasarían a obtener una cantidad de la que antes carecían, sin perjuicio de su falta de disponibilidad: son las situaciones de dimisión (con incorporación o no a otro puesto de trabajo), jubilación o despido disciplinario, así como las restantes causas de extinción del contrato que no conllevan indemnización previstas en el art. 49 ET.

Así, se han realizado de forma más o menos elaborada diferentes estudios con un modelo que, en este sentido, fuera más próximo al austriaco. De este modo, antes incluso de la reforma, quien después sería Ministro de Trabajo y Seguridad Social, analizando la viabilidad de la implantación del modelo austriaco en España afirmó que “la introducción de un sistema de seguro para la financiación del despido en España podría combinar dosis eficientes de flexibilidad y seguridad sin alterar los equilibrios básicos del modelo laboral español”⁴⁹ para lo que proponía una cotización de entre 0,3 y 0,5 puntos porcentuales de salario a cargo de empresario. Dicho cálculo se basaba en los costes de despido en el periodo 2004-2008, lo que obviamente le llevó a infravalorar el coste real de los despidos, toda vez que se trata de una fase claramente expansiva.

Otra perspectiva de interés es la que ofrecen, en comparación con el contrato único que se estudia a continuación, algunos economistas vinculados a la Fundación de

⁴⁹ GÓMEZ, V., “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 12, 2010, pág. 140.

Estudios Aplicados. En un cálculo técnicamente más desarrollado, que valora la evolución futura de la indemnización esperada para una muestra de población activa (empleados y parados) a finales de 2009 para un periodo de 10 años, basándose en datos de la Muestra Continua de Vidas Laborales, y computando la tasa de despido para el periodo 2002-2009. En sus estimaciones usan una aportación de 3 días de salario por año trabajado, reduciendo igualmente en tres unidades el factor indemnizatorio, aunque calculado siempre desde el máximo, pues parten de la hipótesis, cuando menos exagerada, de que todas las extinciones de contratos indefinidos que se producen por iniciativa del empresario abonan el factor indemnizatorio máximo, entonces de 45 días con carácter general y 33 días para los CFCI.

Debe señalarse, no obstante, que sustituir días de indemnización con una aportación al fondo no supone mantener al trabajador despedido en la misma situación, puesto que como se ha señalado anteriormente, las cuotas con las que se nutre la cuenta personal se calculan sobre el salario de cada uno de los años, mientras que la indemnización por despido se computa, como se ha visto en el capítulo anterior, sobre el salario presente, generalmente el más alto de la serie, al menos en términos nominales. En consecuencia, cuanto mayor sea la duración del contrato, más crecerá la diferencia entre la suma de las cuotas aportadas a su cuenta y la indemnización reducida que habría percibido sin la introducción del sistema austriaco.

Globalmente, la implantación del modelo austriaco sin más matices en España plantearía, en todo caso, varios problemas. En primer lugar, el hecho de que la decisión de despedir sea gratuita para el empresario –concurriendo la causa legal, pues de ninguna manera se puede asociar que el modelo austriaco implique un despido *ad nutum*⁵⁰–, al existir procedimientos de negociación y consulta en la adaptación de condiciones de trabajo que suponen un coste en sí mismas, generaría una importante distorsión al hacer más atractivo el despido frente al ajuste.

Por otra parte, sin que ello suponga en sí mismo un problema técnico (pero sí político, posiblemente), implica una redistribución de la renta desde los trabajadores que son despedidos hacia los que dimiten o se jubilan en su puesto de trabajo, así como en favor de los que están contratados bajo figuras temporales que no implican indemnización. De la misma forma, se genera una transferencia, posiblemente menos deseable, de las empresas que despiden menos a las que lo hacen más: se trata de una socialización del coste de despido para los empleadores –aportarán todos igual al fondo con independencia de que despidan más o menos– y una “desocialización”

⁵⁰ SELMA PENALVA, A., *El fondo de capitalización anunciado en la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo: aspectos básicos de su futura regulación jurídica*, Tirant lo Blanch ; Edit.um, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia; Murcia, 2012, pág. 79.

desde la perspectiva de los trabajadores: si ahora es un coste que soportan todos pero sólo reciben los despedidos –como se ha expuesto en el Capítulo I, el coste de despido se absorbe al menos parcialmente en forma de menores salarios–, con la introducción de un sistema austriaco todos los trabajadores obtendrían el mismo beneficio⁵¹.

Por último, debe señalarse que uno de los potenciales aspectos positivos de este sistema, que es el de complementar las pensiones del sistema público de jubilación, reforzando el llamado segundo pilar, tendría unos efectos no demasiado intensos: con una cotización del 1,47% –gasto promedio de las empresas española durante la década 2002-2012 en costes de despido–, un trabajador que prestara servicios ininterrumpidamente desde los 25 a los 65 años, con una rentabilidad del fondo que igualara la inflación, acumularía 13.153,73 euros, lo que supondría aproximadamente 6,3 mensualidades de su salario en el momento de la jubilación⁵².

3.- EL “CONTRATO ÚNICO” O “PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES”

3.1.- Configuración inicial y sucesivos cambios

En abril de 2009 se hizo público un manifiesto, firmado por 100 de los más prestigiosos economistas españoles, bajo el título “Propuesta para la reactivación laboral en España”⁵³, impulsado por la Fundación de Estudios Aplicados (FEDEA). En él, en relación a la dualidad temporal –el manifiesto recogía también propuestas relativas a la protección por desempleo, la negociación colectiva y las políticas de empleo, si bien estas han despertado menor interés– se proponía la eliminación de todas las modalidades contractuales a excepción del de interinidad, y la introducción de un “único contrato indefinido para todas las *nuevas contrataciones*, con una indemnización por año de servicio creciente con la antigüedad. La introducción de este contrato unificaría las causas del despido, manteniendo la tutela judicial para los basados en razones discriminatorias” (cursivas en el original). Esta idea se basa en la concepción de que los “saltos” en la indemnización (en el sistema español ocasionados por los distintos factores indemnizatorios) son perjudiciales para el empleo: como se ha expuesto en el Capítulo I, los efectos negativos de la temporalidad serán menores con una evolución suave de las indemnizaciones entre los diferentes trabajadores. Así, la noción del contrato único ya se había planteado en relación a otros países⁵⁴, y

⁵¹ CONDE-RUIZ, J. I. ET AL., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, cit., pág. 12.

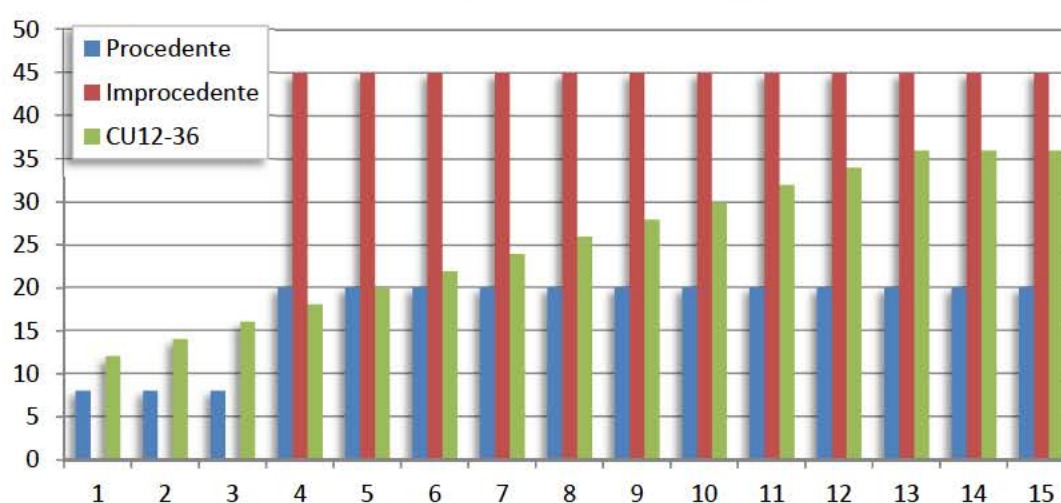
⁵² En euros constantes de 2011. La forma de cálculo, que se explica con detalle en el epígrafe cuarto de este capítulo, es una extensión de la que ya usé en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 112, 2011.

⁵³ Disponible en <http://www.crisis09.es/PDF/propuesta-reactivacion-laboral.pdf>

⁵⁴ Así, para Francia, se propuso un contrato único con una indemnización por despido del 10% de la remuneración bruta pagada por el empresario, complementada con una contribución de solidaridad para la reempleabilidad de los

particularmente el sistema de indemnizaciones crecientes se recoge preliminarmente, sin entrar aún en un análisis detallado de los efectos del mismo, en un trabajo anterior de BENTOLILA, DOLADO y JIMENO (que se encuentran entre los impulsores del manifiesto), en el que proponen incrementos cada cinco años de contrato, con una escala que comienza en 12 días de salario, para incrementarse en los siguientes años a 15, 20, 25 y llegar a un máximo de 36 a partir del sexto año, lo que estiman que mantendría el coste para un despido de un trabajador de 10 años de antigüedad⁵⁵.

Gráfico V-5: Comparación del régimen vigente en el momento de la propuesta con el CU inicial



Fuente: García Pérez⁵⁶

Debe tenerse en cuenta que la propuesta se hace antes de la reforma de 2010, por lo que las indemnizaciones por finalización de contrato temporal se fijaban con un factor indemnizatorio 8, y no 11 como en la actualidad (12 para los celebrados a partir del 1 de enero de 2015), y en el caso de los despidos improcedentes el factor era 54 (por 33 actual)

La concreción del modelo propuesto se produciría poco después en el libro electrónico de igual título⁵⁷, con un sistema de indemnizaciones basado en la misma fórmula factorial que se ha analizado, pero con un factor indemnizatorio creciente. Así, comenzaría en un nivel de 12 días de salario por año trabajado, aumentando en dos

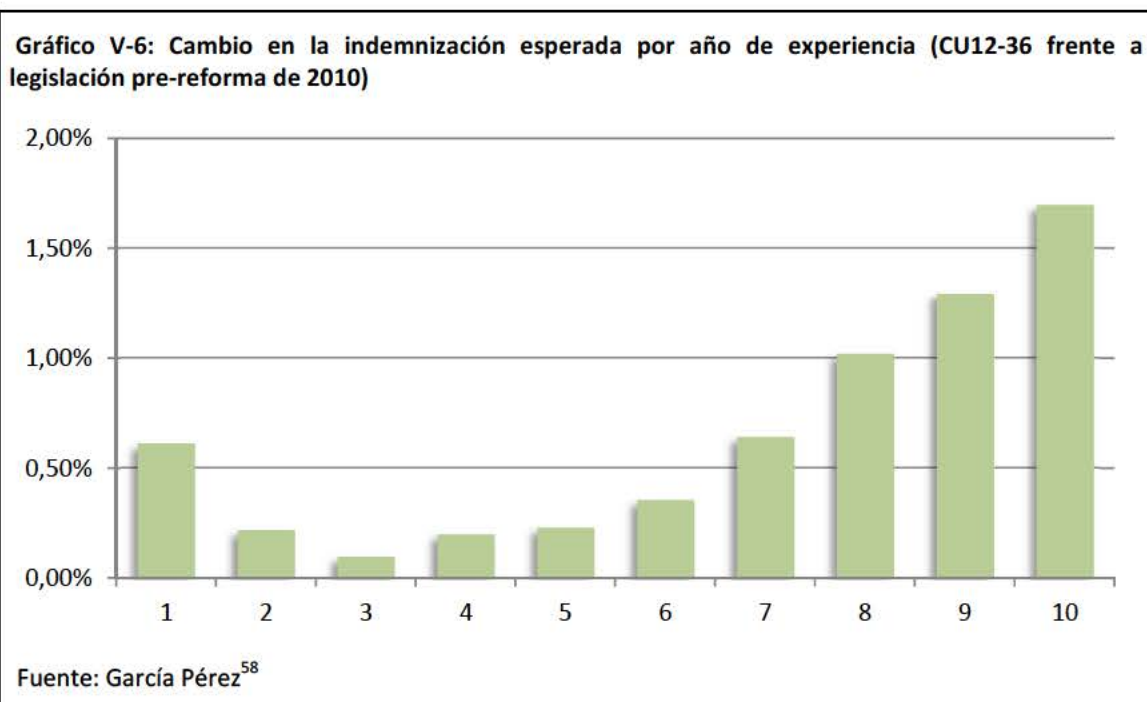
despedidos en BLANCHARD, O. J. Y TIROLE, J., "Contours of Employment Protection Reform", *MIT Department of economics Working Paper*, vol. 03-35, 2003; y posteriormente en CAHUC, P. Y KRAMARZ, F., *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle : rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale*, Documentation française, Paris, 2005, pág. 143 y ss. Una crítica al mismo puede leerse en MERLATEAU, J.-B., "El contrato de trabajo único: un reajuste de los derechos y obligaciones en materia de despido", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 2, 2007. Para Italia, se formuló una propuesta de un contrato único con indemnizaciones crecientes en BOERI, T. Y GARIBALDI, P., *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Milano, 2008.

⁵⁵ BENTOLILA, S.; DOLADO, J. J. Y JIMENO, J. F., "Two-tier employment protection reforms: The Spanish experience", *CESifo DICE Report*, vol. 4, 2008, 2008, págs. 55-56.

⁵⁶ GARCÍA PÉREZ, J. I., "¿Qué efectos tendría un contrato único sobre la protección del empleo?", en Juan José Dolado, Florentino Felgueroso (dirs.), *Propuesta para la reactivación laboral en España*, Fedea, Publicación electrónica, 2010, pág. 35.

⁵⁷ Concretamente el capítulo *Ibid.*, pág. 34. Una primera edición se publicó a finales de 2009.

días cada año, hasta un máximo de 36 (por lo que se le puede dar la denominación “CU12-36”). La comparación con el régimen actual se basa en la consideración de que el trabajador entra en la empresa con un contrato temporal que a los tres años se transforma en indefinido ordinario. Los autores destacan que, como se ve en el Gráfico V-5, la senda de indemnizaciones tiene una evolución notablemente más suave, especialmente cuanto mayor sea la probabilidad de que el despido sea abonado (por calificación judicial o reconocimiento empresarial) como improcedente.



Los efectos estimados de esta propuesta son calculados de acuerdo a datos de la Muestra Continua de Vidas Laborales, considerando que la indemnización media esperada por despido se mantendría casi constante, y recogiendo el efecto que tendría sobre la duración del empleo la reducción de la temporalidad. De este modo, al incrementarse el coste de salida de los contratos temporales –cuyas tasas de despido para casi cualquier edad triplican a las de los indefinidos– y de los despidos objetivos procedentes de trabajadores con más de cinco años de antigüedad, se compensa la reducción de los despidos improcedentemente. Aunque esta propuesta se hizo antes de la reforma de 2010, por lo que la comparación debería corregirse (aumento de coste de terminación para los temporales, reducción del de los improcedentes), conforme a su modelo aumentaría la indemnización esperada por año de experiencia (Gráfico V-6), pero los costes por despido podrían incluso llegar a descender, por el efecto de la menor rotación.

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 38.

En cuanto a otros efectos, cabe señalar que en términos de estabilidad en el empleo supondría una importante ventaja para los trabajadores jóvenes; diez años después de la entrada en vigor de la reforma, el incremento de duración del contrato esperado para algunos grupos de edad superaría el 50%; aunque en conjunto el efecto esperado sería positivo, los trabajadores de más de 35 años (especialmente los hombres) serían los menos beneficiados, pues el incremento esperado de la duración sería menor y sus indemnizaciones en caso de despido serían iguales o ligeramente menores en promedio en comparación con las que habrían obtenido con el sistema legal previo⁵⁹. En defensa de este modelo, algunos de sus impulsores han comparado el coste que para un empresario tendría la contratación de un trabajador que va a estar en la empresa diez años, tras lo cual es despedido⁶⁰. Partiendo implícitamente de la total falta de control de la causalidad en la temporalidad (que es difícil de objetar a la vista del volumen de su contratación) y del pago del factor indemnizatorio de 45 en el momento de despido (lo cual era relativamente frecuente antes de la reforma de 2012), puede compararse el coste de contratar a un trabajador temporal por dos años y posteriormente convertirlo en indefinido, frente a la contratación de cinco trabajadores temporales. Con un salario constante, el coste despido del primero sería de 450 días de salario⁶¹, mientras que para los cinco temporales la indemnización por terminación de contrato sería de 192 días⁶², lo que implica una diferencia de 258 días, que supone un 70% del salario anual del trabajador que ocupa ese puesto de trabajo⁶³. Con en CU12-36 el trabajador indefinido percibiría una indemnización de 210 días de salario⁶⁴, mientras que si el empresario opta por contratar a los mismos cinco trabajadores por periodos de dos años el gasto total sería de 26 días por trabajador, o lo que es lo mismo, 130 días de salario: la diferencia ahora es de poco más del 20%, por lo que las ganancias de productividad que genera el trabajador con su experiencia posiblemente compensarían ese coste.

A raíz de esta propuesta y otras similares, se han planteado algunos modelos teóricos que concluyen que el contrato único tiene efectos positivos tanto en duración

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 38-39.

⁶⁰ BENTOLILA, S.; DOLADO, J. J. Y JIMENO, J. F., "Reforming an insider-outsider labor market: the Spanish experience", *IZA Journal of European Labor Studies*, vol. 1, 1, 2012, págs. 19-20.

⁶¹ Los autores indican erróneamente que serían 376, pues calculan por separado la indemnización del periodo de contrato temporal e indefinido. En la legislación vigente, como se ha visto en el capítulo IV, se computa la totalidad del tiempo de servicio en la indemnización por extinción del contrato indefinido (siempre que exista una continuidad en la relación laboral), incluso aunque se haya abonado la compensación por terminación de contrato temporal. En todo caso, tras la reforma de 2012, el importe sería de 330 días.

⁶² En este caso, la cifra también difiere de la presentada en la obra citada, pues ellos toman como referencia la indemnización de 8 días de salario por año de servicio vigente en el momento en que se planteó la reforma, y yo he usado la de 12 días actualmente vigente.

⁶³ Con los cálculos de los autores, supone un 80%, pero eso no altera en lo sustancial sus conclusiones.

⁶⁴ El resultado de sumar 12 días por el primer año, 14 por el segundo... y 30 por el décimo.

esperada del empleo como en términos de tasa de desempleo⁶⁵, aunque no se incorpora la posibilidad de calificación del despido, que como inmediatamente se verá, ha sido asumida por los propios proponentes del modelo, y que en todo caso existe en el modelo de origen.

Las críticas en torno a la ausencia de causalidad en la terminación del contrato de trabajo por voluntad del empresario dieron lugar a un segundo modelo de contrato único con una doble escala indemnizatoria⁶⁶, al que se le dieron otras denominaciones como “contrato para la igualdad de oportunidades”⁶⁷ o simplemente “contrato laboral con indemnizaciones crecientes” (CIC)⁶⁸.

Al margen de las variaciones nominales, el nuevo sistema propuesto divide el régimen indemnizatorio en una doble escala, que igual que en el contrato inicial crecería a un ritmo de dos días de salario cada año. Aunque puede entenderse que aparece en el modelo original⁶⁹, ahora se expresa claramente que el método de cálculo no es similar al que actualmente se aplica, pues no se multiplica el factor por el salario actual, sino que se aplica el factor indemnizatorio correspondiente a cada uno de los años. Lo que no queda claro, sin embargo, es la forma de cálculo en el caso (frecuente) de que el salario no sea igual durante todos esos años, pues cabría entender tanto que se trata de una especie de aportación ideal a un fondo realizada cada año (obviamente no se desembolsa hasta el momento del despido, aunque posiblemente si fuera razonable su provisión contable) como que simplemente se calcula el número total de días que corresponden y se multiplican por el salario día del momento del despido.

Dejando a un lado este problema interpretativo –que posiblemente se resuelve en la segunda de las formas planteadas– la escala propuesta comienza en 8 para el despido procedente y 12 en el improcedente, con el máximo de 20 y 33 respectivamente. Consecuentemente, el esquema propuesto en este CIC es el que se presenta en el Gráfico V-7, que muestra también las indemnizaciones percibidas por un trabajador en la actualidad en caso de despidos procedentes e improcedentes.

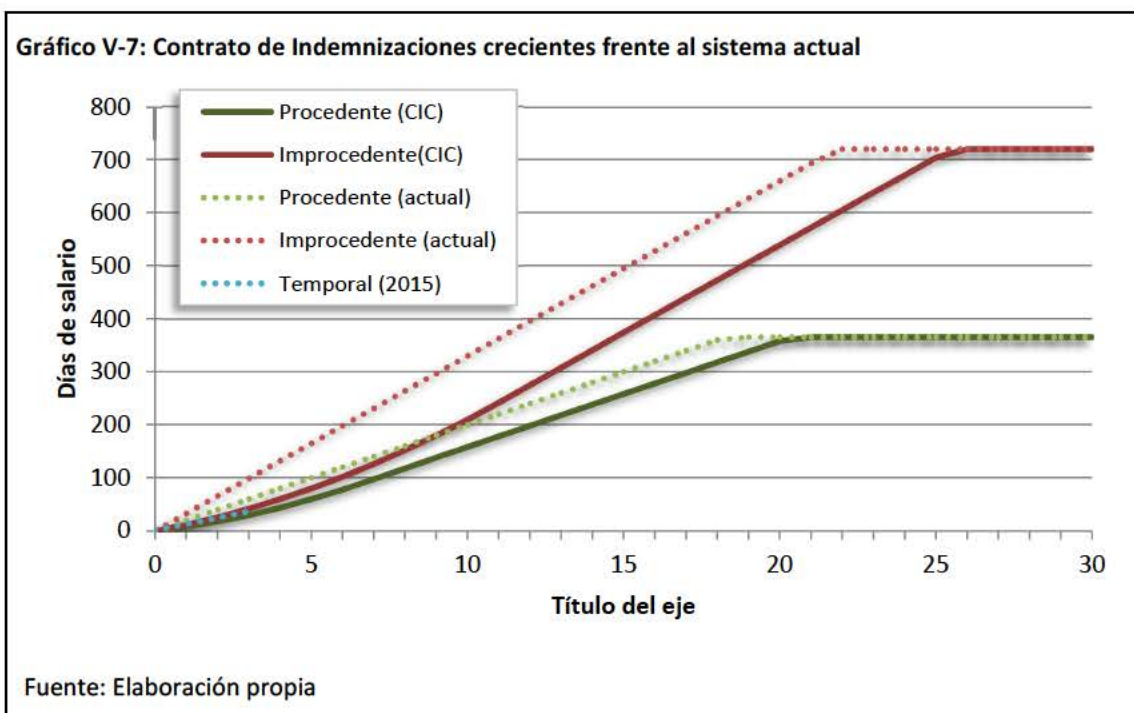
⁶⁵ GETE, P. Y PORCHIA, P., “A Real Options Analysis of Dual Labor Markets and the Single Labor Contract”, *SSRN Scholarly Paper*, 2013.

⁶⁶ Descrito en BENTOLILA, S., “Las modalidades de contratación tras la reforma del mercado de trabajo de junio de 2010”, *Seminario «La reforma de la reforma laboral. Perspectivas económica, jurídica y política» Fedea, Madrid*, 2010, págs. 6-7.

⁶⁷ CONDE-RUIZ, J. I., “Por un contrato de igualdad de oportunidades”, *eldiario.es*, 2012.

⁶⁸ BENTOLILA, S., “El contrato con indemnizaciones crecientes explicado a los niños”, *Nada es Gratis* (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=5368>), 2010, 2010, accedido en <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=5368>.

⁶⁹ Sí se especificaba en la primera referencia de 2008, cuando se afirmaba en el modelo 8-25 que la indemnización del trabajador de 10 años de antigüedad alcanzaría los 260 días de salario (8+12+15+20+25= 80 días por los cinco primeros años más 36*5=160 días por los cinco siguientes)(BENTOLILA, S. ET AL., “Two-tier employment protection reforms”, cit., pág. 56).



Los autores no especifican si en el modelo CIC de doble escala seguirían siendo de aplicación los topes indemnizatorios; en la elaboración del gráfico se ha partido de la hipótesis de que sería así, pues en otro caso se incrementaría excesivamente el coste de despido de trabajadores de más antigüedad. El resultado presenta la ventaja de suprimir los incentivos a la dualidad, y aunque no hacen referencia a la causa de extinción, como ya se ha dicho, no resulta demasiado complejo argumentar que existe una causa objetiva para terminar el contrato cuando cesa el pico de necesidad de mano de obra que justifica un contrato eventual o termina la obra o servicio en que estaba empleado el trabajador (salvo que comiencen otras). Por otra parte, el incremento de la indemnización percibida por un trabajador temporal en el sistema actual es ciertamente reducida: comienza exactamente en el mismo nivel, por lo que su ganancia al cabo de tres años –máximo previsto con carácter general para el contrato de obra o servicio– es de un total de seis días de salario; un trabajador indefinido, por el contrario, al cabo de esos mismos tres años, obtiene una indemnización de exactamente la mitad del importe (treinta días (8+10+12) frente a sesenta(20x3)) y si el despido es calificado como improcedente con el CIC recibirá cuarenta y dos días frente a los noventa y nueve que recibe en la actualidad, incluso tras la reducción del factor indemnizatorio por la reforma laboral de 2012⁷⁰. Resulta, por todo ello, una patente reducción de la protección del empleo, pues difícilmente compensarán las nimias ganancias del trabajador temporal las pérdidas en protección

⁷⁰ Con el régimen precedente un trabajador despedido con tres años de antigüedad, si se calificara o reconociera como improcedente tendría derecho a una indemnización de 135 días (45x3).

que sufren los indefinidos. Por ello, se pierde con esta doble escala la neutralidad que en términos de indemnización esperada existía en el modelo original. Por otra parte, desde una perspectiva estrictamente económica, pueden realizarse algunas críticas adicionales: se mantiene el incremento de las indemnizaciones con la antigüedad, lo que puede suponer una restricción a la movilidad⁷¹, si bien la experiencia austriaca antes descrita parece indicar que este efecto no es demasiado intenso. Por otra parte, mantiene el defecto del actual sistema que, empleando un término contable, puede calificarse como LIFO⁷²: cuanto menos tiempo lleve un trabajador en la empresa, mayores serán sus probabilidades de ser el primero en ser despedido. Así, dependiendo de los niveles salariales (que aumentan tanto el coste de mantener al trabajador como de despedirlo, dependiendo el efecto global de la duración adicional esperada de la relación laboral, típicamente hasta la jubilación) podrá incluso compensar despedir al trabajador que es (o que potencialmente será) más productivo por efecto de la menor indemnización por despido. Por último, debe subrayarse que al mantener la causalidad del despido se renuncia a uno de los objetivos iniciales, el evitar el control judicial de una decisión que entienden que compete única y exclusivamente al empresario⁷³, lo que por otra parte es difícilmente evitable, más allá de los esfuerzos de definición amplia de las causas como las llevadas a cabo por la última reforma laboral.

3.2.- La recepción desde la doctrina laboralista y otros aspectos de su implementación

El análisis jurídico de este modelo ha generado una notable controversia, y en cierta medida está detrás de actuaciones como el llamado “manifiesto de los 700”⁷⁴, en el que sin alusión expresa a la propuesta “de los 100” se afirma que “No es promoviendo el despido sin causa ni control judicial, como se avanza hacia un mercado laboral en el contexto de un nuevo modelo económico más productivo. La pretendida simplificación en el régimen de la contratación terminaría haciendo aflorar su verdadero propósito: la simplificación del régimen de despido. Ya no habría, salvo en limitadísimas ocasiones, despidos procedentes ni improcedentes; el resultado sería la precariedad generalizada de los trabajadores y el abaratamiento del despido”. Al margen del carácter político de esta declaración, se pone de manifiesto el principal problema del CU12-36: la acausalidad del despido es un campo prohibido para

⁷¹ LEPAGE-SAUCIER, N.; SCHLEICH, J. Y WASMER, E., *Moving towards a single labour contract: pros, cons and mixed feelings*, OECD Publishing, 2013, pág. 62.

⁷² Del inglés, Last In First Out.

⁷³ PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Introducción a un debate”, cit., pág. 308.

⁷⁴ Bajo el título “El trabajo, fundamento de un crecimiento económico sostenible” se presentó en la Universidad Complutense de Madrid el 19 de junio de 2009, con el apoyo de diversos juristas, politólogos, sociólogos y economistas.

cualquier propuesta de reforma en el marco constitucional, comunitario e internacional⁷⁵. Las referencias al abaratamiento del despido, sin embargo, se mueven en un terreno distinto, puesto que no atacan el modelo en sí mismo sino su concreta articulación: dejando a un lado que según sus autores el contrato único inicial mantenía constantes los costes totales de despido, la cuantía de la indemnización no es el elemento clave, como pone de manifiesto que se hayan propuesto distintas escalas.

Entrando en el análisis jurídico de la propuesta, debe señalarse en primer lugar que existe una confusión terminológica que, posiblemente, dificulta la correcta discusión: la propuesta, pese a la denominación que le dieron sus autores, no requiere de un único contrato laboral, sino de la uniformidad en el régimen de indemnizaciones por su extinción: aspectos como el tiempo parcial, la inclusión de obligaciones formativas u otras particularidades en relación a la prestación de servicios son totalmente irrelevantes para los objetivos que se plantean⁷⁶. Quizá por ello es más apropiado eliminar la palabra “contrato” de su denominación, y analizarlo únicamente como sistema de indemnizaciones comunes por despido. Al centrar el foco en la indemnización se evita entrar en discusiones estériles que no responden al modelo propuesto. Así, es perfectamente compatible –como se hará en la propuesta que cierra este capítulo– un modelo de indemnizaciones calculadas de manera uniforme para todos los contratos por cuenta ajena junto con la supervivencia de las formas contractuales existentes, siempre que su particularidad radique en aspectos distintos a la indemnización por extinción⁷⁷.

Al margen de esta cuestión, tres análisis constructivos⁷⁸ –fruto de un seminario organizado por la propia FEDEA– evaluaron en un momento inicial la viabilidad jurídica y los problemas que podrían darse para su implementación y puesta en marcha. En primer lugar, resulta claro que un cambio de sistema tal como el propuesto –especialmente en el inicial CU12-36– requería no sólo el retoque de algunos preceptos relativos a la indemnización, sino prácticamente de todas las disposiciones legales de

⁷⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Sobre el contrato de trabajo «único»”, cit., pág. 3.

⁷⁶ En cierta medida, este hecho se pone también de manifiesto en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, cit., pág. 113. Señala con acierto el autor que, siendo el coste de despido una línea roja en la negociación de reformas laborales, se ha tratado de eludir la referencia directa, cuando en realidad se centra en dos elementos centrales del despido: su causa y su precio. Cita como antecedente el CFCEI, que supuso un abaratamiento del despido sin modificar el ET, refiriéndose a él como un contrato cuando el elemento diferencial era precisamente el coste de despido. Igualmente centra el debate en la relevancia de la unificación de la indemnización, más que en las modalidades contractuales PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Introducción a un debate”, cit., pág. 304.

⁷⁷ Por ello, no considero razonable la expresión “contrato indefinido generalizado” que se emplea en LAHERA FORTEZA, J., “¿Es jurídicamente viable el contrato único?”, *Diario La Ley*, 8177, 2013, pág. 13.

⁷⁸ GOERLICH PESET, J. M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, cit.; LAHERA FORTEZA, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único”, cit.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, cit.

relevancia laboral⁷⁹: LISOS, LETT, LPL95 (hoy sería LRJS)... lo que no es en sí mismo un impedimento jurídico, pero sí un elemento a tener en cuenta, pues la mayor complejidad técnica podría ralentizar su puesta en marcha.

Al margen de este aspecto colateral, de índole más técnica que jurídica, la cuestión central radicaba en la supresión del despido causal, que como ya hemos indicado en párrafos anteriores sólo se mantiene en relación al despido disciplinario, y para el que lógicamente no se prevé indemnización. La causa del despido por razones distintas al incumplimiento grave y culpable sólo es relevante en la propuesta cuando el éste sea discriminatorio, aunque como bien se señaló, el régimen Constitucional exige que se extienda esta tutela a todos los derechos fundamentales⁸⁰, sin que la integración de esta protección genere problemas a la lógica del modelo⁸¹. La cuestión es si puede admitirse en nuestro derecho un despido basado única y exclusivamente en la voluntad del empresario, siempre que no atente contra los derechos fundamentales del trabajador, y la respuesta, como fácilmente puede deducirse de lo expuesto en el Capítulo III, es negativa. La causalidad del despido está protegida no sólo por el reconocimiento del derecho al trabajo en el art. 35 CE (cuya concreción tal vez pudiera llegar a permitir interpretaciones laxas⁸²), sino expresamente por el derecho internacional y comunitario⁸³.

Por otra parte, uno de los objetivos fundamentales de la configuración del modelo, que precisamente es la que justifica la descausalización del despido, es evitar que el juez de lo social tenga capacidad para valorar si concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sin embargo, al permitirse la tutela de los Derechos Fundamentales resulta ciertamente complejo evitar que el trabajador alegue que la conducta empresarial es discriminatoria, especialmente en ausencia de motivación del despido y de las razones que han llevado al empresario a escoger a ese trabajador en concreto y no a otro. El reconocimiento de la tutela judicial efectiva, y la resistencia de los órganos jurisdiccionales a perder su capacidad

⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, cit., pág. 105.

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 109.

⁸¹ GOERLICH PESET, J. M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, cit., pág. 85.

⁸² En este sentido, se ha argumentado que en tanto que existe una protección económica frente al despido, podría llegar a aceptarse la viabilidad constitucional del CU1-36 (*Ibid.*, pág. 80).

⁸³ *Ibid.*, págs. 84-87; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, cit., págs. 106-109.

En contra, se ha argumentado que el contrato único podría superar el control de causalidad regulando el despido disciplinario como única causa y la indemnización creciente como consecuencia de su improcedencia, que podría ser reconocida en los términos del formalmente ya extinguido “despido exprés” (LAHERA FORTEZA, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único”, cit., pág. 125). Esta interpretación, aunque indudablemente audaz, no superaría a mi juicio el control de constitucionalidad, entre otros motivos, por ignorar la libertad de empresa, al margen de que constituiría una suerte de “fraude constitucional”, sin perjuicio de que dicha calificación pudiera predicarse también del que se calificó como despido libre pagado, precisamente en afortunada expresión de LAHERA FORTEZA,.

para valorar la razonabilidad de los despidos⁸⁴ hacen probable que se mantuviera una litigiosidad relativamente alta y posiblemente una cierta protección judicial del trabajador⁸⁵. Por otra parte, el mantenimiento de principios generales como la protección contra el fraude de ley o el abuso de derecho podría ser una vía para la impugnación de los despidos por razones empresariales (esto es, los que dan lugar a la indemnización creciente)⁸⁶, como en la práctica puede ocurrir con la actual redacción ciertamente amplia de las causas en que se concretan los señalados motivos, que se ha estudiado en el Capítulo V.

En los análisis también se puso de manifiesto que la puesta en práctica del modelo de contrato único, en cualquiera de sus formas, plantea en el derecho transitorio un potencial problema de vulneración de la igualdad, por cuanto que la aplicación restringida a las relaciones laborales nacidas con posterioridad a su eventual puesta en marcha podría generar un conflicto con la doctrina constitucional de las “dobles escalas”: se mantendrían dos regímenes paralelos de generación de derechos (o expectativas de derechos) para los trabajadores anteriores y posteriores⁸⁷. Al margen de que, como en el mismo análisis se señaló, el rango legal que tendría la reforma podría no hacer íntegramente trasladable el esquema de análisis de la jurisprudencia⁸⁸ –referido a convenios colectivos–, el potencial problema podría evitarse con una disposición transitoria similar a la prevista en la L 3/2012: consolidación de la expectativa de derecho para los contratos anteriores a la reforma y generación de derechos conforme al nuevo esquema con posterioridad a la misma. Debe tenerse en cuenta que la exclusión de la aplicación del Contrato Único a relaciones laborales ya existentes no es esencial al modelo: no se incluyen porque resulta evidente que dificultaría políticamente su aprobación⁸⁹ y porque habiéndose celebrado ya el contrato indefinido no supone ninguna ventaja aplicar este régimen.

Desde la perspectiva formal, la necesidad de respetar las directivas comunitarias en relación al despido colectivo impiden suprimir los procedimientos de negociación y consultas (que entre otras cosas deben referirse a las causas que motivan la intención empresarial de despedir)⁹⁰ lo que introduce necesariamente un coste no transferible que genera ineficiencias e impide una articulación óptima del contrato único. En todo caso, como otras cuestiones señaladas, no impide la adopción del sistema propuesto

⁸⁴ Como se ha visto en el Capítulo IV, epígrafe 5.2.2.c-.

⁸⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, cit., pág. 110.

⁸⁶ GOERLICH PESET, J. M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, cit., pág. 88.

⁸⁷ *Ibid.*, págs. 80-84.

⁸⁸ Y en el mismo sentido, entendiendo que se trata de una sucesión de normativas que respeta el régimen jurídico aplicable a las relaciones preexistentes, LAHERA FORTEZA, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único”, cit., pág. 133.

⁸⁹ Así se subraya en DESDENTADO BONETE, A., “Ideas para una reforma del despido”, *Diario La Ley*, 7368, 2010, pág. 9.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, cit., pág. 112.

para el cómputo de las indemnizaciones mínimas legales⁹¹, por lo que podrá generar fricciones, pero no es un obstáculo a su implantación.

De todo lo expuesto se extrae que el único problema de encaje en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en la acausalidad del despido, por lo que la segunda propuesta, que incluye escalas diferenciadas para el despido procedente e improcedente, no merece reproche alguno desde el punto de vista del encaje en nuestro sistema⁹², sin perjuicio de la complejidad técnica de adaptación de las múltiples normas implicadas.

Sin embargo, ello no impide que desde el ámbito del derecho del trabajo se hayan realizado otras críticas referidas no tanto a la inviabilidad jurídica sino al acierto técnico: en una economía productiva en la que las empresas tienen necesidades temporales de muy corta duración, el establecimiento del contrato único no reducirá la rotación material ni la preferencia en el despido por los trabajadores más recientes⁹³, manteniendo así el círculo vicioso de precariedad de estos trabajadores.

4.- UN NUEVO MODELO DE DESPIDO

4.1.- Objetivos deseables

Los avances de la ciencia económica permiten conocer mejor el funcionamiento del mercado de trabajo, y aportan interesantes análisis parciales de las decisiones empresariales que se derivan de una y otra forma de analizar el despido. No obstante hoy por hoy, como resulta evidente de la lectura de las páginas anteriores, no existe un sustento teórico suficiente para optar por un modelo concreto con absoluta superioridad sobre cualquier otro⁹⁴. Sin embargo, sí que pueden extraerse una serie de líneas de actuación, de guías de referencia, que permitan diseñar un sistema más eficiente.

En todo caso, el modelo propuesto no puede apoyarse sobre el aire, y difícilmente será universalizable, pues la regulación del despido, como toda la normativa laboral, opera sobre una realidad jurídica y social que no puede ser ignorada. Asimismo, tratándose de una propuesta para España, el diseño que se muestra debe acotarse a los condicionantes jurídicos existentes en la actualidad: desde una postura mínimamente realista, en lo posible, deben respetarse los límites constitucionales y de derecho comunitario e internacional, es decir, debe limitarse a ser una propuesta de

⁹¹ LAHERA FORTEZA, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único”, cit., pág. 129.

⁹² LAHERA FORTEZA, J., “¿Es jurídicamente viable el contrato único?”, cit.

⁹³ CRUZ VILLALÓN, J., “La regulación del despido: funciones y articulación jurídica”, cit.

⁹⁴ BOERI, T., “Chapter 13 - Institutional Reforms and Dualism in European Labor Markets”, en David Card, Orley Ashenfelter (dirs.), *Handbook of Labor Economics*, vol. Volume 4, Part B, Elsevier, 2011.

reforma legislativa que además sea fácilmente comprensible por los agentes, por lo que es conveniente que su lógica se asemeje lo más posible al derecho y práctica vigentes. Junto a la triple finalidad comúnmente reconocida a las indemnizaciones por despido (disuasión del ejercicio arbitrario del poder empresarial, reparación del daño, y viabilidad del ajuste empresarial⁹⁵), que son relativamente ambiguos, pueden plantearse otros de mayor concreción –aunque relacionados con estos– para el diseño de una alternativa.

En este sentido, son múltiples los aspectos que deben tenerse en cuenta para la proposición del sistema. En primer lugar, se tratará de mantener un nivel de costes laborales que no incremente –al menos no de manera excesiva– el existente. En todo caso, los parámetros del nuevo sistema deberían ser calibrados conforme a modelos relativamente complejos que exceden del ámbito de esta investigación, por lo que deben entenderse como una mera aproximación: la propuesta es de un modelo que puede y debe ser ajustado.

Por otra parte, la seguridad jurídica que proporcionan las indemnizaciones tasadas, al margen de los supuestos excepcionales de vulneración de otros bienes jurídicos diferentes de la conservación del empleo –particularmente los derechos fundamentales, que son los únicos para los que ley y jurisprudencia expresamente han admitido la posibilidad de indemnizaciones adicionales– es un valor digno de ser preservado. Es cierto que puede perderse cierta equidad vertical por el tratamiento homogéneo de todos los trabajadores, pero también que se garantiza la equidad horizontal, por cuanto se asegura de que todos los trabajadores en igual situación serán tratados de igual modo. Además, la dificultad intrínseca al análisis de las indemnizaciones en caso de despido –¿cuánto valen las relaciones personales que se obstaculizan? ¿qué precio se le pone al estatus social perdido?–, unida a la práctica imposibilidad de unificación de doctrina –difícilmente podrán ser idénticas las circunstancias de dos trabajadores– generarían una dispersión en las resoluciones que sólo serviría para aumentar la litigiosidad sin beneficios claros en cuanto a la eficiencia o la justicia: cuanto mayor sea la dispersión de resoluciones más difícil será el acuerdo extrajudicial, por el incremento tanto del optimismo de las partes litigantes sobre el posible fallo judicial como por el propio error en la estimación del importe que reconocerá dicha resolución⁹⁶.

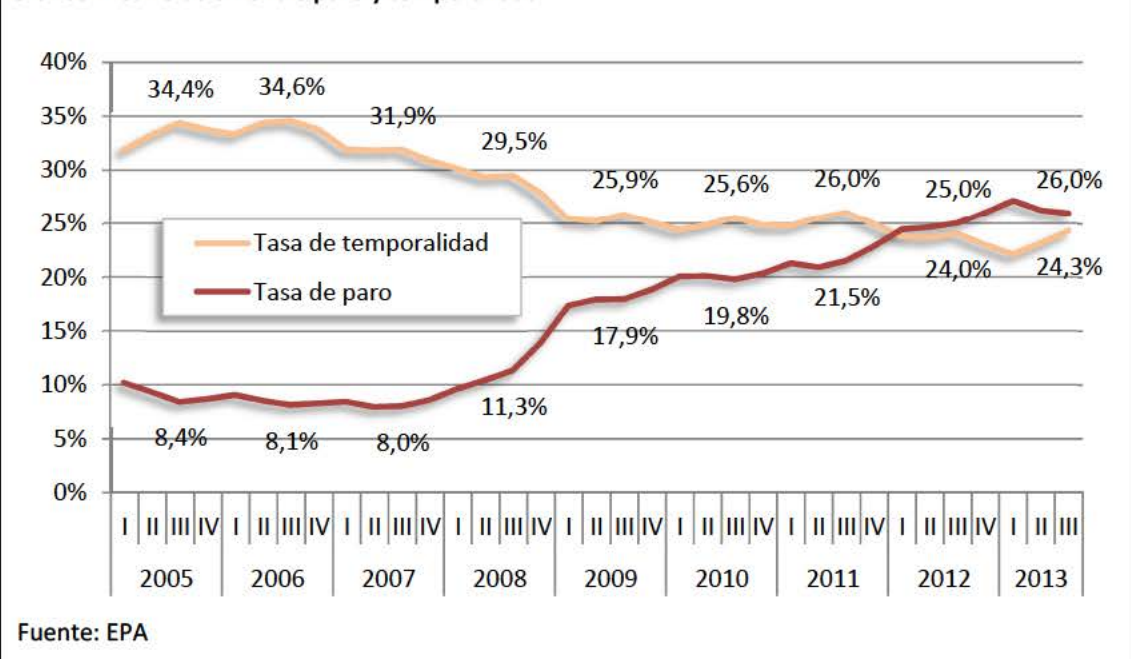
Entre las virtudes de un marco normativo para el despido debe encontrarse la de su máxima neutralidad hacia las decisiones empresariales: es desaconsejable que la

⁹⁵ MARTÍNEZ MOYA, J., “Las causas de los despidos económicos: una perspectiva jurídica”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81-82.

⁹⁶ PINTOS AGER, J., “Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad”, cit., pág. 25.

decisión de despedir a uno u otro trabajador se realice conforme a criterios distintos a los vinculados con su productividad o su adecuación a las necesidades de la empresa. En consecuencia, no es razonable que entre dos trabajadores la ley favorezca el despido de uno por el único hecho de ser el más reciente en la empresa. En el sistema actual, si la antigüedad es alta y la pérdida del empleo de corta duración, el trabajador obtiene una indemnización que puede superar el daño; por el contrario si la antigüedad es escasa y el desempleo extenso, el efecto reparador es prácticamente inexistente⁹⁷.

Gráfico V-8: Relación entre paro y temporalidad



De la misma forma, tal y como demuestra la experiencia, la existencia de costes de despido diferenciados para los trabajadores temporales y los indefinidos ha supuesto una dualidad a menudo difícilmente justificable⁹⁸. El fracaso de los múltiples intentos por reducir la temporalidad en nuestra economía, frente a lo que hace tres lustros ya se llamaba “costumbre de la precariedad”⁹⁹, demuestran que es necesario adoptar medidas más valientes en esta dirección, o la economía española estará condenada a mantener un elevado número de trabajadores en situación de precariedad contractual, con los efectos negativos que se han estudiado en el Capítulo I: como se ve con claridad en el Gráfico V-8, los movimientos de la tasa de trabajo temporal mantienen una simetría casi perfecta con la de paro.

⁹⁷ DESDENTADO BONETE, A., “Introducción a un debate”, cit., pág. 49.

⁹⁸ Sin embargo, se ha afirmado en contra de esta postura que “no puede tratarse a efectos indemnizatorios por igual la contratación temporal y la indefinida, pues de lo contrario se estaría penalizando injustificadamente una fórmula de contratación necesaria como es la temporal”: CRUZ VILLALÓN, J., “La regulación del despido: funciones y articulación jurídica”, cit.

⁹⁹ LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, cit., pág. 15.

La eliminación de las distorsiones indicadas, sin embargo, no puede suponer la desprotección de los trabajadores, que cuanto mayor tiempo prestan servicios en la empresa más capital humano específico desarrollarán, de manera que los empleos alternativos serán cada vez menos atractivos. De este modo, resulta aconsejable que la cantidad percibida por el trabajador sea mayor cuanto más tiempo haya permanecido en la empresa, pero sin que eso implique que el empresario tenga que soportar costes distintos según quien sea el empleado escogido o la forma contractual que estratégicamente haya podido emplear.

Existe no obstante una potencial distorsión –en el sentido de que altera el funcionamiento que tendría un mercado laboral desregulado– que sí que es positiva y debe protegerse: dado el coste social que tiene el despido (vid. en el Capítulo I el epígrafe 1.2.3.c), es necesario establecer algún tipo de mecanismo de disuasión del empresario en situaciones en las que la extinción no sea la única medida posible. Debe tenerse en cuenta que la adopción de medidas innovadoras en las relaciones laborales es costosa, por cuanto que requieren un esfuerzo para su diseño e implantación (incluyendo en su caso los procesos negociadores exigidos por la ley, por lo que si el despido es gratuito –aunque mantenga la causalidad– la regla general será la opción por este.

Por otra parte, un sistema óptimo debe necesariamente distinguir los efectos entre trabajadores despedidos por su mala conducta o falta de esfuerzo y aquellos otros que aun cumpliendo diligentemente sus obligaciones dejan de ser necesarios para la empresa¹⁰⁰. No se trata sólo de una cuestión de justicia –que también– sino de eficiencia: un sistema en el que la cantidad percibida por el trabajador en caso de terminación del contrato de trabajo sea independiente de su conducta puede conducir a situaciones de riesgo moral¹⁰¹. De este modo, si se estableciera un sistema en el que la única diferencia radica en el cobro presente o diferido de una cantidad (como ocurre en el sistema austriaco), los incentivos a la intensidad en el trabajo podrían verse notablemente reducidos.

El sistema de regulación de la protección del empleo, como cualquier otro que trate la responsabilidad de un sujeto, debe al menos obligar a quien toma la decisión a tener en cuenta las consecuencias de sus actos. En el caso del despido, cuando el empresario sea responsable –por los malos resultados de su empresa, que le imponen una responsabilidad objetiva, o por haber roto el contrato sin causa legal para ello–

¹⁰⁰ Vid. en el Capítulo I epígrafe 1.2.5; También EGER, T., “19th Annual conference of the European Association of Law and Economics, Athens, Greece, September 2002.”, cit., pág. 387.

¹⁰¹ CONDE-RUIZ, J. I. ET AL., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, cit., pág. 11.

debe soportar los daños o costes que genera a la sociedad y al trabajador directamente perjudicado¹⁰².

Se ha puesto de manifiesto a lo largo de esta investigación que cualquier modificación del régimen jurídico del despido supone una redistribución de rentas y costes entre trabajadores y empresas. Aunque no es un juego de suma cero¹⁰³, por cuanto que la decisión de despedir o no hacerlo dependerá de la propia regulación, la reducción de costes de despido supondrá una transferencia de los trabajadores a los empresarios, y viceversa; el establecimiento –con costes totales constantes– de mecanismos que –como hace el sistema austriaco– reduzcan la indemnización por despido a cambio de asegurar cantidades a todos los trabajadores, implica que los trabajadores con mayor riesgo de ser despedidos devuelven parte de las rentas que hasta el momento les transferían aquellos otros con contratos más estables. Así, eliminando la distorsión por razón de antigüedad a la que antes se ha hecho referencia, habrá una ganancia de los trabajadores más recientes a costa de los más antiguos, en forma de menor probabilidad de despido (o mayor para los segundos).

Debe destacarse también la necesidad de que la norma contenga incentivos para ser cumplida: las normas de derecho imperativo se configuran como el criterio que la sociedad adopta para establecer las consecuencias de determinados hechos. Para ello es preciso que las partes implicadas, en este caso trabajador y empresario, tengan los incentivos adecuados para defender la calificación jurídica que se adapte a los hechos: el fraude de ley no es algo excepcional en la práctica del despido conforme a la legislación habitual, de modo que incluso cuando formalmente ha desaparecido el llamado despido exprés en la reforma de 2012, siguen siendo abundantes las extinciones reconocidas directamente como improcedentes, o en las que se acuerda la improcedencia en fase de conciliación dentro o fuera del juicio. Por otra parte, el régimen de preaviso implica que ante el probable reconocimiento de la improcedencia sea más conveniente para el empresario que despide –incluso por una causa económica seria, si entiende que existe un riesgo relativamente elevado de que sea considerado improcedente– calificar el despido como disciplinario, y basarlo en hechos falsos. Aunque nada impediría apreciar la concurrencia de fraude de ley, condenando al empresario al abono del preaviso (y en los supuestos excepcionales que persisten, los salarios de tramitación), en la práctica este tipo de conductas se llevan a cabo sin ninguna consecuencia jurídica. Los principios de legalidad y seguridad jurídica, atendiendo a la experiencia de las últimas décadas, exigen el establecimiento de incentivos en la ley para que los despidos sean calificados conforme a la realidad a la

¹⁰² BLANCHARD, O. Y TIROLE, J., “Redesigning the Employment Protection System”, *De Economist*, vol. 152, 1, 2004, pág. 3.

¹⁰³ Son juegos de suma cero aquellos en los que las diferentes opciones sólo afectan a la forma en que los beneficios o pérdidas se reparten, pero en los que la cuantía de estos es fija.

que se refieren, evitándose tanto en relación a su procedencia, cuando concurren circunstancias que así lo justifiquen, como a su denominación como objetivos o disciplinarios.

Por último, es preciso hacer referencia a un elemento que opera desde la perspectiva del trabajador: tal y como se ha expuesto en el Capítulo I¹⁰⁴ la existencia de costes de despido puede suponer un freno para la adaptación de la economía a nuevas realidades. Los cambios tecnológicos, el incremento de la competencia, la apertura comercial o simplemente alteraciones significativas en la demanda de ciertos bienes o servicios, pueden hacer necesario que se produzca un trasvase de trabajadores de unos sectores a otros. Dado que los sectores emergentes tendrán una mayor proyección futura –aunque a menudo también mayor incertidumbre–, así como una mayor productividad, podrán ofrecer mayores salarios. Sin embargo, el sistema vigente en España, en el que un trabajador experimentado generalmente habrá permanecido un periodo relativamente largo en su empresa actual, hace particularmente costoso aceptar la oferta del nuevo sector. Ello se debe a que si permanece en la empresa actual y es despedido percibirá una indemnización elevada (dado que el módulo de antigüedad aumenta mucho el producto), mientras que en la nueva empresa se enfrenta a un riesgo de despido a un coste prácticamente nulo.

Las posibilidades ante las que se encuentra son, por una parte, permanecer en su empresa actual, donde su experiencia sabe que es útil y que se adapta perfectamente al puesto de trabajo, o pasar a otra de un nuevo sector, a la que es posible que no sea capaz de adaptarse. En el primer caso, percibirá un salario más bajo, pero si es despedido recibirá una indemnización elevada y confiará en poder encontrar un empleo en el sector emergente del que ya ha recibido la oferta anteriormente. Por el contrario, si acepta la oferta para cambiar de sector, puede ser despedido incluso a coste cero –si no supera el periodo de prueba– y puede incluso perder la prestación por desempleo, pues conforme al art. 2081.1.f LGSS en ese caso, si no han transcurrido al menos tres meses de la extinción voluntaria, no se encontrará en la situación legal que habilita la percepción de la prestación. Como consecuencia de ello, se produce un incentivo a los trabajadores con más experiencia para ser especialmente cautelosos a la hora de pasar a un nuevo sector productivo, aun cuando las condiciones económicas pudieran resultar atractivas, agravado por el régimen transitorio de la DT 5ª L 3/2012, que mantiene el factor indemnizatorio elevado (45) en la vieja empresa –al menos parcialmente– y el más moderado (33) en la nueva¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Ver epígrafe 2.1.2 de dicho capítulo.

¹⁰⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos...”, cit., pág. 284.

4.2.- Propuesta de un sistema alternativo y parámetros básicos

4.2.1.- Los rasgos del modelo

A.- El modelo indemnizatorio

El cumplimiento de los objetivos señalados en el epígrafe anterior conduce, en primer lugar, al establecimiento de un sistema en el que la decisión de formalizar un contrato indefinido o temporal no esté influida por los costes de su extinción, sino que se lleve a cabo única y exclusivamente en atención a la naturaleza de la prestación de servicios que va a realizarse. Para ello, es preciso destacar el atractivo que presenta el llamado contrato único, pues establece un régimen jurídico uniforme para todas las extinciones.

La supresión de una indemnización diferenciada para los contratos de trabajo temporales no implica por sí misma la desaparición en la economía de los contratos de duración determinada: evidentemente siempre existirán casos en que la necesidad de la empresa sea estrictamente temporal. Ello no obsta para que pueda aplicarse el régimen general de despido, sin perjuicio de que finalizada la necesidad temporal desaparezca la causa del contrato y en consecuencia exista un motivo legítimo para terminar con el mismo. En esta propuesta la temporalidad en los contratos conserva su espacio, si bien este no se extiende a la cuantía de la indemnización: la celebración de un contrato temporal, justificada en alguna de las causas legales, permitirá la extinción del contrato en el momento de realizarse su objeto: de este modo, cumplido el término o agotado el objeto, se abonará la indemnización prevista para el despido procedente por causas objetivas.

Es cierto, no obstante, que las consecuencias del uso indebido de la temporalidad para el empresario se reducen notablemente, por lo que dado el escaso control que a la luz de los datos existe en la realidad laboral española, cabe que con este sistema aumente el uso del contrato temporal como mecanismo complementario del periodo de prueba. Sin embargo, este es un comportamiento patológico que debe ser tratado desde la LISOS, que ya prevé en su art. 7 como infracción grave “la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva”, lo que puede conllevar una sanción de

entre 626 y 6250 euros dependiendo de la gravedad de la conducta¹⁰⁶. Evidentemente, la actividad inspectora es insuficiente para que esta medida sea eficaz: en 2012 se transformaron en indefinidos 35.750 contratos temporales, lo que supone un 0,28% del total de contratos de ese tipo celebrados en ese año. Desde 2003, comparando los datos ofrecidos por la Inspección de Trabajo con el número de contratos temporales registrados, la proporción ha oscilado entre el mínimo del 0,70% en 2003 y el máximo de 0,41% en 2008.

En segundo lugar, con el objetivo de aminorar el impacto que en la economía de la empresa tienen los despidos por razones económicas (en sentido amplio), debe reconocerse que la constitución de una cuenta particular para cada trabajador, nutrida de aportaciones realizadas por el empresario, presenta un gran atractivo: el trabajador despedido sigue obteniendo una cantidad como compensación por la pérdida de su empleo, mientras que el empresario que se encuentra en una situación económica negativa, por usar la expresión legal, no se ve forzado a realizar desembolsos adicionales a veces muy cuantiosos. De este modo, lo aconsejable es que la indemnización, en caso de que exista causa seria para despedir, no suponga obligación de abonar cantidad alguna basada en el tiempo de servicio del trabajador.

Las desventajas de este modelo, expuestas al analizarlo más arriba, aconsejan introducir elementos correctores. En primer lugar, para evitar que la decisión del despido sea la primera opción en caso de que la situación económica exija realizar ajustes en la estructura productiva, es preciso que tenga algún coste para el empresario. Sin embargo, si este coste se hace depender de la antigüedad del trabajador, se mantendría otro de los problemas señalados, por lo que es aconsejable que se trate de una cantidad a tanto alzado, igual para todos los trabajadores entre los que el empresario pudiera decidir para la concreción del despido¹⁰⁷. Al mismo tiempo,

¹⁰⁶ Dentro de las infracciones graves la sanción será “de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros” (art. 40 LISOS). La determinación del grado se realiza (art. 39.2 LISOS) “en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso (y) perjuicio causado”, y además el apdo. 7 del mismo precepto establece que “se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión”.

¹⁰⁷ En un reciente trabajo, más divulgativo que académico (GARICANO GABILONDO, L., *El dilema de España*, (ebook), Península Atalaya, Barcelona, 2014.), el autor –uno de los firmantes de la “propuesta para la reactivación laboral” en la que se propuso el contrato único– plantea una idea similar. Aunque en el texto del libro sigue defendiendo el citado sistema de indemnizaciones crecientes (pág. 56), en las conclusiones, bajo la fórmula literaria de un artículo periodístico ficticio redactado en el año 2034, al narrar como España se convirtió en la “Dinamarca del Sur” (en contraposición a la “Venezuela de Europa”, con el que califica el escenario negativo alternativo) plantea –sin establecer formalmente los parámetros, de un modo meramente descriptivo– un modelo en el que los empresarios abonan el 2,75% de la masa salarial a un fondo a nombre de cada trabajador, y en el momento del despido “un máximo de 10 días adicionales pagados directamente por la empresa, que se convierten en 15 en caso de despido improcedente” (pág. 135). Aunque no explica cómo se valora ese “máximo” indemnizatorio –si es automático en razón d antigüedad o conforme a criterios diferentes, como pudiera ser la situación de la empresa– y el la diferencia con el despido improcedente es mínima, las similitudes con el aquí propuesto son claras: se basa en la aportación constante a un fondo por parte del empresario, complementado con el abono de una cantidad en el momento del

no debe ser una cantidad fijada nominalmente en la ley, porque en términos comparativos no resulta razonable que el coste sea igual en trabajos de baja remuneración que otros de salarios más elevados. La toma en consideración de la retribución del trabajador es, por tanto, una buena referencia: aunque sea más costoso el despido de quienes tienen una nómina más elevada, también sería mayor el ahorro en la estructura de costes de la empresa, por lo que siendo pocas mensualidades –aquí se proponen tres, pero es un número arbitrario que puede fijarse de otra forma, con ajuste de los demás parámetros– no generará distorsiones relevantes en la decisión empresarial.

La introducción de la indemnización a tanto alzado, sin embargo, podría suponer un importe excesivamente elevado en los trabajos que, por su naturaleza, tuvieran poca duración, que superara incluso la remuneración salarial percibida. La consecuencia de ello sería ciertamente negativa para el empleo, pues las necesidades se cubrirían o bien acudiendo a la economía sumergida, o dentro de la legalidad mediante el incremento de las horas trabajadas por los ya empleados. En todo caso, lo que resulta evidente es que ningún empresario va a poder abonar como indemnización el importe de varias mensualidades por un trabajo de unas pocas semanas. Para corregir este efecto se propone que la indemnización a tanto alzado presente una senda creciente, de modo que no pueda superar nunca un determinado porcentaje de las remuneraciones totales percibidas a lo largo de toda la relación laboral.

La inclusión de un pago mínimo garantizado para todo trabajador despedido sin que concurra causa responde correctamente a la necesidad jurídica de fomentar el cumplimiento de la norma. En sistemas como el actualmente vigente, en que la indemnización se computa con el uso del factor “años de servicio”, siendo el contrato de poca antigüedad esta tiene un carácter escasamente disuasorio, pues casi podría equipararse a un despido libre con preaviso obligatorio¹⁰⁸: a modo de ejemplo, el despido improcedente de un trabajador con dos años de antigüedad en la empresa tiene un coste similar –levemente superior– a dos mensualidades de preaviso.

La respuesta a este efecto debe ser introducir un criterio de proporcionalidad, de tal modo que la indemnización nunca pueda superar la que habría supuesto en el régimen anterior un despido improcedente –el equivalente a treinta y tres días de salario por año trabajado–, suprimiendo la mención al prorrateo por meses, que como se ha expuesto genera saltos bruscos que pueden ser contraproducentes y generar resultados de dudosa justicia, aunque también es cierto que la diferencia cuantitativa será reducida.

despido, para introducir un elemento que contribuya a la estabilidad de los niveles de empleo, evitando que la decisión de despedir sea totalmente gratuita.

¹⁰⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pág. 50.

Dado que uno de los objetivos es la simplificación del modelo de indemnizaciones, de modo que empresarios y trabajadores puedan conocer con certeza el importe de la misma que corresponda en todo momento, se propone la sustitución de esta forma de cálculo por su equivalente porcentual de las retribuciones salariales efectivamente entregadas. De este modo, la cantidad que procedería abonar sería la menor entre las tres mensualidades de salario y el 9,04% del total de retribuciones percibidas desde la contratación hasta la fecha del despido, a lo que habría que deducir el aporte porcentual al fondo de capitalización del despido. Así, con un salario constante, en pocos años (variará dependiendo de la cuota de aportación al fondo) se equipararía el coste indemnizatorio de cualquier trabajador de la empresa. Aunque esto pudiera generar incentivos a prescindir del trabajador más reciente, parece razonable pensar que el empresario, ante un shock inesperado, preferirá al trabajador cuyo rendimiento ya conoce frente al recién incorporado, incluso cuando la indemnización fuera la misma. Además, como se verá más adelante, en el sistema actual el efecto del tope indemnizatorio ya implica que despedir a un trabajador más antiguo sea, en proporción al salario total abonado durante la vida de la relación laboral, más barato en términos relativos: con el sistema que aquí se propone el efecto se adelanta notablemente, premiando así a las empresas con mayor estabilidad.

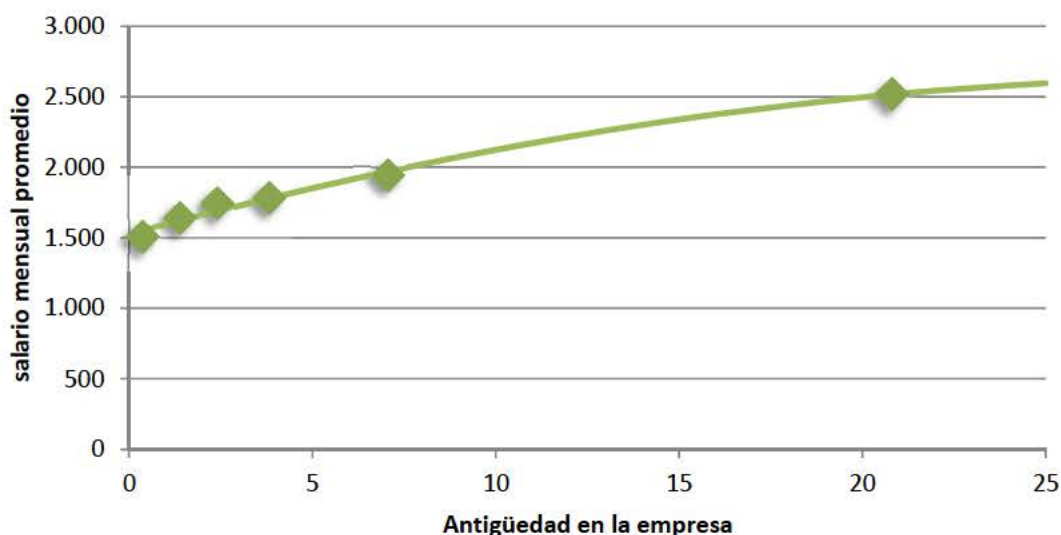
El esquema expuesto hasta ahora responde al despido procedente, sobre cuya causalidad y procedimientos se harán también algunas consideraciones. En caso de despido improcedente, es necesario establecer un sobrecoste, tanto desde una perspectiva económica como jurídica: en relación a la primera, porque para evitar la competencia desleal de quienes incumplen la legislación laboral frente a los empresarios que se atienen a ella, es preciso que sea más costosa la extinción para los primeros. Desde la perspectiva jurídica, en el plano de la eficacia de las normas, resulta claro que de nada sirve regular la causalidad del despido si las consecuencias jurídicas de atenerse a ella o separarse de la misma son demasiado similares. Para ello, el esquema actual parece razonable, si bien debe corregirse con una reducción de las indemnizaciones proporcional al aporte a la cuenta del trabajador en el fondo de capitalización. Aunque esto supondrá un incremento del coste del despido improcedente en algunos casos, si se aplica a las decisiones que realmente no tienen razón de ser desde una lógica de adecuado fundamento de la empresa (despidos arbitrarios), eso reforzará la función disuasoria de la sanción¹⁰⁹.

Desde la perspectiva empresarial, este sistema puede generar un incremento de los costes laborales por el importe de la aportación al fondo de todos aquellos trabajadores que no serán nunca despedidos. Conforme a los datos del Grupo de

¹⁰⁹ DESDENTADO BONETE, A., “Ideas para una reforma del despido”, cit., pág. 10.

Expertos, la aportación al mismo de un día de salario por año de servicio supondría anualmente, para el conjunto de la economía, 62,5 euros por trabajador¹¹⁰. Sin más correcciones, dado que la tasa de despido osciló en el periodo 2005-2009 entre el 5,7% y el 10%, el incremento de costes sería de aproximadamente un 0,25% del salario (un 0,18% del coste laboral total) por cada día de salario que hubiera de aportarse al fondo. Ahora bien, si se tiene en cuenta el incremento salarial que se genera conforme a la antigüedad (Gráfico V-9) este efecto se vería parcialmente reducido: para un trabajador que siga la senda salarial en promedio, si es despedido a los cinco años¹¹¹, en caso de despido procedente, por cada aportación al fondo de un día de salario y una reducción unitaria correlativa del factor indemnizatorio se produciría una reducción del coste de despido en un 0,37%.

Gráfico V-9: Evolución del salario medio en euros constantes de 2011 en relación a la antigüedad en la empresa



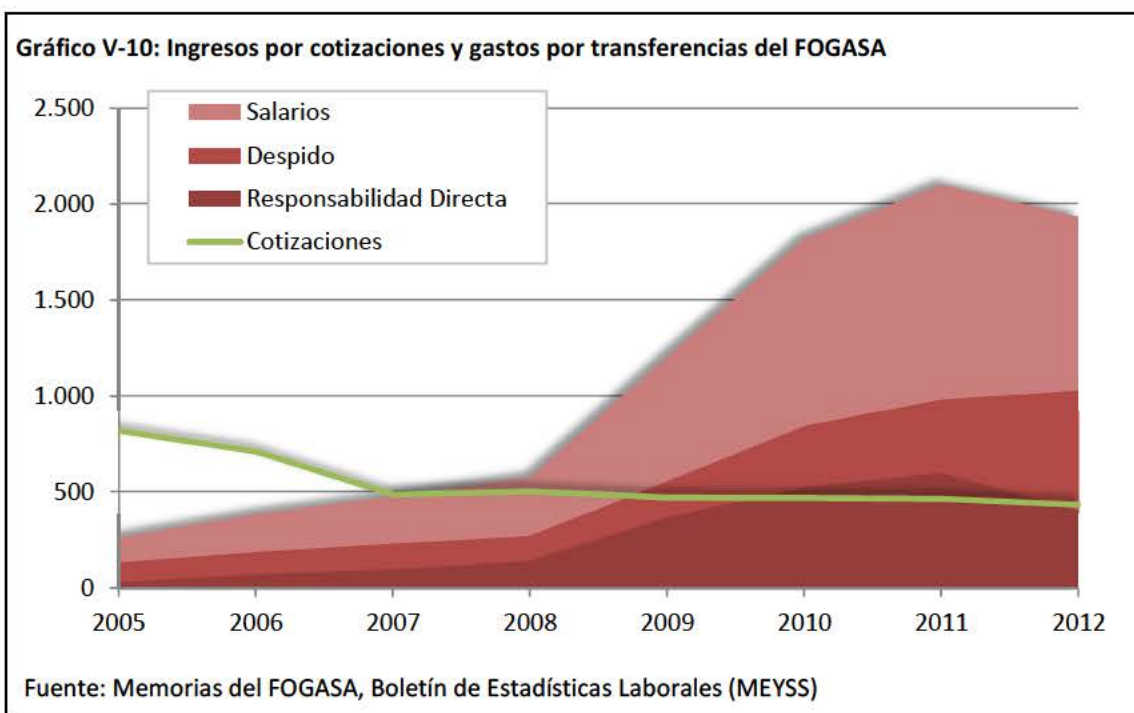
Fuente: Elaboración propia con datos de EPA e INE¹¹²

¹¹⁰ GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del grupo de expertos*, cit., págs. 19-25.

¹¹¹ Según los datos del comité de expertos la antigüedad media de los despedidos en 2009 era de 4,5 años para contratos indefinidos ordinarios, aunque algo inferior en otros casos: restringiendo la comparación a los contratados a tiempo completo, para los convertidos desde el empleo temporal sin bonificación esta antigüedad media se reduce a los 2,3 años; aparentemente esta edad está aumentando, a la luz de los datos de la EPA y de la ECTL sobre despido, pero no se publican estadísticas completas y fiables sobre esta variable, lo que impide hacer afirmaciones tajantes. Por otra parte, es previsible que si se reduce el diferencial de indemnizaciones entre trabajadores de distinta antigüedad, la permanencia en la empresa aumente.

¹¹² El cálculo se ha realizado a partir de los deciles de renta que ofrece anualmente el INE en relación a la Encuesta de Población Activa. La serie se ha transformado conforme a la inflación conforme al IPC referenciado a 2011. Los puntos marcados con un rombo responden a la antigüedad media de los trabajadores que se encuentran en los intervalos para los que se ofrece la distribución de renta (hasta un año, de uno a dos, de dos a tres, de tres a cinco, de cinco a diez y más de diez). La línea continua presenta la estimación de un modelo polinomial cuadrático que puede expresarse como : $\text{Salario} = 1522,3 + 71,57 \times \text{Antigüedad}(\text{años}) - 1,14 \times \text{Antigüedad}(\text{años})^2$.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el FOGASA responde en la actualidad de las indemnizaciones legales a los trabajadores despedidos por empresas insolventes: este gasto ha supuesto aproximadamente un 30% de las transferencias realizadas por dicho Organismo en el periodo 2005-2012. Dado que los fondos de capitalización de la indemnización por despido no serían regulados por las propias empresas sino por entidades externas, esta partida se reduciría notablemente, lo que permitiría minorar la cotización por este concepto a las empresas. Es cierto que, como muestra el Gráfico V-10, en la actualidad los gastos por transferencias a trabajadores superan en mucho a los ingresos por cotizaciones empresariales, a diferencia de lo que venía ocurriendo en épocas de bonanza. Sin embargo, esto no altera la conclusión presentada, por cuanto que o bien las cotizaciones son actualmente suficientes para mantener la estabilidad del fondo, o bien será necesario incrementarlas: según el caso, la implantación del fondo y consiguiente reducción de transferencias permitirá o bien una reducción de las cuotas o bien minorar el incremento de las mismas, por lo que en todo caso supondrá una reducción de costes laborales frente al escenario en que no se acepta la propuesta que aquí se discute.



En tercer lugar, la introducción de un sistema que dote de estabilidad y certidumbre a los costes derivados de la extinción de contratos de trabajo supone en cierta medida una forma de aseguramiento social. La reducción de la variabilidad tiene un valor económico –difícil de calcular porque implica estimar los grados de aversión al riesgo de las empresas, probablemente elevados en las pequeñas y más moderados en las de gran tamaño– por lo que el aumento de costes laborales también se vería

mitigado por esta vía: parte del sobrecoste sería absorbido por el valor del seguro establecido. Debe tenerse en cuenta que la inexistencia de este mercado en la actualidad no implica que no tenga valor para las empresas, sino que los problemas de selección adversa¹¹³ son demasiado elevados: únicamente las empresas que despiden más que la media estarían interesadas en un seguro de este tipo, lo que los haría deficitarios, y habría demasiados incentivos para que las empresas sólo lo suscribieran cuando tienen previsto despedir. Al constituirse como seguro obligatorio se elimina ese problema.

Por otra parte, aunque íntimamente relacionado con lo anterior, es necesario que el sistema mantenga la diferencia entre trabajadores diligentes y quienes no lo son. Por ello, no resulta razonable que la protección del el trabajador precedentemente despedido por causas disciplinarias encarezca los costes laborales del conjunto de la economía. En este caso, desde una perspectiva jurídica no resulta especialmente problemático que el trabajador que ha incumplido su trabajo tenga que indemnizar al empresario, y no al revés, aunque sea a costa de unas aportaciones ya realizadas. Así, en el sistema propuesto las aportaciones realizadas por el empresario a la cuenta del trabajador precedentemente despedido operarían como indemnización por incumplimiento de contrato, configurándose como un crédito para el pago de cuotas de otros trabajadores.

Con esta medida se consiguen varios efectos positivos: por una parte, se mantiene la indemnización por despido como incentivo al esfuerzo, lo que redundará en una mayor productividad. Por otra, se reducen los costes empresariales, pues las aportaciones realizadas a su cuenta servirán para pagar cuotas futuras de otros trabajadores. Además, se reduce también el riesgo de fraude en forma de despido disciplinario pactado para encubrir una dimisión a los efectos de cumplir los requisitos para la percepción de prestaciones por desempleo, pues el trabajador tendría que renunciar a su cuenta capitalizada, que en caso de dimisión sí mantendría. Para completar esta medida antifraude debe establecerse adicionalmente que en caso de impugnación del despido disciplinario únicamente sea admisible la transacción en caso de que la cantidad que abone el empresario sea, al menos, el doble del importe acumulado en la cuenta del trabajador durante su permanencia en la empresa (o en su caso la prevista para el despido improcedente, si fuera inferior), pues de otro modo sería fácilmente eludible.

En todo caso, la suma de estos ahorros seguirá siendo insuficiente, aún con una reducción de los costes de la rotación, para mantener estable el coste laboral total. Por ello, es preciso que la aportación al fondo de capitalización suponga una cantidad

¹¹³ Sobre su concepto, ver en el Capítulo I el epígrafe 1.2.3.c.iii.Uno.

menor, en términos porcentuales, que la reducción del factor indemnizatorio. Por tanto, y teniendo en cuenta que se propone una indemnización a tanto alzado a cambio de la eliminación del cálculo conforme a la fórmula general basada en los factores de antigüedad, experiencia y salario, la aportación al fondo debe ser bastante inferior a los 20 días de salario vigentes para el despido procedente por causas objetivas, especialmente teniendo en cuenta que también se aplicará a los trabajadores temporales, cuya indemnización es notablemente más baja.

Queda por último la determinación de las consecuencias jurídico-económicas de la improcedencia del despido. Es evidente que si una decisión extintiva presenta, como en el caso español, costes no factoriales (preaviso, documentación y justificación de los hechos, eventualmente consultas...) y la diferencia indemnizatoria entre el despido procedente y no procedente es pequeña, se están estableciendo importantes incentivos para, aun concurriendo las causas legalmente previstas para la extinción, omitir los trámites y reconocer la improcedencia, siempre que esto no lleve a la nulidad, que evidentemente es más costosa. La evolución normativa ha ido progresivamente suprimiendo requisitos “esenciales” en el despido, en el sentido de que la ignorancia de los mismos genera únicamente la improcedencia: únicamente para el despido colectivo y en los casos tasados previstos en el art. 124.11 LRJS los aspectos adjetivos pueden determinar la nulidad. Como consecuencia, en los casos en que el trabajador tiene poca antigüedad, teniendo en cuenta la incertidumbre que genera el proceso, no es infrecuente el reconocimiento de la improcedencia. Aunque se han reducido los costes de defender la validez de la decisión empresarial (la reforma de 2010 redujo el preaviso a 15 días, la de 2012 ha eliminado casi totalmente el riesgo de abonar adicionalmente los salarios de tramitación), en las últimas reformas legales se ha minorado también la diferencia de coste de despido procedente e improcedente: por una parte, la reforma de 2012 universalizó el factor indemnizatorio de 33 (desde el nivel de 45 que la legislación previa establecía para el contrato ordinario) y redujo el tope máximo de 42 a 24 mensualidades); por otra, más recientemente, la DF5ª de la ley de PGE para 2014¹¹⁴, al suprimir la contribución del FOGASA a las indemnizaciones de las PYMES (que hasta el 1 de enero se hacía cargo en régimen de responsabilidad directa de 8 días de salario por año de servicio en los casos de despido procedente por causas objetivas¹¹⁵ en empresas de menos de 25 trabajadores), acorta aún más la diferencia entre niveles indemnizatorios.

Se hace por tanto necesario, para otorgar un papel central a la causalidad del despido –no sólo porque lo contrario pueda considerarse como un fraude a los límites

¹¹⁴ Ley 22/2013 de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre de 2013)

¹¹⁵ “Sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias”, de acuerdo con el apartado 2 del mismo art. 33 ET.

que se han valorado en el Capítulo III, sino para dar satisfacción al objetivo expreso de esta propuesta de establecer un sistema en el que existan incentivos a respetar la legalidad– determinar un nivel claramente diferenciado de indemnizaciones para las extinciones procedentes y para las no ajustadas a derecho. Por ello, aunque ello pueda suponer un incremento de los costes laborales, se propone un esquema indemnizatorio que sigue una senda muy similar a la actual. No obstante, es necesaria una correcta definición de la causalidad para permitir que el empresario que actúe conforme a derecho tenga incentivos para defender su decisión ante la jurisdicción social en caso de que sea impugnada.

B.- Algunos apuntes sobre la mejora del sistema y otros aspectos de la propuesta

a).- Ámbito subjetivo

El sistema propuesto nace con vocación de universalidad. Con ello se pretende reducir la complejidad del sistema de contratación. Así, el régimen será aplicable a todos los tipos de contratos laborales, y con carácter voluntario en el caso de los trabajadores autónomos, como complemento a la prestación por cese de actividad. En las relaciones laborales especiales tampoco habría especial problema para implantarlo, si bien en el supuesto de la alta dirección puede establecerse el carácter dispositivo para las cantidades abonadas en el momento del despido. La aportación al fondo en este caso no está llamada a generar particulares distorsiones ni incremento de costes, dado que se trata de trabajadores cuyas condiciones económicas son negociadas individualmente, por lo que ambas partes podrán computar, en las remuneraciones totales, este importe.

Excepcionalmente, puede prescindirse de la indemnización a tanto alzado en el caso de los contratos de interinidad –como también proponen los autores del contrato único–, pues aunque es cierto que el trabajador también sufre la pérdida de empleo, no hay realmente una opción empresarial por el empleo de duración determinada ni una decisión marginal de despedir que deba desincentivarse: son situaciones inevitables y deben tener un instrumento adecuado para la gestión empresarial¹¹⁶. Lo contrario supondría encarecer las relaciones laborales en las que se produjeran suspensiones del contrato, lo que probablemente tendría efectos negativos sobre la conciliación de la vida laboral y personal, y consecuentemente de género, dada la mayor incidencia de las causas de suspensión del contrato en las mujeres.

¹¹⁶ LAHERA FORTEZA, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único”, cit., págs. 132-133.

De la misma forma, en los contratos formativos –sin perjuicio de que a la luz de su escaso uso sea necesaria una reformulación– la temporalidad es un efecto buscado por el propio legislador: lo que se pretende es incentivar a las empresas para que contraten y formen a trabajadores sin experiencia, lo que conlleva una serie de costes organizativos: la duración del contrato viene determinada por la ley y no por la necesidad empresarial, y su terminación se producirá por el mero transcurso del tiempo necesario para la adquisición de la experiencia. En todo caso, estos trabajadores sí que tendrían derecho a la aportación del empresario al fondo de capitalización, de tal modo que su protección frente al sistema actual también mejoraría.

Desde la perspectiva empresarial, debe señalarse que la introducción de un sistema como el que aquí se propone beneficia en cierto modo a las empresas que en la actualidad tienen una mayor rotación, ya sea por uso de la temporalidad o por mayores tasas de despido. Ello se debe a que el importe medio que se emplea en pagar a los trabajadores por la extinción de su contrato varía enormemente entre sectores: llevándolo al extremo más irreal, una empresa que despidiera a todos sus trabajadores por causas objetivas procedentes gastaría un 5,48% del importe de los salarios en dichos costes, mientras que la empresa en la que hubiera una absoluta estabilidad en el empleo no gastaría nada: con el nuevo sistema todas las empresas tendrán un nuevo gasto, equivalente a la cuota fija que se aporta al fondo, y verán reducidas las indemnizaciones en caso de despido.

Para corregir ese efecto distorsionador, sería posible introducir un sistema de Bonus-Malus que permitiera elevar o reducir las cotizaciones por desempleo en, al menos, la cuantía de la cotización al fondo de capitalización, de modo que la recaudación total se mantuviera constante pero las empresas que más desempleados generasen tuvieran que sufragar el sistema con más intensidad. Para evitar que empresas en dificultades puntuales tengan que soportar en esos momentos de situación económica negativa un sobre coste que dificulte aún más su supervivencia y con el objetivo de permitir conocer la estructura de costes con suficiente antelación, debería tomarse en cuenta un periodo relativamente amplio (cuatro o cinco años), e informarse a las empresas de la cuota que corresponda en el ejercicio anterior al que corresponda la modificación¹¹⁷. Debe subrayarse que este sistema es neutral en cuanto al ciclo económico, pues si todas las empresas se ven obligadas a despedir más el “estándar” del bonus-malus aumentará (y viceversa).

¹¹⁷ Sobre esta cuestión, resulta de interés BLANCHARD, O. J. Y TIROLE, J., “Contours of Employment Protection Reform”, cit., sec. 3.

b).- *Causalidad de la extinción*

La causalidad del despido es una cuestión intensamente debatida en el ámbito de la Economía y el Derecho del Trabajo: la concreción de las situaciones en que es lícito despedir determina la capacidad del empresario para ajustar el tamaño de su plantilla, al tiempo que incide directamente en las relaciones de poder. Sin embargo, cabe subrayar que la misma no constituye el objeto central de esta investigación, por lo que no resultaría procedente, en este punto, extender la exposición de la propuesta que aquí se presenta, a una concreción plena de la definición legal de las causas.

No obstante, sí debe reiterarse la idea expuesta pocas líneas más arriba: la concepción causal del despido no debe ser un instrumento en defensa única y exclusivamente del trabajador, sino también del empresario, en el sentido de que la realidad de la aplicación de la ley debe permitirle extinguir el contrato cuando concurren las circunstancias previstas por el legislador. Siendo esto así, resulta necesario que el órgano judicial no pueda entrar en el ámbito de la gestión empresarial. No quiere con ello decirse que el despido no sea revisable judicialmente, sino que el ámbito de la resolución del órgano jurisdiccional debe ser el de valorar si el empresario acredita que su decisión extintiva está basada en hechos ciertos –sobre los que le corresponderá evidentemente la carga de la prueba. En este sentido, merecen una valoración positiva propuestas como las dirigidas a la comprobación de la efectiva desaparición del puesto de trabajo como requisito de “causalidad”, por entenderse que el tamaño de la unidad productiva es una de las prerrogativas empresariales protegidas por la libertad de empresa¹¹⁸.

Cuestiones como la “razonabilidad” o la “proporcionalidad” deben quedar fuera del análisis, pues el acierto o error de las medidas empresariales no puede ser medido desde una óptica jurídica, que es el ámbito de conocimiento del juez. Ahora bien, lo que en todo caso debe poder valorar el juez es la concurrencia de una relación de causalidad en la decisión empresarial, donde los elementos indicados (“razonabilidad”, “proporcionalidad”) jugarán un papel destacado. Si ante una disminución de las ventas de un 1% se procede a liquidar la totalidad de la plantilla de un centro de trabajo, resultará difícil justificar que esa decisión está basada en el dato primeramente citado: si no se aportan más cifras o razones, el juzgador cabalmente podrá llegar a la conclusión de que la decisión empresarial no está basada en los hechos alegados, y por

¹¹⁸ Planteada en GOERLICH PESET, J. M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, cit., pág. 92. En todo caso, se enfrentaría a los mismos problemas que la definición de situación económica negativa en relación a los tres trimestres consecutivos de reducción de ingresos ordinarios o ventas de la legislación actual y que ya han sido analizados. De hecho, este autor propone que opere como presunción *iuris tantum*, de tal modo que la decisión empresarial goce de presunción de legalidad, que podría ser destruida mediante prueba en contrario.

lo tanto no se ha aportado al proceso la causa real (los motivos del empresario) de la decisión.

Planteado esto, debe indicarse que en una sociedad ideal de empresarios justos y jueces ponderados, la definición de la causa debería ser lo más amplia posible, siendo apropiadas expresiones como “causa real y seria”. No obstante, las estadísticas judiciales de los últimos años muestran un alto grado de resoluciones contrarias a los intereses empresariales; por ello, teniendo en cuenta el coste del proceso, el propio conocimiento empresarial de la dificultad de vencer en el juicio y el hecho de que hasta fechas recientes la derrota en el juicio conllevaba salarios de tramitación, resulta difícil creer que los empresarios que fueran conscientes de la insuficiencia (o inexistencia) de sus causas para despedir no reconocieran la improcedencia en estadios anteriores. No quiere con ello decirse que la jurisdicción social valore incorrectamente las causas –lo que requeriría un análisis cualitativo de las resoluciones con una muestra suficientemente amplia– sino que existen importantes divergencias entre empresarios y jueces sobre el alcance de las causas de despido, a pesar de que son bastante más precisas que la genérica “causa real y seria”.

Por ello, puede entenderse apropiado el establecimiento de criterios objetivos, como las actuales disminuciones persistentes de ingresos o ventas, si bien parece necesario configurarlas como presunciones *iuris tantum*, pues en determinados casos pueden no corresponderse con una razón real y seria para despedir, y estar encubriendo otro tipo de operaciones empresariales.

Por último, en relación a la causalidad del despido, cabe señalar que desde una perspectiva económica resulta extraño que el empresario carezca de razones para despedir cuando lo hace: igual que contratará siempre que con ello mejore la situación de su empresa, despedirá con el mismo objetivo, salvo supuestos patológicos (discriminación, reacción ante conductas extralaborales, relaciones personales...) que evidentemente deben ser corregidos. Frente a ello, es comprensible que el derecho establezca límites para proteger la estabilidad del empleo: en un esquema simplificado, suele aparecer como justo despedir para evitar o reducir pérdidas, pero no para aumentar beneficios. El equilibrio entre ambas posturas es complejo, y tiene importantes implicaciones sociales, así como afecciones sobre la competitividad. No resulta por tanto prudente establecer una respuesta unívoca sin un análisis específico de las consecuencias en ambos planos, lo que supondría una investigación específica y diferente de esta.

En relación a las restantes causas de terminación contractual de las que se derivan indemnizaciones, la única necesidad de ajuste es el establecimiento de las indemnizaciones por remisión en los casos de modificaciones lícitas del contrato

(arts. 40 y 41 ET), de tal forma que su cómputo se haga del mismo modo que el despido procedente. En el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, esto supondría un incremento del potencial coste relativo frente al despido para trabajadores que por su antigüedad superan el tope de nueve meses de salario (lo que sucede algo antes de los 14 años de servicio). Partiendo de la base que es más deseable socialmente que el empresario adapte las condiciones de trabajo (incluyendo las geográficas) antes que despedir, resulta razonable mantener algún ahorro para el caso de que optando por la primera vía el empresario, el trabajador extinga su contrato. Así, dado que el único pago que realiza el empresario por despido procedente en el modelo propuesto es el pago tanto alzado, lo más adecuado será la reducción del mismo.

Es preciso por último hacer una referencia a las causas de nulidad del despido previstas en el párrafo segundo del art. 55.5 ET en relación a la mujer embarazada. La protección reforzada de la gestación es ciertamente acorde con el marco constitucional, por lo que no puede ser objeto de crítica que se persiga cualquier conducta empresarial que atente contra la mujer trabajadora por ese motivo. Sin embargo, la interpretación constitucional del alcance de ese precepto se ha alejado de su función, por cuanto que entiende irrelevante el conocimiento empresarial de tal circunstancia. Por otra parte, no puede ignorarse que la prueba del conocimiento de la situación de embarazo de la mujer antes de que los cambios físicos en su cuerpo lo evidencien es ciertamente complicada. Por ello, la solución más equilibrada es la de matizar ese precepto, de modo que se establezca como requisito para la nulidad el conocimiento del empresario del hecho que la justifica –que únicamente en el caso del embarazo puede no darse–, presumiéndose *iuris tantum* su existencia: de este modo le corresponderá a él aportar las pruebas o indicios que lleven al juzgador al convencimiento de lo contrario.

c).- Mejoras técnicas

En otro orden de cosas, a lo largo de esta investigación se han puesto de manifiesto otros aspectos que podrían mejorarse en nuestra legislación. Así, para dar correcto cumplimiento al art. 7 del Convenio 158 de la OIT¹¹⁹, sería razonable que en caso de despido disciplinario el trabajador tenga posibilidad de justificar su conducta o negar los hechos antes de que el despido sea efectivo. Para evitar el incremento de costes empresariales, puede producirse una suspensión del contrato que, para no perjudicar al trabajador, podría dar lugar al nacimiento provisional de la prestación por desempleo. En caso de que el despido no llegara a producirse como consecuencia de las razones presentadas por el trabajador, el empresario devendría obligado a abonar

¹¹⁹ Ver al respecto el epígrafe 1.4.2 del Capítulo III.

los pagos correspondientes a la TGSS, así como eventualmente las diferencias entre la prestación percibida y el salario que corresponda. Otra alternativa, quizá más sencilla desde la perspectiva de la gestión, podría ser que el empresario abonara, durante el corto periodo de alegaciones, el importe que le correspondería al trabajador por la prestación, admitiéndose en caso de que el despido llegara a llevarse a cabo el resarcimiento con cargo a la prestación del propio trabajador. Sería esta una solución híbrida, en la que el despido no se haría eficaz hasta que el trabajador hubiera tenido la posibilidad real de defenderse, pero en su caso tendría efectos retroactivos al momento de comunicación por el empresario de su decisión de despedir. En esta opción se produciría un ligero sobre coste por las diferencias entre la prestación y el salario durante el corto periodo de tramitación del expediente, pues no resulta razonable, dada la generalmente diferente capacidad económica de ambas partes, el nacimiento de una obligación de devolución, habida cuenta que el empresario ya obtendría las cantidades depositadas a cuenta del trabajador en el fondo de capitalización.

El sistema de tres factores con el que actualmente se calculan las indemnizaciones extintivas se mantendrá para los casos de despido improcedente, si bien resulta recomendable hacer alguna corrección. En aras a la simplicidad, resulta más aconsejable sustituir la expresión actual “N días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año”, por la más clara de “un N% del salario anual del trabajador en el momento del despido por cada año de servicio a la empresa”.

En relación a la contratación temporal, es preciso reforzar tanto la definición causal de la misma como los mecanismos de control. Así, en el contrato de obra¹²⁰ es preciso especificar la noción de autonomía de la obra o servicio en la actividad de la empresa, de modo que quede claro que se entiende que carece de aquella la realización ordinaria del objeto de negocio, aun cuando esta sea divisible en proyectos o responda a clientes concretos. En relación a los llamados eventuales¹²¹, sería conveniente destacar que carecen de tal naturaleza los contratos celebrados para la cobertura de necesidades que aparecen en la empresa con carácter repetitivo o cíclico, siempre que tengan una determinada entidad: en la actualidad, conforme al tenor literal de la norma, una actividad que se repite anualmente por unos pocos días debería ser cubierta mediante contratación indefinida (fija-discontinua o tiempo

¹²⁰ El art. 15.1 ET lo permite en su letra a “para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta”.

¹²¹ Los autorizados en la letra b del art. 15.1 ET “cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa”.

parcial, según los casos)¹²². En tales circunstancias, sin embargo, resulta razonable que el empresario disponga de mayor libertad, por lo que resulta aconsejable establecer que tales figuras permanentes sólo sean obligatorias en los casos en que el total de tiempo de trabajo para la actividad de que se trate tenga determinada entidad, que podría fijarse en dos o tres meses.

Sobre el control de las contrataciones temporales, puede ser recomendable atribuir capacidad sancionadora a los órganos del orden jurisdiccional social cuando los hechos probados en el proceso (típicamente de despido, aunque pudiera ser también un procedimiento ordinario declarativo para el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral) pongan de manifiesto un uso desviado de la contratación temporal.

En lo referente a los despidos colectivos, la supresión de la autorización administrativa puede suponer un aumento de la litigiosidad. En la legislación precedente la intervención de la autoridad laboral actuaba como incentivo para alcanzar acuerdos, pues con ello se garantizaba la autorización. Una medida que puede generar un mayor interés empresarial para obtener la aquiescencia de los representantes de los trabajadores es la posibilidad de relajar el requisito de pago de la indemnización en el momento de la comunicación previsto en el art. 53.1.b ET. Así, no se reduciría la indemnización, pero sí se flexibilizaría el momento y forma de pago, lo que en una situación de dificultad para la empresa puede ser notablemente atractivo.

Por otra parte, se ha argumentado la conveniencia de extender el plan de recolocación externa a todos los despidos, con independencia del número de trabajadores afectados, como forma de reducir el perjuicio sufrido y sobre todo de reducir la incertidumbre sobre el valor de lo que el trabajador percibirá en caso de perder su empleo por una causa que no le es imputable. Dado que una de las ventajas de esta forma de incentivar la empleabilidad es el volumen de contratación, pueden arbitrarse formas colectivas de gestión e incluso socializar su coste. En este sentido, una alternativa sería una reforma en profundidad de las políticas activas de empleo, que en su caso podría sustituir a las acciones de recolocación en los despidos de más de 50 trabajadores.

¹²² Piénsese por ejemplo en el establecimiento de un puesto en una feria que se celebra anualmente y a la que regularmente acude la empresa, sin que los servicios del trabajador sean requeridos a lo largo del año. Igualmente el refuerzo de personal en establecimientos de hostelería con ocasión de algún evento de corta duración (fiestas patronales, festivales culturales), etc.

d).- Gestión del fondo

Es por último necesario determinar los aspectos básicos relacionados con la gestión de los fondos de capitalización. Existen en la actualidad multitud de instituciones financieras reguladas y supervisadas, por lo que no parece conveniente establecer una clase de sociedad diferente, especialmente orientada a este fin. Sin embargo, sí que resulta adecuado proteger las cuentas de los trabajadores de un modo específico. Al margen de la tutela general del fondo de garantía de depósitos, debe exigirse una gestión separada de este tipo de activos, así como el requisito de una solvencia reforzada para las entidades que ofrezcan este servicio.

En relación a la rentabilidad exigida, resulta adecuado tomar del modelo austriaco la exigencia de garantía del capital nominal, de modo que se eviten rentabilidades negativas incluyendo los gastos de gestión de las entidades: el trabajador obtendrá, en todo caso y como mínimo, la suma de las aportaciones empresariales a su nombre. Esto supondría una restricción a los potenciales beneficios, por lo que puede permitirse que se establezcan condiciones más flexibles siempre que la constitución del fondo se realice por acuerdo entre la representación de los trabajadores y el empresario y el fondo tenga un tamaño determinado. Para alcanzar esa masa crítica, que permita una correcta diversificación, puede aprobarse la constitución de fondos en la negociación colectiva de ámbito sectorial, con inclusión obligatoria de las empresas bajo su ámbito salvo acuerdo expreso en el seno de la misma con la representación de los trabajadores.

El trabajador podrá disponer de las cantidades aportadas a su nombre en los mismos supuestos en los que actualmente existe derecho a indemnización (en cualquier cuantía), aunque podrá también mantenerlo en el fondo. En caso de que decida cobrarlo, pueden ofrecerse dos alternativas: o un solo cobro del total de la cuenta acumulada, o la percepción de las cantidades necesarias para mantener el nivel de renta previo al despido, por tanto tiempo como tarde en encontrar otro empleo a tiempo completo; si se ocupara a tiempo parcial podría percibir las cantidades necesarias para mantener, teniendo en cuenta el nuevo salario y la percepción parcial de desempleo, su nivel de renta. La ventaja para el trabajador de esta opción residirá en el tratamiento fiscal, puesto que resulta razonable mantener la exención de IRPF para el dinero cobrado de esta cuenta, incluyendo los intereses generados, que hoy recoge el art. 7.e de la ley de dicho impuesto¹²³. Al mismo tiempo, en tanto que con

¹²³ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre de 2006)

ello se mantienen mayores cantidades en el fondo, se reduce la necesidad de liquidez de los mismos, lo que posiblemente permita una mejor gestión financiera.

C.- Propuesta y justificación de parametrización

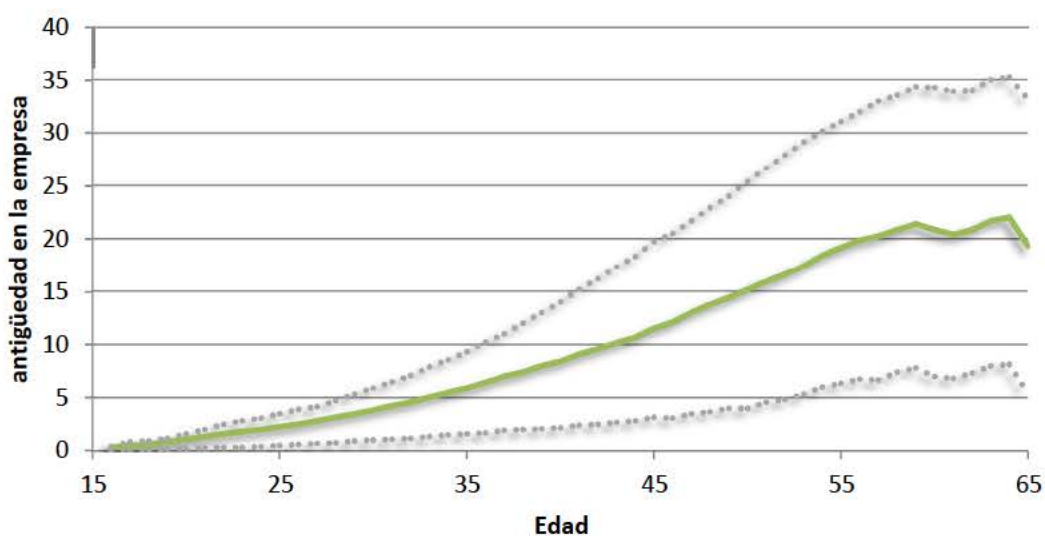
El modelo propuesto, de acuerdo a los elementos señalados, puede resumirse del siguiente modo:

- El empresario realizará una cotización por cada trabajador, liquidable mensualmente, a un fondo de capitalización.
- Supresión de la indemnización en función de antigüedad y salario en caso de despido objetivo procedente.
- Introducción de una indemnización a tanto alzado, con un límite proporcional al total de remuneraciones percibidas por el trabajador, para todos los casos de terminación del contrato por iniciativa o por causa de la acción del empresario, sin culpa del trabajador. En el caso de extinciones por movilidad geográfica o funcional, este pago se verá minorado.
- En caso de que el despido sea calificado o reconocido como improcedente, el trabajador tendrá derecho, además de la cantidad a tanto alzado, a una indemnización calculada con el sistema actual, moderando el factor indemnizatorio.
- En caso de despido disciplinario, el trabajador perderá el derecho a las aportaciones realizadas por el empresario a su nombre, que se destinarán a minorar las cuotas que el empresario deba aportar por otros trabajadores.

Para la concreción de este modelo, se hace necesario fijar la cuantía o niveles de diferentes parámetros. Estos deben establecerse atendiendo a modelos econométricos que lo optimicen, lo que excede del ámbito de esta investigación. No obstante, sí es posible establecer alguno de ellos, con carácter meramente orientativo, que sirvan de punto de partida y permitan comparar la situación de empresarios y trabajadores respecto de la situación actual.

Los niveles escogidos conforman un diseño en el que en los primeros años de vida del contrato –que de acuerdo con a los datos que se han expuesto más arriba son en los que actualmente se encuentra el trabajador despedido medio– no existen grandes diferencias con el sistema actual si se toma en consideración la suma de la indemnización a tanto alzado y las aportaciones acumuladas.

Gráfico V-11: Antigüedad en la empresa y edad del trabajador



Fuente: EPA (microdatos)

Las líneas punteadas muestran los percentiles 25 y 75 de la distribución. Datos en promedio para el periodo 2006-2012

Para la estimación de los efectos, es posible adoptar dos posibles perspectivas: o bien se evalúa desde la edad de los trabajadores –lo que permite ver las cantidades acumuladas a lo largo de toda una carrera profesional– o se desde la antigüedad de los mismos en la empresa. Evidentemente, como muestra el Gráfico V-11, existe una relación estrecha entre ambas: con datos para el periodo 2006-2012, que es el que se usará en adelante, cada año de edad adicional (evidentemente, a partir de los 16 que es la edad legal mínima para trabajar salvo excepciones) supone en promedio hasta los 60 años un aumento de la antigüedad en la empresa de algo más de medio año. Sin embargo, la dispersión es muy elevada, debido a la movilidad laboral, tanto voluntaria como involuntaria. Asimismo, como también se aprecia en el gráfico, existe una elevada dispersión: las líneas punteadas muestran los percentiles 25 y 75 –esto es, los que dejan a una cuarta parte de los trabajadores por encima y por debajo respectivamente– y conforme van teniendo más edad, la distancia entre ellos crece a un ritmo progresivamente superior: a título ejemplificativo, a los 35 años la mitad “central” de los asalariados se encuentra en una horquilla de algo menos de tres años y medio; a los 40 años el intervalo necesario para cubrir a ese 50% de trabajadores sube hasta los 12 años y a los 60 son ya 21.

Esa evolución aconseja analizar los efectos teniendo en cuenta ambos puntos de vista: el relativo a la antigüedad, que ofrece el promedio de indemnizaciones de modo

más general, y el de la edad, que muestra la situación del trabajador que desarrolla sus servicios en una misma empresa.

La información de los salarios por antigüedad y edad es clave. En el sistema actual sólo es necesario tener en cuenta la retribución a la que el trabajador tiene derecho en el momento del despido, siendo irrelevante la senda salarial que ha seguido hasta ese instante. En el propuesto, al establecerse aportaciones durante toda la vida del contrato, se deberá atender al salario promedio en cada periodo.

Para ello se utilizarán los datos de distribución de la renta que ofrece el INE en relación a la EPA. Estos datos ofrecen únicamente información por deciles de renta, y no se integran en los ficheros de microdatos, con lo que no resulta posible realizar cruces que serían de gran interés a estos efectos –pues permitirían tener en cuenta conjuntamente los efectos que sobre el salario tienen edad y antigüedad, así como distinguir por otras variables, como pudieran ser los sectores productivos, el nivel formativo o el tipo de puesto de trabajo-. Sí distingue entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, aunque por razones prácticas se han realizado los cálculos únicamente teniendo en cuenta a los primeros, pues la inclusión de los segundos introduce una heterogeneidad que dificultaría la comprensión del modelo.

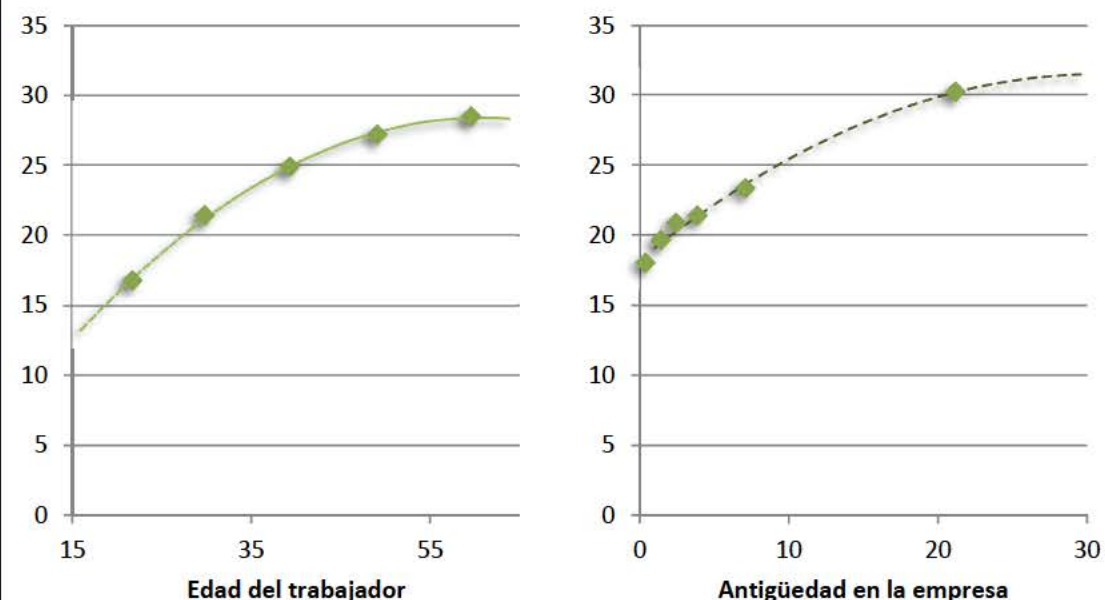
La información estadística disponible se organiza, tanto para la antigüedad en la empresa como para la edad del trabajador, en grandes grupos. Para estimar la evolución de los salarios se ha evaluado con los microdatos de la EPA la antigüedad y la edad media del trabajador en cada uno de esos grupos, tomando como referencia el periodo 2006-2012, que es para el que se ofrecen datos de la EPA. De este modo el valor de referencia es el dado por esta tabla:

Tiempo en la empresa	Antigüedad promedio en la agrupación	Edad del trabajador	Edad promedio en la agrupación
Menos de 1 año	0,38	De 16 a 24 años	21,80
De 1 a menos de 2 años	1,40	De 25 a 34 años	29,89
De 2 a menos de 3 años	2,42	De 35 a 44 años	39,40
De 3 a menos de 5 años	3,85	De 45 a 54 años	49,18
De 5 a menos de 10 años	7,08	De 55 y más años	59,66
10 años o más	21,15		

Partiendo de esos salarios medios, se ha procedido a realizar una estimación polinomial, que como muestran las dos figuras del Gráfico V-12 se ajusta con bastante exactitud a la evolución conforme a los datos disponibles (marcados con un rombo; la línea discontinua presenta la estimación realizada para esta simulación). Como puede apreciarse, la información relativa a la edad se distribuye de un modo más uniforme a

lo largo de toda la curva que en caso de la antigüedad- Consecuentemente, se utilizará esa información con carácter general para presentar los resultados de la simulación.

Gráfico V-12: Salario medio en miles de euros anuales según edad y antigüedad del trabajador en la empresa



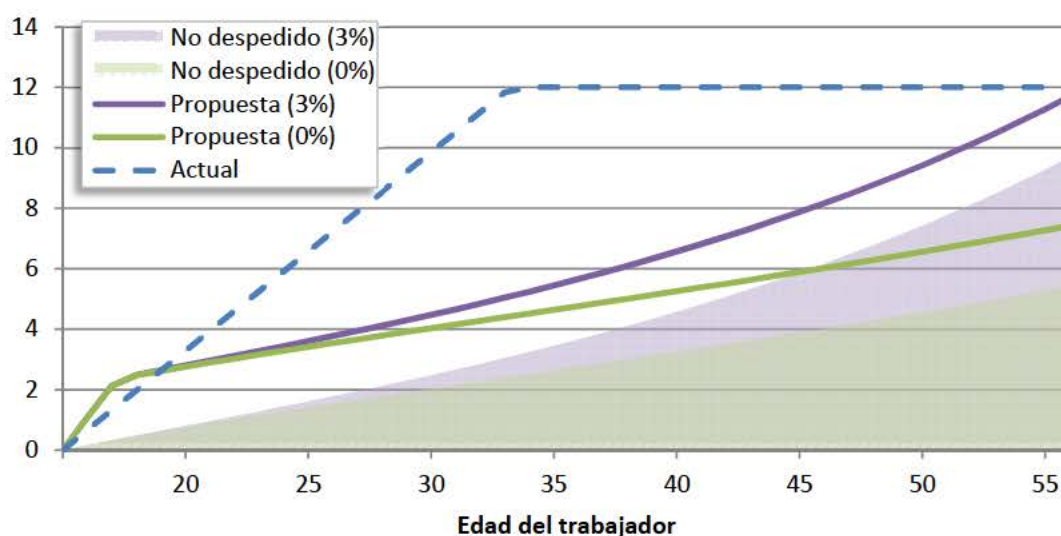
Fuente: Ver texto

El ajuste de los parámetros debe basarse en modelos econométricos en los que la tasa de despido sea endógena (esto es, determinada por el propio modelo), y debe ser tal que los mayores costes que supone la aportación al fondo de capitalización, en los casos en los que actualmente no llega a pagarse ninguna indemnización, y la diferencia de cuantía en los años iniciales, se compensen con las menores indemnizaciones para el caso de trabajadores de mayor antigüedad. Llegados a este punto, sin embargo, conviene precisar los parámetros orientativos del modelo propuesto, para poder así exponer algunos de sus efectos:

- **Aportación al fondo de capitalización:** 1,3699% del salario bruto del trabajador, lo que equivale a cinco días de salario por año.
- **Indemnización a tanto alzado en caso de despido:** tres mensualidades de salario; con el objeto de evitar que esto haga imposible la celebración de contratos de corta duración, en ningún caso podrá suponer más del 7,6712% del salario total abonado, equivalente a 28 días de salario. De esta forma, la suma de ambos elementos es de treinta y tres días de salario por año de servicio, equivalente al despido improcedente en el régimen actual

- **Indemnización adicional en caso de despido improcedente:** conjuntamente a la indemnización prevista para el despido procedente por causas objetivas, un 5,4795% del salario anual del trabajador multiplicado por el tiempo de servicio en año, computando la parte proporcional por los días que excedan del último año completo. El citado porcentaje es el correspondiente a un factor indemnizatorio de 20 unidades.

Gráfico V-13: Cantidad recibida por el trabajador en caso de despido objetivo procedente, medidas en mensualidades de salario en ese momento



Fuente: Elaboración propia (ver texto)

La estimación supone que el despido se realiza al final del año indicado, con el salario medio de esa edad durante todo el periodo, habiendo sido contratado a los 16 años. El porcentaje entre paréntesis indica la rentabilidad real del fondo de capitalización. Todas las cantidades se calculan en euros constantes de 2011.

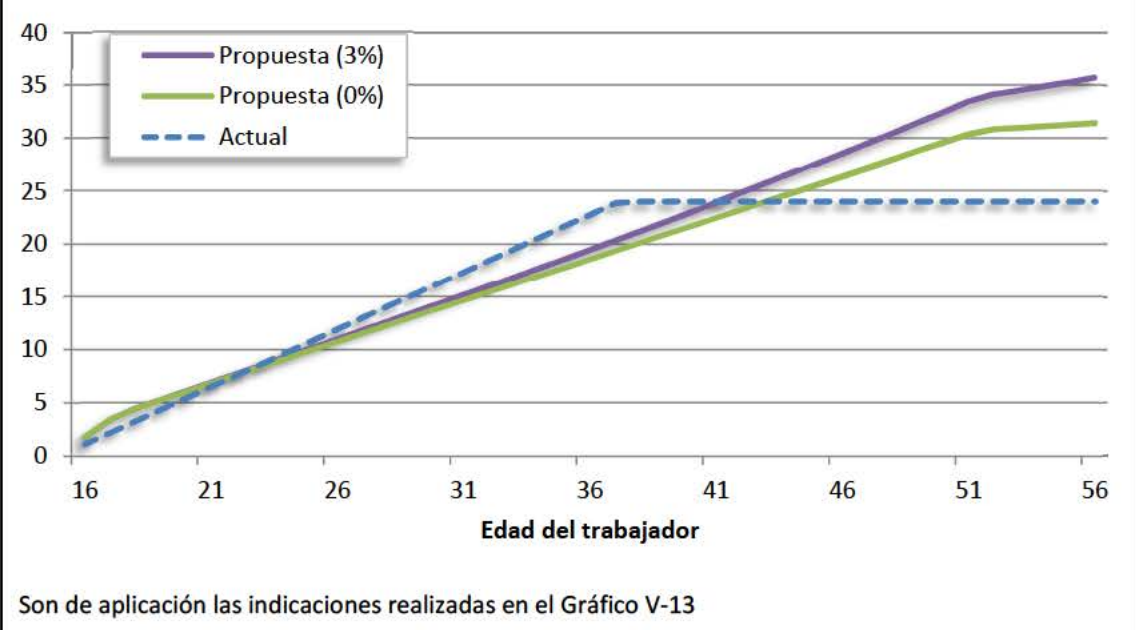
Las consecuencias de la implantación del modelo con estos parámetros pueden verse desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, en referencia a la situación de los trabajadores, en el Gráfico V-13 se presenta la percepción de un trabajador que comienza a trabajar a los 16 años y desde ese momento recibe siempre el salario medio de las personas de su edad. Es ciertamente un caso extremo –en promedio desde 2005 menos de la mitad de los jóvenes de hasta 23 años están ocupados, y menos del 5% en el caso de los 16 años– pero no altera en lo esencial los resultados: los primeros años de la vida del contrato el trabajador percibe por despido más de lo que cobraría actualmente, pero pronto comienza a obtener indemnizaciones más bajas por despido improcedente.

Esto no implica que el trabajador necesariamente pierda respecto al régimen actualmente vigente, pues las zonas sombreadas representan la cuantía acumulada en

el fondo; en caso de que el trabajador no sea despedido nunca (porque se retire en la empresa o porque la abandone por dimisión o cualquier otra razón que no dé lugar a indemnización) se trata de una ganancia a su favor.

El incremento de la cuantía en los primeros años supone, en cierta medida, una compensación por la inestabilidad laboral: si el trabajador es despedido antes de poder llegar a adquirir experiencia obtendrá una indemnización proporcionalmente mayor.

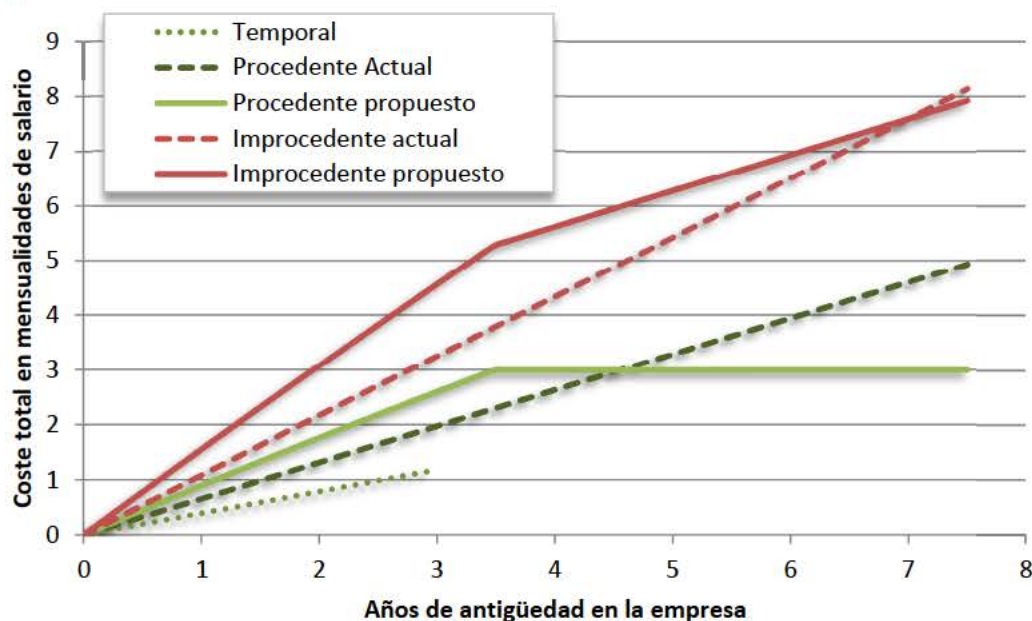
Gráfico V-14: Cantidades recibidas por el trabajador en caso de despido improcedente, medidas en mensualidades de salario en ese momento



En el caso del despido improcedente resulta un esquema mucho más próximo al actual (Gráfico V-14), aunque también contiene la corrección para penalizar los contratos de corta duración, con independencia de su naturaleza temporal o indefinida. El hecho de que el tope indemnizatorio –que se mantiene en dos anualidades de salario– sólo afecte a la suma adicional calculada de forma modular pero no a las aportaciones al fondo de capitalización, hace que la indemnización que efectivamente recibirá el trabajador siga creciendo por larga que sea su carrera en la empresa, lo que indudablemente supone una mejor protección de los trabajadores que son despedidos con más edad y cuya capacidad de adaptación a otra empresa (y consecuentemente de encontrar otro puesto de trabajo) son menores. Desde la perspectiva del empresario, el conjunto de pagos realizados es evidentemente el recíproco: todas las cantidades que recibe el trabajador proceden de aquel. Por ello, como ya se ha señalado más arriba, el empresario que menos costes por terminación del contrato afronta en la realidad se verá perjudicado por el nuevo sistema, lo que habría que corregir mediante el establecimiento de un sistema de bonificaciones y

penalizaciones en la prestación por desempleo que en el extremo supusiera una reducción de la cuota del mismo porcentaje que debe aportarse al fondo de capitalización. Sin embargo, la decisión marginal de despedir sí se ve alterada, puesto que las cantidades aportadas al fondo no las tomará en consideración para imponer o no la extinción del contrato de trabajo.

Gráfico V-15: Coste de despido en términos de mensualidades de salario en el sistema propuesto y el vigente



Salarios calculados en relación a la antigüedad de la empresa (ver texto)

En el modelo propuesto el coste se equipara al del actualmente vigente aproximadamente tras cuatro años y medio¹²⁴ en la empresa, que se acerca bastante a la antigüedad media del trabajador despedido para el contrato ordinario indefinido: el coste del despido promedio será por tanto muy similar. Ahora bien, si se tienen en cuenta los contratos temporales, la decisión de despedir resulta ahora mucho más cara, lo que está llamado a producir efectos beneficiosos mediante la reducción de la rotación laboral ineficiente. Ello no tiene por qué suponer un incremento de costes laborales, pues la disminución de la contratación laboral que en la actualidad se hace con la finalidad de asegurar un ajuste de plantilla rápido y barato supondrá un número de indemnizaciones pagadas menor.

Desde la perspectiva de los costes laborales, por otra parte, el sistema de indemnizaciones por despido supone un abaratamiento relativo de los contratos de

¹²⁴ Sólo se adelantaría para incrementos salariales anuales superiores al 18,36%, lo que no parece un supuesto muy realista.

más duración, profundizando en la línea de actuación señalada. Si se divide el coste de despido entre el total de retribuciones percibidas por el trabajador a lo largo de su contrato con la empresa, el esquema factorial de indemnizaciones hace que el coste proporcional sea estable a lo largo de todo el contrato. De hecho, si se produce el aumento de salario conforme a la antigüedad del trabajador en la empresa, crece progresivamente, pues se aplica un porcentaje estable (20/365 ó 33/365) a una base (salario día) cada vez mayor. Únicamente la existencia de los topes indemnizatorios, que no actúan hasta que la relación laboral se ha extendido notablemente (18 años y tres meses para el despido por causas objetivas y 22 años y un mes para el caso del despido improcedente), permite un abaratamiento relativo.

En el sistema que aquí se propone, existe un efecto inicial similar, pero tiene una duración notablemente más limitada: en el momento en el que la parte a tanto alzado alcanza su techo de tres mensualidades comienza a reducirse el coste medio de la extinción, lo que genera incentivos al mantenimiento de relaciones laborales más largas.

Por último, debe destacarse que la defensa de la legalidad se encuentra notablemente mejor protegida en el modelo propuesto que en el vigente. Con los parámetros que se han expuesto, resulta mucho más costoso aceptar la improcedencia en relación con un despido ajustado a las causas y formas legales, especialmente una vez que se alcanzan en el presente modelos los topes máximos, lo que ocurre bastantes años antes de que se alcancen los topes indemnizatorios previstos en la normativa actual.

Con todo ello, puede hacerse referencia a la comparación de incentivos a la contratación estable en los términos que proponen BENTOLILA ET AL¹²⁵ y que se ha expuesto más arriba¹²⁶, valorando las alternativas empresariales entre cinco contratos sucesivos de dos años (temporales) o un único contrato indefinido extinguido al final de dicho periodo: en el régimen actual, para los contrato celebrados a partir de 2015, un trabajador temporal percibirá una indemnización de 12 días de salario por año de servicio, mientras que el indefinido tendrá una indemnización de 20 ó 33 días, según la calificación del despido. Si se cubren los diez años del ejemplo, la contratación sucesiva de cinco temporales por dos años tendrá un coste de 120 días de salario. Un solo trabajador indefinido cobrará al ser despedido 200 días de salario (despido procedente) o 330 días de salario (despido improcedente). La diferencia será por tanto respectivamente de 80 o 210 días de salario. Con el modelo propuesto, la contratación sucesiva por dos años de cinco trabajadores temporales supondría un coste (al margen de las aportaciones al fondo, que como se abonan en todo caso pueden ignorarse en la

¹²⁵ BENTOLILA, S. ET AL., “Reforming an insider-outsider labor market”, cit., págs. 19-21.

¹²⁶ Ver página 14.

comparación) de un 7,6712% del total de los salarios abonados, o lo que es lo mismo 279 días de salario¹²⁷. Un único trabajador indefinido, percibirá por el despido tres mensualidades (91,25 días) de salario si el despido es procedente y 291 días si es improcedente. Las diferencias en el modelo propuesto son pues de -187,75 días de salario en caso de que el despido sea procedente y 12 si es improcedente. Los incentivos buscados se satisfacen, por tanto, con amplitud: es mucho más racional la contratación indefinida, y una vez celebrada, resulta poco atractivo el reconocimiento de la improcedencia cuando existen razones fundadas, pues los costes asociados a la formalización del despido y su defensa jurídica difícilmente cubrirán la diferencia.

¹²⁷ El efecto del redondeo impide que sean 280, que sería lo que correspondería a un factor indemnizatorio 28 en diez años.

CONCLUSIONES

Uno. Es necesario un enfoque interdisciplinar para establecer una regulación óptima del despido y otras formas de extinción del contrato por decisión del empresario.

En la relación de trabajo confluyen con especial intensidad una pluralidad de intereses de naturaleza no sólo privada, sino también de relevancia para toda la sociedad. Incluso desde una perspectiva estrictamente jurídica, puede valorarse su naturaleza desde diferentes puntos de vista. En una lógica iusprivatista, se trata de un vínculo contractual en el que las obligaciones de ambas partes se dirigen a la satisfacción de un interés de la contraria por incrementar su patrimonio: el trabajador a través del salario, y mediante los beneficios obtenidos a través de la adquisición de los frutos del servicio prestados por este, en el caso del empresario.

Al mismo tiempo, el trabajo supone para el individuo una forma de realización de su proyecto vital en la sociedad, lo que implica que deba tenerse en cuenta, en una perspectiva ligada a los derechos constitucionales, el derecho al trabajo. De la misma forma, la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado obliga a reconocer la capacidad del empresario para gestionar su organización.

Esta perspectiva jurídica, que ya es de por sí compleja, tiene además que amoldarse a los objetivos de política económica. El empleo es una variable fundamental para el funcionamiento agregado de la economía: el trabajo es un factor de producción –con las evidentes particularidades que supone el hecho de que sea un ser humano, con sus derechos y deberes y, sobre todo, su capacidad de tener comportamientos estratégicos–, pero el trabajador que percibe su nómina es además consumidor y contribuyente, con lo que el mantenimiento del puesto de trabajo y el nivel de su retribución tiene importantes consecuencias en este ámbito.

Este carácter poliédrico del vínculo laboral ya justifica de por sí la necesidad de reflexionar, en cualquier análisis de una institución jurídica, acerca de las implicaciones que pueda tener. En el caso de la decisión extintiva cobra, sin embargo, una relevancia especial: al tratarse de una relación que desenvuelve sus efectos a lo largo de del tiempo, y dado que las necesidades productivas de la empresa necesariamente evolucionarán, el poder sobre la decisión extintiva se sitúa en una posición de absoluta centralidad, no sólo a la hora de alterar lo pactado, sino incluso en el momento del nacimiento mismo del contrato.

Por ello, el análisis de la decisión empresarial de dar por terminada una relación laboral no puede hacerse sin tomar en consideración su naturaleza esencialmente económica, pero tampoco puede ignorarse que se trata de un vínculo de especial relevancia para el derecho. A lo largo de esta investigación se ha puesto de manifiesto que prácticamente todos los aspectos de la regulación jurídica del despido y demás formas de terminación del contrato en las que incide la voluntad empresarial tienen una implicación económica, que en último término se manifiesta en forma de mayor o menor coste. Por todo ello, un enfoque completo de la extinción del contrato de trabajo debe abordarse prestando atención simultánea a los diferentes elementos jurídicos y económicos en juego, pues los enfoques parciales corren el riesgo de caer en simplificaciones excesivas.

Dos. El efecto de la existencia de costes de despido sobre las distintas variables económicas no es unívoco: aquellos pueden tener distintas razones, y la propia forma de implantación afectará a sus consecuencias

Frente a la consideración, generalmente extendida, que asume que el efecto de los costes de despido (o en general de extinción del contrato) supone esencialmente un menor nivel de empleo, la literatura económica que se ha revisado en este trabajo demuestra que no es posible realizar afirmaciones tajantes en este sentido.

En primer lugar, es preciso resaltar que el hecho de que en caso de necesitar prescindir de un trabajador el empresario tenga que abonar una cantidad no tiene porqué implicar efectos sobre los niveles de empleo u otras variables económicas: si ambas partes disponen de toda la información sin incurrir en costes, podrán neutralizar su efecto, incluyendo el coste del despido en el contrato como una retribución más.

Los efectos que puedan tener las restricciones a que las partes unilateralmente terminen con la relación laboral tienen su origen, por tanto, en la existencia de algún problema que impida esta clase de acuerdos: costes empresariales de los que no se beneficia el trabajador, faltas de información que suponen un obstáculo para conocer con certeza los escenarios posibles y sus consecuencias, ineficiencias en los mercados

financieros que no permitan ajustar las rentas en diferentes momentos temporales, etc. Igualmente, las externalidades que produce el despido (pérdida del valor social del trabajo, efectos sobre la demanda agregada, coste en prestaciones por desempleo) son fallos de mercado que pueden llevar a niveles de extinciones por encima de los socialmente óptimos. Son estos los costes netos del despido, y sólo ellos tendrán algún efecto potencial sobre la economía.

Pero incluso en este caso los resultados sobre el empleo total son ambiguos: aunque es cierto que al aumentar el "precio" del factor trabajo se reducirá su demanda (menos contratación), también lo hará la de los despidos (menos extinciones), al incrementarse su precio, sin que exista un consenso en qué efecto predomina, posiblemente porque dependerá de otras muchas características de la economía, aunque es claro que se reduce la rotación.

Por otra parte, el hecho de que efectivamente la regulación altere el funcionamiento de las relaciones laborales no es necesariamente en un sentido negativo. Sólo en caso de que todos los mercados que de un modo u otro están relacionados con el vínculo laboral fueran perfectamente eficientes la respuesta óptima sería la no intervención. La existencia de fallos de mercado puede, por tanto, justificar la existencia de costes netos de despido, siempre que su diseño sea el correcto.

En este sentido, la ciencia económica muestra como estas indemnizaciones pueden tener una función de aseguramiento frente al desempleo, cumplen un papel importante como incentivo al rendimiento y ayudan a fomentar la formación del capital humano.

Ello no quiere decir tampoco que los efectos de una legislación especialmente protectora de la estabilidad en el empleo sean necesariamente positivos: al margen de que debe estar diseñada para responder a los fallos detectados, la menor rotación puede frenar los cambios en la estructura productiva de un país, con la consiguiente pérdida de productividad; ante la dificultad de ajuste, también internamente puede dificultarse la modernización de la empresa, pues la inversión en capital físico o la introducción de métodos de organización del trabajo más eficientes que requieran menor cantidad de trabajo tendrán un coste adicional.

También debe tenerse en cuenta que, si las consecuencias de extinguir el contrato de todos los trabajadores no son homogéneas, la legislación laboral puede introducir distorsiones que en caso de que la empresa tenga que soportar un shock negativo, afecten no tanto a la intensidad del ajuste como a la selección de los afectados. De este modo, la existencia de indemnizaciones diferenciadas para trabajadores fijos y temporales o el cómputo de ésta en función de la antigüedad pueden alterar la

decisión empresarial, en el sentido de prescindir de los trabajadores en función del coste que ello supone y no de su productividad.

En definitiva, ha quedado suficientemente justificado que no son admisibles las respuestas simplistas en relación a la regulación de protección del empleo: la existencia de costes de terminación del contrato de trabajo puede dar respuesta a diferentes problemas, pero incluso cuando se determine que es necesaria su reducción, esta debe dirigirse preferentemente a aquellos que no supongan una transferencia directa del empresario al trabajador, pues las indemnizaciones son precisamente el coste que menor capacidad distorsionadora presenta.

Tres. En las últimas décadas el legislador ha reformado la legislación del despido con dos objetivos, ambos fallidos: la reducción del desempleo y la reducción de la temporalidad

Se ha comprobado cómo el régimen jurídico del despido ha sufrido en las últimas décadas una frenética actividad legislativa, con dos objetivos claros. El primero de ellos, presente desde que a mediados de los años 1970s se comenzó a concebir la legislación laboral como un mecanismo de política económica, es la reducción de los elevados niveles de desempleo de la economía española, en comparación con otras de nuestro entorno. El segundo, que nace en los años noventa del siglo pasado, es la reducción de la temporalidad, que precisamente trae causa de los primeros intentos de alcanzar el objetivo anterior, y que hace que en la actualidad ambos presenten importantes vínculos.

En el contexto de una importante crisis económica, motivada por la necesidad de reconversión de la economía española, y particularmente por la llamada crisis del petróleo, la respuesta del legislador español fue la de ofrecer al empresariado la opción de una contratación temporal acausal con un coste extintivo reducido. Esto generó lo que se ha calificado como “costumbre de temporalidad”, que más que a un hábito se debe a una determinada forma de organización de la actividad productiva en general y de los recursos humanos en particular: no se trata (sólo) de una especialización en sectores como la construcción o el turismo en los que la temporalidad es más frecuente, sino que en todos los ámbitos productivos se aprovecharon las ventajas que ofrecían estas modalidades contractuales. Consecuencia de ello, cuando se dio marcha atrás ya era demasiado tarde. Sorprendentemente, en el año 2011 se volvió a apostar por la vía de la temporalidad bajo la argumentación de que “cualquier empleo es mejor que el paro”, al suspender el afortunadamente ya recuperado art. 15.5 ET relativo a la concatenación de contratos temporales.

El fracaso de la lucha contra la temporalidad se explica por varios factores: además de que la readaptación de la organización empresarial a esquemas de mayor peso de empleo indefinido hubiera requerido un tiempo dilatado –en gran medida exige formación de capital humano e inversiones en tecnologías y sistemas de organización que lo aprovechen–, los intentos de “recausalizar” la contratación de duración determinada para restringirla a necesidades realmente temporales en la normativa no han sido acompañados de un verdadero esfuerzo por hacerlo cumplir, ni desde las autoridades laborales ni desde la jurisprudencia.

Fruto de todo ello, la opción por una modalidad contractual indefinida o temporal es en la práctica una decisión empresarial, que realizará atendiendo a los costes y beneficios que espera obtener de la relación que entable con el trabajador: en un contexto de incertidumbre, será especialmente atractiva la contratación temporal, pues permite un ajuste más rápido y menos costoso, tanto en términos estrictamente monetarios, como de “paz social” en el seno de la empresa.

El propio legislador parece asumir esta derrota del derecho, pues –aunque lo acompaña de otras medidas– parece insistir en la vía de reducir la “brecha” del factor indemnizatorio en la terminación de contratos temporales e indefinidos, tratando de alentar así a los propios empresarios para que cumplan la ley por su propia voluntad. El problema radica en que la apuesta por esta vía –igual que en la exigencia de un motivo para la contratación temporal– ha sido tibia: aun habiéndose reducido la diferencia entre los factores indemnizatorio desde las 45 unidades iniciales (tomando como referencia el despido improcedente, y teniendo en cuenta que la terminación de la contratación temporal “ordinaria” tenía un factor nulo) a las 22 actuales (que serán 21 a partir del 1 de enero de 2015, pues los factores serán, respectivamente, 12 y 33) la contratación indefinida sigue representando un porcentaje muy limitado del total.

Cuatro. El legislador nacional español dispone de un amplio margen para establecer el régimen de despido y sus consecuencias

Los límites a la regulación posible del despido vienen determinados por tres clases de normas: las derivadas de la Constitución, las procedentes del Derecho Internacional –particularmente el Convenio 158 de la OIT– y el Derecho Comunitario Europeo. Particularmente, este último establece la necesidad de regular un procedimiento específico para los despidos que afecten a un determinado número de trabajadores, lo que impone un coste neto a los mismos que se justifica por la relevancia social y por la tutela de derechos colectivos.

El respeto a los Derechos Fundamentales, elemental en cualquier régimen democrático, no plantea especiales problemas en cuanto a su fundamentación, y de hecho no suele ser objeto de controversia en el plano teórico. La garantía de los

mismos exige el pleno resarcimiento del daño, con lo que no es admisible la modulación legal del mismo, pues la tutela de estos se encuentra en un nivel jerárquico superior al de otros intereses en juego, como la libertad empresarial u objetivos de empleo.

La principal exigencia derivada de la interpretación conjunta de estas fuentes es la del reconocimiento de que únicamente cuando concurra una causa razonable podrá el empleador terminar legalmente la relación laboral. Por esta razón, es preciso que se establezcan consecuencias diferenciadas para los despidos o terminaciones lícitas e ilícitas, cualquiera que sea la denominación legal que se dé a unas y a otras, pues lo contrario supondría un fraude, una desnaturalización de la propia causalidad.

Ahora bien, el margen para definir qué debe entenderse por “justa causa” es ciertamente amplio, por lo que difícilmente podrán oponerse objeciones de esta índole al legislador que regule con mayor o menor generosidad la capacidad de actuación empresarial. En todo caso, cualquiera que sea la definición legal de la misma, es preciso que exista la posibilidad de que su concurrencia sea revisada por un órgano del poder judicial, pues de otro modo se vulneraría la tutela judicial efectiva, al quedar el derecho al trabajo vacío de contenido: difícilmente puede considerarse su existencia si no se reconocen vías para su defensa.

Aunque ninguna de las tres fuentes supraleales citadas exige que el juez laboral tenga que poder valorar la oportunidad de la medida o tan siquiera su suficiencia (en la expresión usada por el Convenio de la OIT), sí que es preciso que se le permita evaluar la concurrencia de las mismas. Esto implica que no se le puede vedar el juicio acerca de si el motivo empresarial realmente deriva de los hechos alegados, si bien es perfectamente asumible que –como se hace con carácter general– se presuma la buena fe y la veracidad de la actuación empresarial, correspondiendo la prueba de que las razones son otras a quien lo alegue. En definitiva, no cabe hacer reproches de antijuricidad a la ley siempre que se permita este control, lo que ciertamente es un límite poco intenso.

En relación a las indemnizaciones, el nivel de exigencia es aún inferior: en el caso de que concurran causas legales corresponde al legislador realizar la ponderación entre el derecho al trabajo y a la libertad de empresa, sin que nada impida que se prime esta última sobre el primero. En consecuencia, sería admisible jurídicamente que en este caso se excluyera cualquier clase de indemnización: aunque el Convenio 158 de la OIT y la Carta Social Europea en su versión revisada (firmada pero no ratificada por España) exigen una indemnización por la pérdida del empleo, en ambos casos se permite su elusión si existe otra compensación “adecuada”, que en la primera de estas dos normas se concreta en la prestación por desempleo. Desde la

óptica estrictamente constitucional, difícilmente podrá objetarse que el legislador entienda que –siempre bajo la existencia de una causa suficiente– debe primar el art. 38 CE sobre el art. 35 CE, especialmente si ello se justifica en objetivos de política económica o, más claramente, en la consecución del pleno empleo: a pesar de la falta de evidencia empírica que ya se ha expuesto, el Tribunal Constitucional ha sido reacio a valorar el acierto técnico o político de las medidas gubernamentales para la consecución de sus fines, siempre que superen el juicio de proporcionalidad, lo que por otra parte es plenamente acorde al papel de legislador negativo en garantía de la Constitución.

En caso del despido “injustificado” o improcedente, es claro que debe exigirse una compensación adecuada, no sólo por el reconocimiento del derecho al trabajo o por las exigencias expresas de las normas que operan como límite al legislador, sino por la más elemental seguridad jurídica: en este campo, como en cualquier otro de la vida jurídica, no puede permitirse que una parte incumpla las obligaciones que ha contraído sin que eso tenga alguna consecuencia. El juicio del carácter “adecuado” o “suficiente” de las indemnizaciones por despido contrario a derecho es, por tanto, el único reducto existente en cuanto a la determinación de la cuantía, pero el legislador goza de plena libertad para fijar los criterios que estime oportunos.

Cinco. Toda extinción del contrato del trabajo por voluntad (expresa o asumida) del empresario responde a una decisión de gestión empresarial, que tras la evaluación de costes y beneficios ajustará su decisión económica a una causa formal regida por el derecho

La regulación jurídica de la extinción causal del contrato de trabajo, objeto de esta investigación, que incluye la que se produce por reacción del trabajador ante una actuación lícita o ilícita del mismo, aunque desde el punto de vista de la norma se configure como una pluralidad de supuestos aparentemente independientes, opera en la práctica de un modo unitario.

La decisión de contratar o despedir se realiza siempre desde la perspectiva de la mejor gestión empresarial. Al margen de las posibilidades de contratación de duración determinada o indefinida que brinda el ordenamiento, y que son objeto de una conclusión específica, cuando el empresario toma la decisión de prescindir de un trabajador lo hace desde la lógica de que los resultados de la empresa serán mejores sin él. Aunque es cierto que pueden darse excepciones, como la concurrencia de motivos discriminatorios o estrictamente personales, incluso en este caso la medida se adoptará conforme a un cálculo de coste beneficio: el valor que tenga para el empresario prescindir de ese trabajador con el que tiene un agravio o que le “molesta” por su condición sexual, raza, ideología u otro motivo perdido será puesto en relación

con el coste de despedirlo, o en su caso de llegar a un acuerdo para la baja voluntaria con indemnización compensatoria.

Esto no implica necesariamente que el trabajador despedido no sea rentable, pues si los recursos financieros no son ilimitados, puede simplemente ocurrir que haya un uso alternativo de los utilizados para cubrir el coste del empleado despedido con el que el empresario pueda obtener un rendimiento mayor.

La motivación económica, por tanto, no es ajena a ninguna decisión extintiva, y es previa a la adopción formal de la decisión de despedir, que se adoptará por el cauce jurídico que mejores resultados ofrezca, tomando en consideración no sólo los costes económicos directos e indirectos, sino también el efecto que pueda tener en el comportamiento de otros trabajadores. Por tanto, incluso en los casos en los que el despido se califique jurídicamente como “disciplinario” habrá una valoración de naturaleza económica, a la que no se opone el ordenamiento jurídico vigente: la reiterada interpretación jurisprudencial de que en la ilegalidad no hay igualdad permite afirmar que el empresario no está obligado a dar el mismo tratamiento sancionador a las conductas que supongan el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones del trabajador.

Por otra parte, aun cuando los hechos que motiven la decisión empresarial puedan subsumirse en una determinada categoría de despido que pudiera ser calificada como procedente, si el conjunto de costes asociados le permite asumir una carga menor por otra vía, aun cuando tenga la calificación de improcedente, preferirá esta: si los trámites que debe seguir o la incertidumbre acerca de la eventual resolución judicial o administrativa son suficientemente elevados –como tradicionalmente ha ocurrido en el caso del despido objetivo– y existe una opción en la que los costes sean únicamente los indemnizatorios, aunque sea con causa falsa optará por esta vía –en el sistema tradicional español, el despido disciplinario con reconocimiento de improcedencia, en el que no era necesario preaviso, y además al abonar la máxima indemnización se evitaba el riesgo de la calificación judicial de improcedencia y el abono de los salarios de tramitación.

En este sentido, los últimos cambios legislativos, que tratan de facilitar la calificación del despido objetivo como procedente y que han suprimido los salarios de tramitación actúan en el sentido adecuado; por el contrario, la reducción del factor y el tope indemnizatorio para el despido improcedente o la supresión de la responsabilidad directa por parte del FOGASA contribuyen a generar incentivos a la calificación irregular de los despidos por parte de los empresarios en su comportamiento estratégico.

Seis. Desde la perspectiva empresarial, la consecuencia legal de la extinción del contrato de trabajo puede reconducirse a una fórmula sintética.

El conjunto de las extinciones que son objeto de esta investigación responden a un esquema de similar desde la perspectiva del coste empresarial: un elemento no factorial, que incluye todas aquellos trámites y desembolsos que el empresario debe soportar ajenos a la indemnización, al que se le suma la indemnización, que se calcula como el producto de tres factores (antigüedad, salario, y el indemnizatorio).

El uso de esta formulación matemática permite dotar de unidad al conjunto de supuestos en los que la ley prevé un coste que el empresario debe abonar con motivo de la relación laboral, permitiendo comprender mejor la lógica de su decisión. Esta formulación, planteada en el Capítulo IV y en cuyos elementos no es preciso detenerse aquí de nuevo, puede expresarse del siguiente modo:

$$T_4 \equiv T_3 = C + \min\left(F \times A \times \frac{S_A}{365}, N \times \frac{S_A}{12}\right)$$

- Donde*
- C es el coste no factorial
 - F es el factor indemnizatorio
 - A es el tiempo legal de servicios prestados por el trabajador
 - S_A es el salario en términos anuales
 - N es el módulo indemnizatorio máximo

En la práctica, la diferencia de optar por unas u otras vías extintivas (incluyendo aquellas que sólo potencialmente suponen el fin de la relación laboral, como son los incumplimientos del art. 50 ET o las adaptaciones de condiciones de los arts. 40 y 41 ET) se establece en el elemento no factorial y en el conjunto del efecto del factor y el tope indemnizatorio. Estos dos últimos, desde una perspectiva jurídica, son los elementos de atribución de responsabilidad a las partes, crecientes en función de la mala actuación del empresario: el factor es nulo cuando el despido se justifica en la conducta del trabajador o en una situación de necesidad temporal que no responde a la actividad productiva (interinidad o formativos), y aumenta progresivamente atendiendo a que la finalización se produzca por desaparecer una necesidad de carácter coyuntural de naturaleza productiva (obra o servicio y eventuales), por motivos anejos al propio riesgo de la explotación (objetivos, terminaciones por reacción del trabajador ante cambios productivos), hasta el máximo, para aquellos casos en los que el empresario no respeta la forma o no acredita la causa legal para despedir (improcedentes, extinciones del art. 50 ET y de forma más discutible por ejercicio de la cláusula de conciencia).

Esta sistematización, mediante el estudio de cada uno de los factores, presenta una indudable ventaja expositiva: los elementos de tiempo de servicio –con el matiz de la valoración de los periodos inferiores a un año en los contrato temporales con indemnización– y salario se computan siempre de la misma forma, por lo que resulta mucho más razonable estudiarlos como un régimen general de la extinción, y el factor indemnizatorio (como el tope) es un número escogido casi arbitrariamente por el legislador, que sólo tiene algún significado si se analiza de modo relacional, valorando su nivel en cada una de las clases de extinción.

Además, esta determinación legal de los niveles de factor indemnizatorio se configura como un elemento central para el éxito de la política legislativa en torno al despido: si –como ocurre en la práctica– las diferencias entre factores para el despido procedente e improcedente son muy reducidas, se verán absorbidas por los costes no factoriales, de modo que genera incentivos para el incumplimiento de la norma, en lugar de para el reforzamiento del régimen de la ley.

Siete. Las propuestas de regulaciones alternativas que mayor repercusión práctica han tenido aciertan en la identificación y resolución de algunos problemas, pero no son óptimos.

La centralidad de la extinción del contrato de trabajo en el funcionamiento del mercado laboral –que a la luz de los resultados es claramente mejorable en nuestro país– ha hecho florecer las propuestas alternativas. En muchas de ellas únicamente se han marcado líneas de actuación, y otras se limitan a reclamar, de forma más o menos velada, una reducción de costes indemnizatorios, lo que no tendría efectos claros en la resolución de las principales disfunciones detectadas, e incluso en algún caso podría agravarlas.

El análisis se ha centrado, por ello, en dos propuestas que, siendo casi completas en su formulación, han tenido especial repercusión en nuestro país. La primera, el llamado contrato único, o contrato con indemnizaciones crecientes, acierta en su aspecto principal: ante el fracaso en la causalización de la contratación temporal es necesario eliminar las diferencias de factores indemnizatorios para despidos conformes a derecho. No obstante, en su formulación final, no consigue dar una respuesta a otro de los problemas que subrayan –la intervención judicial en la valoración de la adecuación de una decisión que entienden que debe ser estrictamente empresarial–, debido a la exigencia de respetar el principio de causalidad en el despido. Como consecuencia de ello, el sistema que proponen –tras asumir la necesidad resaltada por la práctica totalidad de los juristas que entraron en su análisis de diferenciar los casos de procedencia e improcedencia– supone una evidente reducción de las indemnizaciones percibidas por el trabajador, tanto en caso de

despido procedente como de improcedente. Aunque reduce el incentivo al mantenimiento de las políticas de rotación en temporalidad (contratación sucesiva de trabajadores con contratos de duración determinada), pues no se produce el salto del coste de despido en caso de conversión en indefinido, este no desaparece totalmente. Al mismo tiempo, siguen produciéndose dos efectos distorsionadores derivados de la vinculación de la cuantía indemnizatoria con la antigüedad: disminuye la rotación laboral voluntaria, y dirige los despidos hacia los trabajadores más recientes en la empresa (el llamado efecto LIFO - *Last In First Out*). Por otra parte, tampoco da respuesta al riesgo de que, en una situación de crisis, los costes de ajuste de plantilla agraven la situación de la empresa, generando el abono de las indemnizaciones por despido una necesidad de tesorería complicada en ese concreto momento.

El segundo modelo que se ha analizado, y que da respuesta a estos últimos inconvenientes, es la sustitución, al menos parcial, de las indemnizaciones por una aportación a un fondo, que se realizaría por la empresa a lo largo de toda la vida del trabajador, a imitación del sistema austriaco. Este sistema se apuntó en la reforma laboral de 2010, aunque con unos perfiles que lo hacían de imposible puesta en práctica: lo que se proponía (mediante un mandato al legislador) era la creación de un fondo con aportaciones en la misma cuantía en la que habían de reducirse las indemnizaciones. El coste derivado de este sistema era ciertamente elevado, al tiempo que no daba respuesta a los restantes problemas: mantiene la temporalidad y al no afectar a la totalidad de la indemnización, pueden hacerse las mismas críticas que al sistema vigente. Sin embargo, un modelo austriaco completo, en el que la totalidad de la indemnización por despido procedente se sustituya por una aportación a un fondo que en términos agregados suponga un coste total similar al actual, sí que presenta algunas ventajas en orden a dar respuesta a los problemas vinculados a la antigüedad y a la falta de liquidez ante una situación de crisis. No obstante, carece de la disuasión marginal del despido que provoca el hecho de que en el momento de la extinción deba pagarse una suma al trabajador, por lo que en presencia de costes de ajuste de las condiciones de trabajo (movilidad, innovaciones organizativas que permitan mantener el empleo...), puede generar distorsiones que deriven en una tasa de despido excesivamente alta.

Ocho. La proposición de regulaciones alternativas para el régimen del despido tiene que garantizar el cumplimiento de la ley, ser previsible y limitar al máximo los efectos colaterales.

El cumplimiento de los objetivos señalados puede parecer una obviedad, pero el análisis de la regulación legal y los sucesivos esfuerzos para su mejora que ha llevado a

cabo el legislador bajo diferentes gobiernos demuestran que no es una afirmación trivial.

A lo largo de esta investigación y de forma específica en estas conclusiones, se ha puesto de manifiesto que los factores indemnizatorios escogidos por el legislador, combinados con los costes no factoriales, no sólo no recogen adecuadamente los incentivos para que el empresario tenga interés en cumplir la ley, sino que además producen distorsiones en la elección de los trabajadores despedidos, e incluso en la determinación de los métodos productivos, al haber fracasado una y otra vez los esfuerzos por acotar la temporalidad a las necesidades puntuales de la producción.

Por ello, fruto del análisis realizado en este estudio, se plantea la necesidad de unificar los costes extintivos de todos los contratos en un sistema único, que no introduzca incentivos a orientar las extinciones hacia unos trabajadores u otros por razones ajenas a su función y capacidad productiva dentro de la organización empresarial. Para ello, es preciso reconocer el acierto del planteamiento del contrato único en lo referente a las indemnizaciones, pero no es necesario suprimir la contratación temporal. En la práctica, la diferencia de régimen jurídico entre los contratos de duración determinada y los indefinidos radica en las causas para su terminación, y no es conveniente eliminar la posibilidad de que las empresas puedan contratar para atender necesidades temporales, sin necesitar más justificación para la extinción que la desaparición de la que fue la causa del contrato.

Por otra parte, también resulta acertado permitir la máxima interiorización de los costes del despido en el contrato al tiempo que se atenúan los efectos negativos que puede tener la obligación de afrontar pagos en un momento en el que la situación de la empresa requiere reducir su plantilla, sin por ello desproteger al trabajador; en este sentido el sistema austriaco de contribución a un fondo en el que se capitalice la indemnización presenta importantes ventajas. El inconveniente de éste, que como se ha dicho es el posible aumento de los despidos por la gratuidad de la decisión extintiva, se resuelve mediante la introducción de un pago que no dependa de la antigüedad, sino tan sólo del salario. Aunque esto puede generar algunas distorsiones, serán notablemente menores que en el sistema actual, y además el menor coste de despido de los trabajadores con menos salario se compensará por el ahorro que el diferencial del importe de sus nóminas respecto de aquellos que cobran un mayor salario tendrá hacia el futuro. Únicamente en contratos de muy corta duración, en los que el pago fijo así calculado tendría un efecto disuasorio en la contratación que impediría su celebración o los conduciría hacia la economía sumergida o no declarada, se propone una atenuación.

Por último, es necesario recuperar el carácter disuasorio de las indemnizaciones por despido improcedente, que deben ser lo suficientemente elevadas para incentivar que los empresarios ajusten su calificación de la decisión extintiva a las causas legales, al tiempo que aquellos que despidan fuera de dichos supuestos reciban la sanción adecuada.

La integración de todos estos elementos da lugar a un sistema en el que –con carácter orientativo– se realiza una propuesta de concreción que se ha desarrollado en el Capítulo V, de la que se pueden destacar ahora los parámetros siguientes:

- El empresario realizará una cotización por cada trabajador, liquidable mensualmente, a un fondo de capitalización equivalente a cinco días de salario al año (1,3699 %)
- En caso de despido procedente o terminación de contrato temporal, abonará además una indemnización de tres mensualidades de salario, salvo que esta cantidad sea superior al resultante de calcular una indemnización equivalente a 28 días de salario por año de servicio (un 7,6712% del total de salarios abonados al trabajador desde su ingreso en la empresa). Se excluye de este pago a los trabajadores con contrato de interinidad y formativos.
- En caso de que el despido sea calificado o reconocido como improcedente, de forma acumulada a lo anterior, deberá abonarse una indemnización equivalente a 20 días de salario (un 5,4795%) por año de servicio.
- En caso de despido disciplinario, el trabajador perderá el derecho a las aportaciones realizadas por el empresario a su nombre, que se destinarán a minorar las cuotas que el empresario deba aportar por otros trabajadores.

Este sistema, al margen de las ventajas que ya se han expuesto, incentiva la permanencia en la empresa, pues cuanto mayor sea la duración del contrato menor será la importancia relativa de la indemnización en los costes laborales totales. La esperada reducción de la rotación, al margen de los efectos positivos sobre la productividad y la formación de capital humano, contribuirá a la reducción de costes de despido.

Nueve. Extensiones de la investigación

La reiterada centralidad de la materia abordada en esta investigación provoca que su régimen jurídico tenga implicaciones en otras muchas áreas del Derecho del Trabajo. Consecuentemente, es inevitable que a la luz de las valoraciones realizadas se abran nuevos caminos cuya exploración presenta un indudable interés.

En este sentido, si se tiene en cuenta que una de las funciones que desempeñan las indemnizaciones por despido es la subsanación de los fallos en el mercado de

seguros contra desempleo, la interrelación de ambas instituciones es clara. En la práctica, el sistema vigente refuerza la tutela de los trabajadores con más antigüedad por dos vías: tendrán una indemnización mayor y una mayor cobertura temporal de la prestación señalada. Por ello, su situación ante la pérdida de rentas que supone el despido está doblemente protegida. Se hace preciso por tanto continuar la investigación en esta dirección, esencialmente en el plano propositivo. De la misma forma, dado que también constituye una renta sustitutiva del salario que en cierta medida palia el perjuicio que sufre el trabajador con el despido, se hace preciso avanzar en las interrelaciones que puedan existir entre indemnización por terminación del contrato de trabajo y pensiones, especialmente de jubilación. Los esfuerzos realizados en los últimos años por el legislador para disuadir a las empresas de la puesta en marcha de prejubilaciones genera un campo de estudio de interés indudable: aunque algunos elementos de distorsión ya se han apuntado en esta investigación, la complejidad de la materia justifica su tratamiento autónomo.

Por otra parte, se ha apuntado en diversos lugares de este trabajo –especialmente al analizar la extinción del contrato por voluntad del trabajador frente a la decisión empresarial de modificar sustancialmente condiciones de su contrato, incluido el lugar de prestación de servicios– cómo las decisiones extintivas se encuentran íntimamente relacionadas con las posibilidades de flexibilidad interna. La doctrina, tanto jurídica como económica, a menudo ha analizado ambas facetas de la capacidad empresarial de reorganizar sus recursos para adaptarse a la coyuntura. Sin embargo, el planteamiento interdisciplinar que aquí se expone no está aun suficientemente explorado en el análisis de la flexibilidad como una sola realidad integral. Resultará, por tanto, de interés evaluar en qué medida los parámetros legales incentivan una u otra, o si por el contrario son neutrales ante la decisión del empresario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- , “Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo, de 7 de abril de 1997”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 10, 1997, pág. 229.
- , “Protecting at Will Employees Against Wrongful Discharge: The Duty To Terminate Only in Good Faith”, *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, pág. 1816.
- ACEMOGLU, D.; ANGRIST, J. D., “Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, n.º 5, 2001, págs. 915-957.
- ADAM, G., “Parliament passes reform of severance pay”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2002/07/inbrief/at0207201n.htm>, 2002.
- ADDISON, J. T.; GROSSO, J.-L., “Job Security Provisions and Employment: Revised Estimates”, *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 35, n.º 4, 1996, págs. 585–603.
- ADDISON, J. Y.; TEIXEIRA, P.; GROSSO, J.-L., “The effect of dismissals protection on employment: More on a vexed theme”, *Southern Economic Journal*, vol. 67, n.º 1, 2000, págs. 105-122.
- AKERLOF, G. A., *An economic theorist’s book of tales: essays that entertain the consequences of new assumptions in economic theory*, Cambridge University Press, Cambridge [Cambridgeshire]; New York, 1984.
- AKERLOF, G. A., “The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n.º 3, 1970, págs. 488-500.

- ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979, pág. 5.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de derecho social*, n.º 15, 2001, págs. 35-72.
- ALBA-RAMÍREZ, A., “How temporary is temporary employment in Spain?”, *Journal of Labor Research*, vol. 19, n.º 4, 1998, págs. 695-710.
- ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ALBIOL MONTESINOS, I.; BLASCO PELLICER, Á., *Desempleo y Despido en la Reforma Laboral Del Real Decreto-Ley 5/2002*, 2002.
- ALEMÁN PAEZ, F. A., *La Movilidad Geográfica: Problemática Social y Régimen Jurídico*, Tecnos Editorial S A, 2001.
- ALFONSO MELLADO, C. L., *La primera reforma laboral del milenio: comentarios al R.D.L 5/2001, de 2 de marzo de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*, Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia, Valencia, 2001.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de derecho social*, n.º 57, 2012, págs. 263-278.
- ALLARD, G., “Measuring job security over time: in search of a historical indicator for EPL (Employment Protection Legislation)”, 2007.
- ALMANSA PASTOR, J. M., “327”, en Efrén Borrajo Dacruz (dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid], 1982 ((Revista de derecho privado)).
- ALONSO OLEA, M., *El Despido: un estudio de la Extinción del Contrato de Trabajo por voluntad del Empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- ALONSO OLEA, M., “Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT, núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo”, *Documentación laboral*, n.º 20, 1986, págs. 43-50.
- ALONSO-BORREGO, C.; FERNÁNDEZ-VILLAYERDE, J.; GALDÓN-SÁNCHEZ, J. E., “Evaluating labor market reforms: a general equilibrium approach”, *NBER Working Paper*, n.º 11519, 2005.

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, n.º 99, 2009, pág. 259.
- ALVAREZ, F.; VERACIERTO, M., “Severance payments in an economy with frictions”, *Journal of Monetary Economics*, vol. 47, n.º 3, 2001, págs. 477–498.
- ÁLVAREZ GIMENO, R., *La extinción causal por voluntad del trabajador*, Comares, Granada, 2012.
- ALZAGA RUIZ, I., *La Eficacia de Las Directivas Comunitarias en el ámbito Laboral*, Civitas, 2009.
- ALZAGA RUIZ, I., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004 (Colección Monografías Aranzadi).
- ANTONIO LORENTE RIVAS, *Las Modificaciones Sustanciales del Contrato de trabajo*, 2009.
- APARICIO TOVAR, J., “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de derecho social*, n.º 57, 2012, págs. 145-164.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente”, en Jesús R Mercader Uguina (dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 96.
- ASQUERINO LAMPARERO, M. J., “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador”, *Aranzadi Social*, vol. 2, 2006.
- AUTOR, D. H.; DONOHUE III, J. J.; SCHWAB, S. J., “The Costs of Wrongful-Discharge Laws”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 88, n.º 2, 2006, págs. 211-231.
- AUTOR, D. H.; DONOHUE III, J. J.; SCHWAB, S. J., “The employment consequences of wrongful-discharge laws: large, small, or none at all?”, *American Economic Review*, vol. 94, n.º 2, 2004, págs. 440–446.
- BARNARD, C., *EC employment law*, John Wiley & Sons, Chichester [etc.], 1995.
- BARROS GARCÍA, M., “Aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La aplicación práctica de la reforma laboral: un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, Valladolid, 2013 (Biblioteca Thomson Reuters Lex Nova), pág. 213.

- BARTLEY, M.; PLEWIS, I., "Accumulated labour market disadvantage and limiting long-term illness: data from the 1971–1991 Office for National Statistics' Longitudinal Study", *International Journal of Epidemiology*, vol. 31, n.º 2, 2002, págs. 336-341.
- BASSANINI, A.; GARNERO, A., "Dismissal protection and worker flows in OECD countries: Evidence from cross-country/cross-industry data", *Discussion Paper series, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit*, vol. 6535, 2012.
- BASSANINI, A.; MESTRES, J. (dirs.), *The 2012 Labour Market reform in Spain: a preliminary assessment*, OECD, París, 2013.
- BASSANINI, A.; NUNZIATA, L.; VENN, D., "Job protection legislation and productivity growth in OECD countries", *Economic Policy*, vol. 24, n.º 58, 2009, págs. 349–402.
- BAUMANN, F., "Severance Payments as a Commitment Device", *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*, vol. 166, n.º 4, 2010, págs. 715-734.
- BAYLOS GRAU, A., "Por una (re) politización de la figura del despido", *Revista de Derecho Social*, n.º 12, 2000, págs. 9–34.
- BAYLOS GRAU, A. P., "Algunos aspectos de la interpretación jurisprudencial del despido objetivo", *Revista de Política Social*, n.º 122, 1979, pág. 305.
- BAYLOS GRAU, A. P., "El derecho al trabajo como Derecho Constitucional", en *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, CGPJ, 2003 (Cuadernos de Derecho Judicial), pág. 13.
- BAYLOS GRAU, A.; PÉREZ REY, J., *El Despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009.
- BAYÓN CHACÓN, G., "La indemnización expropiatoria en el despido sin causa", *Revista de trabajo*, n.º 13, 1966, págs. 53-71.
- BELORGEY, J.-M., "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales", *Revista de derecho político*, n.º 70, 2007, págs. 347-377.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 158, 2013, págs. 199-220.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "La estabilidad en el empleo : La prevención frente a la contingencia del paro. Un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del derecho", 2008, ESADE - Universitat Ramon Llull, Pamplona.

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 7, 2013, págs. 69-83.
- BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación contractual)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.
- BENTOLILA, S., “El contrato con indemnizaciones crecientes explicado a los niños”, *Nada es Gratis* (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=5368>), 2010, 2010<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=5368>.
- BENTOLILA, S., “Las modalidades de contratación tras la reforma del mercado de trabajo de junio de 2010”, *Seminario «La reforma de la reforma laboral. Perspectivas económica, jurídica y política» Fedea, Madrid, 2010.*
- BENTOLILA, S., “Los despidos económicos en España tras la reforma de 2010: una perspectiva económica”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 59.
- BENTOLILA, S.; BERTOLA, G., “Firing costs and labour demand: how bad is eurosclerosis?”, *The Review of Economic Studies*, 1990, págs. 381–402.
- BENTOLILA, S.; DOLADO, J. J., “La contratación temporal y sus efectos sobre la competitividad”, *Papeles de Economía Española*, vol. 56, 1993, pág. 112.
- BENTOLILA, S.; DOLADO, J. J., “Labour Flexibility and Wages: Lessons from Spain”, *Economic Policy: A European Forum*, vol. 9, n.º 18, 1994, págs. 53-99.
- BENTOLILA, S.; DOLADO, J. J.; JIMENO, J. F., “Reforming an insider-outsider labor market: the Spanish experience”, *IZA Journal of European Labor Studies*, vol. 1, n.º 1, 2012, pág. 4.
- BENTOLILA, S.; DOLADO, J. J.; JIMENO, J. F., “Two-tier employment protection reforms: The Spanish experience”, *CESifo DICE Report*, vol. 4, n.º 2008, 2008, págs. 49–56.
- BENTOLILA, S.; SAINT-PAUL, G., “The Macroeconomic Impact of Flexible Labor Contracts, with an Application to Spain”, *European Economic Review*, vol. 36, n.º 5, 1992, págs. 1013-1047.
- BERTOLA, G.; BOERI, T.; CAZES, S., *Employment protection and labour market adjustment in OECD countries: evolving institutions and variable enforcement*, Internat. Labour Office, Employment and Training Department, Geneva, 1999.
- BERTOLA, G.; BOERI, T.; CAZES, S., “Employment protection in industrialized countries: The case for new indicators”, *International Labour Review*, vol. 139, n.º 1, 2000, págs. 57-72.

- BERTOLA, G.; ROGERSON, R., "Institutions and labor reallocation", *European Economic Review*, vol. 41, n.º 6, 1997, págs. 1147-1171.
- BEWLEY, T. F., *Why wages don't fall during a recession*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- BLANCHARD, O. J.; TIROLE, J., "Contours of Employment Protection Reform", *MIT Department of economics Working Paper*, vol. 03-35, 2003.
- BLANCHARD, O.; LANDIER, A., "The Perverse Effects of Partial Labour Market Reform: Fixed-Term Contracts in France", *The Economic Journal*, vol. 112, n.º 480, 2002, págs. F214-F244.
- BLANCHARD, O.; TIROLE, J., "Redesigning the Employment Protection System", *De Economist*, vol. 152, n.º 1, 2004, págs. 1-20.
- BLANCO MARTÍN, J. M., "El despido objetivo: una aclaración confusa", en Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de seguridad social*, Lex nova, Valladolid, 1997, pág. 171.
- BLANCO MONTAGUT, M. M.; BLANCO RODRÍGUEZ, J. E., "La problemática aplicación del convenio 158 de la O.I.T sobre la terminación de la relación de trabajo", *Actualidad laboral*, n.º 2, 1986, págs. 2365-2370.
- BLANK, E. C., "Effects of Layoffs on Wage Growth: The Role of Timing and Tenure", *Atlantic Economic Journal*, vol. 18, n.º 4, 1990, pág. 68.
- BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BLASCO PELLICER, Á., "La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales", en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 433.
- BLASCO PELLICER, Á., "La extinción del contrato de trabajo por causas válidamente consignadas en el contrato", en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 49.
- BLASCO PELLICER, Á., "La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el RDL 10/2010", en Carlos L Alfonso Mellado, Ángel Blasco Pellicer, Luis M. Camps Ruíz, José María Goerlich Peset (dirs.), *La Reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BODAS MARTÍN, R. B., "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas", en Gonzalo Moliner Tamborero (dir.), *La administración pública como empresario: aspectos laborales y sindicales: convenio único para el personal laboral de las*

- administraciones públicas*, 2000 (Cuadernos de Derecho Judicial), págs. 239-309.
- BOERI, T., "Chapter 13 - Institutional Reforms and Dualism in European Labor Markets", en David Card, Orley Ashenfelter (dirs.), *Handbook of Labor Economics*, vol. Volume 4, Part B, Elsevier, 2011, págs. 1173-1236.
- BOERI, T.; GARIBALDI, P., *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Milano, 2008.
- BOERI, T.; OURS, J. C. VAN, *The economics of imperfect labor markets*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
- BOOTH, A.; CHATTERJI, M., "Redundancy payments and firm-specific training", *Economica*, 1989, págs. 505-521.
- BOOTH, A. L.; CHEN, Y. F.; ZOEGA, G., "Hiring and firing: a tale of two thresholds", *Journal of Labor Economics*, vol. 20, n.º 2, 2002, págs. 217-248.
- BOOTH, A. L.; DOLADO, J. J.; FRANK, J., "Symposium on Temporary Work: Introduction", *The Economic Journal*, vol. 112, n.º 480, 2002, págs. F181-F188.
- BOOTH, A. L.; FRANCESCONI, M.; FRANK, J., "Labour as a buffer: Do temporary workers suffer?", *IZA Discussion Paper*, n.º 673, 2002.
- BOOTH, A. L.; FRANCESCONI, M.; FRANK, J., "Temporary Jobs: Stepping Stones or Dead Ends?", *The Economic Journal*, vol. 112, n.º 480, 2002, págs. F189-F213.
- BOOTH, A. L.; ZOEGA, G., "Do Quits Cause Under-Training?", *Oxford Economic Papers*, vol. 51, n.º 2, 1999, págs. 374-386.
- BOOTH, A. L.; ZOEGA, G., "On the welfare implications of firing costs", *European Journal of Political Economy*, vol. 19, n.º 4, 2003, págs. 759-775.
- BORJAS, G. J., *Labor Economics*, 2008.
- BORRAJO DACRUZ, E., "Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los trabajadores", en Alfredo Montoya Melgar, Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo: estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 13.
- BORRAJO DACRUZ, E.; CRUZ, "El derecho al trabajo en la sociedad española del siglo XXI", *Actualidad Laboral*, n.º 19, 2007, pág. 2268.
- BRAGADO ALFAGEME, J. C., "El Fondo de Garantía Salarial: Un estudio comparado", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 7, 1981, págs. 335-362.

- BRODER, A., *Historia económica de la España contemporánea*, Alianza, Barcelona, 2000.
- BRONARS, S. G., "Fair Pricing of Unemployment Insurance Premiums", *Journal of Business*, 1985, págs. 27-47.
- BURDA, M. C., "A Note on Firing Costs and Severance Benefits in Equilibrium Unemployment", *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 94, n.º 3, 1992, págs. 479-489.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 20, n.º 60, 2000, pág. 259.
- CABALLERO, R. J.; HAMMOUR, M. L., "Jobless growth: appropriability, factor substitution, and unemployment", *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, vol. 48, 1998, págs. 51-94.
- CABEZA PEREIRO, J., "La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios", *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 50, 2012, págs. 15-27.
- CABEZA PEREIRO, J., "La suspensión de la autorización administrativa en los despidos colectivos", *Revista de derecho social*, n.º 57, 2012, págs. 183-198.
- CABRALES, A.; HOPENHAYN, H. A., "Labor-market flexibility and aggregate employment volatility", *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, vol. 46, 1997, págs. 189-228.
- CACHÓN VILLAR, P., "Recepción del derecho social comunitario por los órganos jurisdiccionales españoles", en Jesús Rentero Jover (dir.), *Derechos laborales individuales y colectivos y derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (Cuadernos de derecho judicial), pág. 11.
- CAHUC, P.; KRAMARZ, F., *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle: rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale*, Documentation française, Paris, 2005.
- CALVO GALLEGO, F. J., "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1998, págs. 390-424.
- CAMPBELL III, C. M., "A model of the determinants of effort", *Economic Modelling*, vol. 23, n.º 2, 2006, págs. 215-237.
- CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (dirs.), *Derecho del trabajo*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- CAPSETA CASTELLÀ, J., *La cláusula de conciencia periodística*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 1998.
- CARRERAS, A.; TAFUNELL, X. (dirs.), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, 2. ed. rev. y ampliada, Fundación BBVA, Bilbao, 2005.
- CARRERAS, A.; TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, Crítica, Barcelona, 2003.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales”, en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 215.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea”, en Pablo Aramendi Sánchez (dir.), *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, CGPJ, Madrid, 1996 (Cuadernos de Derecho Judicial), pág. 11.
- CASAS BAAMONDE, M. E.; BAYLOS GRAU, A. P.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. II, 1987, pág. 315.
- CASAS BAAMONDE, M. E.; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. I, 1989, pág. 240.
- CAVALCANTI, T. V. D. V., “Layoff costs, tenure, and the labor market”, *Economics Letters*, vol. 84, n.º 3, 2004, págs. 383-390.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “El Tribunal Constitucional «blinda» el contrato de las trabajadoras embarazadas”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, n.º 11, 2008, pág. (versión en línea).
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Los procesos por despido y otras modalidades procesales individuales en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 103, 2013, págs. 183-229.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.; CARDENAL CARRO, M.; BARRIOS BAUDOR, G. L., “Contratación y modalidades contractuales”, en Antonio V. Sempere Navarro (dir.), *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio: la reforma laboral de 2001*, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2001 (Colección Técnica).
- CEBRIÁN, I.; MORENO, G.; TOHARIA, L., *Evaluación microeconómica de los programas de fomento del empleo indefinido a partir de datos de los servicios públicos de empleo y de la muestra continua de vidas laborales*, 2011.

- CHÉRON, A.; ESSELMY, A.; PETITRENAUD, S., “Does Uncertainty of Firing Costs Reduce Hirings?”, *LABOUR*, vol. 25, n.º 1, 2011, págs. 89–96.
- COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, 1994.
- COASE, R. H., “The federal communications commission”, *Journal of Law and Economics*, vol. 2, 1959, págs. 1–40.
- COASE, R. H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pág. 1.
- COMÍN COMÍN, F.; HERNÁNDEZ BENÍTEZ, M.; LLOPIS AGELÁN, E. (dirs.), *Historia económica de España: siglos X-XX*, Critica, Barcelona, 2002.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, Comisión Europea, 2006.
- CONDE-RUIZ, J. I., “Por un contrato de igualdad de oportunidades”, *eldiario.es*, 2012.
- CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, *Fedea. Estudios Económicos*, n.º 6-2011, 2011.
- COSTAIN, J.; JIMENO, J. F.; THOMAS, C.; DE ESPAÑA, B., “Employment fluctuations in a dual labor market”, *Banco de España, Working Paper*, vol. 1013, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, J., *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La intervención de la Unión Europea en materia de despido”, en Jesús Cruz Villalón (dir.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012 ((Tirant Monografías ; 814)), pág. 17.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La regulación del despido: funciones y articulación jurídica”, *Circunstancia*, vol. 20, 2009.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La regulación del despido: funciones y articulación jurídica”, en Valeriano Gómez (dir.), *La reforma laboral en España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 23, 2012, págs. 121-147.

- CRUZ VILLALÓN, J., “Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida”, en Miguel Rodríguez-Piñero, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde (dirs.), *Estabilidad en el Empleo, Diálogo Social y Negociación Colectiva: La Reforma Laboral de 1997*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 142.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Problemas Prácticos del periodo de prueba”, *Revista de Política Social*, n.º 148, 1985, pág. 187.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Régimen jurídico del despido nulo”, en *La extinción del contrato de trabajo: el despido.*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 51.
- DERTOZOS, J. N.; KAROLY, L. A., *Labor market responses to employer liability*, Rand, Institute for Civil Justice, Santa Monica (California), 1992.
- DESDENTADO BONETE, A., “Despido”, en *Relaciones de trabajo. Comentarios al Real Decreto-Ley 17/1977*, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, Madrid, 1977, pág. 191.
- DESDENTADO BONETE, A., “El despido, la crisis y la reforma laboral”, *Diario La Ley*, n.º 7337, 2010, pág. 6.
- DESDENTADO BONETE, A., “Ideas para una reforma del despido”, *Diario La Ley*, n.º 7368, 2010.
- DESDENTADO BONETE, A., “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 25.
- DESDENTADO BONETE, A., “La reforma de la contratación temporal en la Ley 12/2001”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Reforma Laboral Del Año 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el Año 2002: La Ley 12/2001 y el ANC-2002*, 2002, pág. 53.
- DESDENTADO BONETE, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 71.
- DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, vol. 17, n.º 2, 2012, pág. 1787.
- DESDENTADO BONETE, A.; PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Despido y Jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, 1ª Ed., Lex Nova, Valladolid, 2002.

- DESDENTADO BONETE, A.; PUEBLA PINILLA, A. DE LA, "La reforma del despido en La Ley 35/2010", en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 65.
- DESDENTADO BONETE, A.; PUEBLA PINILLA, A. DE LA, "Presentación", en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 7.
- DESDENTADO DAROCA, E., "La intervención administrativa en los despidos colectivos: Naturaleza y procedimiento", en Antonio Baylos Grau (dir.), *La reforma laboral de 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996 (Estudios), pág. 205.
- DHYNE, E.; MAHY, B., "Work organization, labour contracts and employment", *International Journal of Manpower*, vol. 33, n.º 3, 2012, págs. 246-263.
- DÍAZ BARRADO, C. M., "La contribución de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo a la configuración de un «orden social» en España", en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 91.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho De Daños*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- DOLADO, J. J.; FELGUEROSO, F. (dirs.), *Propuesta para la reactivación laboral en España*, Fedea, Publicación electrónica, 2010.
- DOLADO, J. J.; GARCÍA-SERRANO, C.; JIMENO, J. F., "Drawing Lessons from the Boom of Temporary Jobs in Spain", *The Economic Journal*, vol. 112, n.º 480, 2002, págs. F270-F295.
- DOLADO, J. J.; JANSEN, M.; JIMENO, J. F., "A positive analysis of targeted employment protection legislation", *The BE Journal of Macroeconomics*, vol. 7, n.º 1, 2007, pág. 14.
- DOLADO, J. J.; JIMENO, J. F., "Contratación temporal y costes de despido en España: Lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado", *Documentos de Trabajo de la Fundación Alternativas*, n.º 48, 2004.
- DOLADO, J. J.; JIMENO, J. F., "The causes of Spanish unemployment: A structural VAR approach", *European Economic Review*, vol. 41, n.º 7, 1997, págs. 1281-1307.
- DURÁN LÓPEZ, F., "El despido objetivo: causas, forma y efectos (en tonro a los artículos 52 y 53)", en *El estatuto de los trabajadores: veinte años después*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1992.

- DURÁN LÓPEZ, F., "El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido", *Revista de Política Social*, n.º 117, 1978, pág. 71-.
- DURÁN LÓPEZ, F., "Régimen jurídico de los contratos formativos y de duración de terminada tras la reforma laboral de 1997", en Antonio Martín Valverde (dir.), *Las reformas laboral y de la seguridad social de 1997*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998 (Cuadernos de derecho judicial), pág. 29.
- EGER, T., "Opportunistic termination of employment contracts and legal protection against dismissal in Germany and the USA", *International Review of Law and Economics*, vol. 23, n.º 4, 2003, págs. 381-403.
- EMERSON, M., "Regulation or deregulation of the labour market: Policy regimes for the recruitment and dismissal of employees in the industrialised countries", *European Economic Review*, vol. 32, n.º 4, 1988, págs. 775-817.
- ENGELSTAD, F., "The Significance of Seniority in Layoffs: A Comparative Analysis", *Social Justice Research*, vol. 11, n.º 2, 1998, págs. 103-119.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la Reforma", *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1997, págs. 205-261.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., "El nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de las bonificaciones al empleo", en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Reforma Laboral Del Año 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el Año 2002: La Ley 12/2001 y el ANC-2002*, 2002, pág. 130.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., "Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, en favor del empleo estable", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2000, págs. 353-398.
- ESTEVEZ-ABE, M.; IVERSEN, T.; SOSKICE, D., "Social Protection an the formation of Skills: A reintrepretation on te Welfare State", en Peter A. Hall, David W. Soskice (dirs.), *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*, Oxford University Press, Oxford [England] ; New York, 2001, pág. 145.
- EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS, *Digest of the Cass Law of the European Committee of Social Rigts*, Council of Europe, 2008.
- FELLA, G., "Matching, Wage Rigidities and Efficient Severance Pay", *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, vol. 12, n.º 1, 2012.
- FELLA, G., "When do firing costs matter?", *Queen Mary, University of London Working Papers*, n.º 400, 1999.

- FERNÁNDEZ DíEZ, A. F., "El absentismo laboral como causa de despido objetivo en la reforma laboral", *Revista de información laboral*, n.º 8, 2012, págs. 52-56.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (DIR), *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, 2006.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "El poder disciplinario en la organización de la empresa", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 23, 2000, págs. 149-166.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo", *Revista de Derecho Social*, n.º 29, 2005, págs. 47-78.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes", *Revista de derecho social*, n.º 57, 2012, págs. 199-208.
- FERNÁNDEZ VILLAVERDE, J., "Borges, Mapas y Economía", *Nada es Gratis*, 2011 <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=12434>.
- FOLGUERA CRESPO, J. Á., "Período de consultas y despido colectivo: la STS de 20 de marzo de 2013", *Diario La Ley*, n.º 8089, 2013, pág. 2-.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2008 Article IV Consultation - Staff Report*, FMI, Washington, D.C, 2009.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2010 Article IV Consultation - Staff Report*, FMI, Washington, D.C, 2010.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2011 Article IV Consultation - Staff Report*, FMI, Washington, D.C, 2011.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: 2013 Article IV Consultation*, FMI, Washington, D.C, 2013.
- FREYENS, B.; OSLINGTON, P., "Dismissal Costs and Their Impact on Employment: Evidence from Australian Small and Medium Enterprises", *Economic Record*, vol. 83, n.º 260, 2007, págs. 1-15.
- FREYENS, B. P., "Measuring Firing Costs: The Case for Direct Methods", *International Labour Review*, vol. 149, n.º 3, 2010, págs. 287-313.
- GABUTHY, Y.; LAMBERT, E.-A., "Incitations et licenciement individuel", *Revue Francaise d'Economie*, vol. 23, n.º 1, 2008, págs. 3-50.
- GALA DURÁN, C., "Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿Una oportunidad perdida?", *Revista de derecho social*, n.º 56, 2011, págs. 103-120.

- GALDÓN-SÁNCHEZ, J. E.; GÜELL, M., "Dismissal conflicts and unemployment", *European Economic Review*, vol. 47, n.º 2, 2003, págs. 323-335.
- GALIANA MORENO, J., "Extinción del contrato de trabajo", en Alfredo Montoya Melgar, Faustino Cavas Martínez (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010: Ley 35-2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 75.
- GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M., "El procedimiento de despido objetivo", en Pablo Aramendi Sánchez (dir.), *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, CGPJ, Madrid, 1996 (Cuadernos de Derecho Judicial), pág. 233.
- GARCÍA LOPEZ, R., "Consideraciones en torno a la figura del despido", *Revista de Política Social*, n.º 143, 1984, pág. 47-.
- GARCÍA MURCIA, J., *El fondo de garantía salarial*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983.
- GARCÍA MURCIA, J., "Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los trabajadores", en Vicente Martínez Abascal, Francisco A. Alemán Paez (dirs.), *La modificación del Contrato de Trabajo*, IBIDEM, Móstoles (Madrid), 1997, pág. 87.
- GARCÍA PÉREZ, J. I., "¿Qué efectos tendría un contrato único sobre la protección del empleo?", en Juan José Dolado, Florentino Felgueroso (dirs.), *Propuesta para la reactivación laboral en España*, Fedea, Publicación electrónica, 2010.
- GARCÍA RUBIO, M. A., "La extinción de los contratos temporales", en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 741.
- GARCÍA VALDECASAS, J. G., "Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes", *Anuario de derecho civil*, vol. 19, n.º 1, 1966, págs. 45-54.
- GARCÍA VIÑA, J., "Los nuevos contratos laborales de duración determinada (y II)", *Actualidad laboral*, n.º 1, 1995, págs. 185-200.
- GARCÍA-MARTÍNEZ, P.; MALO, M. Á., "The strategic use of dismissal legislation: an empirical analysis using Spanish data", *European Journal of Law and Economics*, vol. 23, n.º 2, 2007, págs. 151-167.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, vol. 9, n.º 1, 2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, 1a. ed, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 216.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de derecho del trabajo*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgente para la reforma laboral”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral*, Lex, Valladolid, 2012, pág. 263.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R., “El concepto jurídico laboral de «inherencia» y sus proyecciones sobre el despido colectivo (notas jurisprudenciales sobre el uso de la expresión «otros motivos no inherentes a la persona del trabajador» pro el art: 51.1 et)”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 53, 2013, págs. 3-12.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R., “Las reformas en materia laboral de la Ley 45/2002”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Ley 45/2002 De Reforma De La Protección Por Desempleo: La «reforma» De La Reforma Del Despido, De Los Salarios De Tramitación Y Del Desempleo*, 1ª ed, Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 93.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R.; GOERLICH PESET, J. M. (dirs.), “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, en *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 45.
- GARIBALDI, P.; VIOLANTE, G. L., “The Employment Effects of Severance Payments with Wage Rigidities”, *The Economic Journal*, vol. 115, n.º 506, 2005, págs. 799-832.
- GARICANO GABILONDO, L., *El dilema de España*, (ebook), Peninsula Atalaya, Barcelona, 2014.
- GARRIDO PÉREZ, E., “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en Jesús Cruz Villalón (dir.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 72.
- GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, 1987.

- GETE, P.; PORCHIA, P., "A Real Options Analysis of Dual Labor Markets and the Single Labor Contract", *SSRN Scholarly Paper*, 2013.
- GIL SUÁREZ, L., "Las causas del despido objetivo: su tratamiento antes y después de la reforma laboral de 1997", en Antonio Martín Valverde (dir.), *Las reformas laboral y de la seguridad social de 1997*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998 (Cuadernos de derecho judicial).
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., "¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto?: igualdad y no discriminación en la indiferenciación", *Justicia Laboral*, n.º 36, 2008, pág. 85.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., "El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización", en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., "El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 112, 2011, págs. 337-364.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., "Lógica y alcance de la indemnización por despido improcedente", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 333, 2010, págs. 5-58.
- GOERKE, L.; PANNENBERG, M., "Severance Pay and the Shadow of the Law: Evidence for West Germany", *SSRN eLibrary*, 2005.
- GOERLICH PESET, J. M., "¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2010, págs. 73-95.
- GOERLICH PESET, J. M., "Causas y procedimientos extintivos reformados en 2012: experiencia aplicativa e incertidumbres subsistentes", en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La aplicación práctica de la reforma laboral: un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- GOERLICH PESET, J. M., "La extinción causal por voluntad del trabajador (I): La extinción indemnizada por modificación sustancial o movilidad geográfica", en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 741.
- GOERLICH PESET, J. M., "La extinción causal por voluntad del trabajador (II): La resolución contractual de art. 50ET", en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 767.

- GOERLICH PESET, J. M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 341.
- GOERLICH PESET, J. M., “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 221.
- GOERLICH PESET, J. M., “Los despidos colectivos (art. 51 ET y normas concordantes)”, en Efrén Borrajo Dacruz (dir.), *La reforma del Estatuto de los trabajadores: Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes*, vol. II: El despido, Editorial Revista de Derecho Privado : Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994 (Comentarios a las leyes laborales), pág. 87.
- GOERLICH PESET, J. M.; BLASCO PELLICER, A., “Una reforma parcial e insuficiente de la extinción del contrato de trabajo”, en Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), *La Reforma Laboral Del Año 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el Año 2002: La Ley 12/2001 y el ANC-2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 265.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “El contrato de fomento de la contratación indefinida”, en Ignacio Garcia-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 117.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Medidas para favorecer el empleo estable: El contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina (dirs.), *La Regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 52-76.
- GÓMEZ ENTERRÍA, A., “Reflexiones sobre el Convenio 158 de la OIT”, *Documentación laboral*, n.º 20, 1986, págs. 69-72.
- GÓMEZ, V., “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 12, 2010, págs. 135-141.
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, P.; LÓPEZ GANDÍA, J.; NADAL BELDA, A.; PÉREZ INFANTE, J. I.; RODRÍGUEZ VERA, E.; RUESGA BENITO, S. M., *Informe del Grupo de Expertos sobre el Fondo de Capitalización para los trabajadores*, MTIN, 2011.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2012, págs. 181-196.
- GONZÁLEZ MURILLO, P., “El problema del paro en el Franquismo: causas y remedios (1947-1957)”, en Carlos Arenas Posada, Antonio Florencio Puntas, Jerònia Pons Pons (dirs.), *Trabajo y relaciones laborales en la España contemporánea*, Mergablu, Sevilla, 2001, págs. 225-235.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Cuestiones actuales (y no tanto) del derecho del trabajo”, *Temas laborales*, n.º 64, 2002, pág. 9.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El Derecho del Trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1996.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la jurisprudencia”, en José Luis Gil y Gil, José Manuel del Valle (dirs.), *El despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, pág. 111.
- GOÑI SEIN, J. L., “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación laboral*, n.º 95, 2012, págs. 25-56.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Contrato de inserción”, en Antonio Ojeda Avilés, José Antonio Cabrera Fernández (dirs.), *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 259.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 115, 2012, págs. 275-314.
- GRUBB, D.; WELLS, W., “Employment regulation and patterns of work in EC countries”, *OECD Economic studies*, 1993, págs. 7-7.
- GRUPO DE ESTUDIO DE LA OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La situación laboral y sindical en España*., OIT, Ginebra, Suiza, 1969.
- GÜELL, M., “Fixed-term contracts and unemployment: An efficiency wage analysis”, *Industrial Relations Section Working Paper*, n.º 433, 2000.

- GÜELL, M.; PETRONGOLO, B., "How binding are legal limits? Transitions from temporary to permanent work in Spain", *Labour Economics*, vol. 14, n.º 2, 2007, págs. 153-183.
- HARRISON, J. L., "The New Terminable-at-Will Employment Contract: An Interest and Cost Incidence Analysis", *Iowa L. Rev.*, vol. 69, 1983, pág. 327.
- HERRAIZ MARTÍN, M. DEL S., "Los salarios de tramitación en los despidos declarados improcedentes a la luz del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo", *Tribuna social*, n.º 220, 2009, pág. 64.
- HERRAIZ MARTÍN, M^{As}., *El despido nulo: causas y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- HERRANZ CASTILLO, R., "Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 13, 2004, pág. 15.
- HOFER, H., "The Severance Pay Reform in Austria («Abfertigung Neu»)", *CESifo DICE Report*, vol. 5, n.º 4, 2007, págs. 41-48.
- HOFER, H.; SCHUH, U.; WALCH, D., "Effects of the Austrian Severance Pay Reform", en Robert Holzmann, Milan Vodopivec (dirs.), *Reforming severance pay: an international perspective*, World Bank, Washington, D.C., 2012, pág. 177.
- HOPENHAYN, H.; ROGERSON, R., "Job turnover and policy evaluation: A general equilibrium analysis", *Journal of Political Economy*, 1993, págs. 915-938.
- HOSTENCH, F., *El Derecho del despido en el contrato de trabajo*, Librería Bosch, Barcelona, 1929.
- HUANG, C.; CHANG, J.; LAI, C., "Employment effect of dismissal pay in the presence of judicial mistakes", *International Review of Law and Economics*, vol. 29, n.º 1, 2009, págs. 38-45.
- HUDELIST, S.; LAZIC, S.; MUM, D., "Abfertigungskassen in Österreich".
- ICHINO, A.; POLO, M.; RETTORE, E., "Are judges biased by labor market conditions?", *European Economic Review*, vol. 47, n.º 5, 2003, págs. 913-944.
- IMF, *World economic outlook, October 2012: coping with high debt and sluggish growth*, International Monetary Fund, Wahington, DC, 2012.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE; INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS DEPT; TRIPARTITE MEETING OF EXPERTS TO EXAMINE THE TERMINATION OF EMPLOYMENT CONVENTION, 1982 (No. 158), *Instrumentos sobre despido: documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de*

- trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), Ginebra, 18-21 de abril de 2011, OIT, Ginebra, 2011.*
- IRLE-FUNDACIÓN SAGARDOY (dir.), *3er Observatorio de seguimiento de la Reforma Laboral 2012*, Fundación Sagardoy, Fundación ADDECO, Sagardoy Abogados, Club de Excelencia en sostenibilidad, Madrid, 2013.
- JIMENA QUESADA, L., “Retos pendientes del estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, 2006, págs. 40–71.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 17, 2009.
- JIMENO SERRANO, J. F.; ORTEGA MASAGUÉ, A. C., “Veinticinco años de mercado de trabajo en España”, *Economía industrial*, n.º 349, 2003, págs. 103-110.
- JIMENO SERRANO, J. F.; TOHARIA, L., “The Effects of Fixed-Term Employment on Wages: Theory and Evidence from Spain”, *Investigaciones Económicas*, vol. 17, n.º 3, 1993, págs. 475-494.
- JOVER PRESA, P., “La regulación normativa de la cláusula de conciencia”, en Luis Escobar de la Serna (dir.), *La cláusula de conciencia*, Universitas, Madrid, 1997, pág. 17.
- KAMBOUROV, G., “Labour Market Regulations and the Sectoral Reallocation of Workers: The Case of Trade Reforms”, *The Review of Economic Studies*, vol. 76, n.º 4, 2009, págs. 1321-1358.
- KAN, K.; LIN, Y.-L., “The Effects of Employment Protection on Labor Turnover: Empirical Evidence from Taiwan”, *Economic Inquiry*, vol. 49, n.º 2, 2011, págs. 398–433.
- KARABAY, B.; MCLAREN, J., “Pareto-improving firing costs?”, *European Economic Review*, vol. 55, n.º 8, 2011, págs. 1083-1093.
- KESSING, S. G., “Employment Protection and Product Market Competition”, *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 108, n.º 2, 2006, págs. 339–352.
- KLEC, G., “Flexicurity and the reform of the Austrian severance-pay system”, *ETUI-REHS, European Economic and Employment Policy Brief*, vol. 4, 2007.
- KOENIGER, W., “Dismissal costs and innovation”, *Economics Letters*, vol. 88, n.º 1, 2005, págs. 79-84.

- KOK, W.; DELL'ARINGA, C.; DURÁN LÓPEZ, F.; EKSTRÖM, A.; RODRIGUES, M. J.; PISSARIDES, C.; ET AL., *Jobs, jobs, jobs: creating more employment in Europe*, 2003.
- KOMAN, R.; SCHUH, U.; WEBER, A., "The Austrian Severance Pay Reform: Toward a Funded Pension Pillar", *Empirica*, vol. 32, n.º 3, 2005, págs. 255–274.
- KUGLER, A. D., "The Impact of Firing Costs on Turnover and Unemployment: Evidence from the Colombian Labour Market Reform.", *Department of Economics and Business, Universitat Pompeu Fabra, Economics Working Papers*, 2000.
- KUGLER, A. D.; SAINT-PAUL, G., "How Do Firing Costs Affect Worker Flows in a World with Adverse Selection?", *Journal of Labor Economics*, vol. 22, n.º 3, 2004, págs. 553-584.
- KUGLER, A.; JIMENO, J. F.; HERNANZ, V., "Employment consequences of restrictive permanent contracts: evidence from Spanish labour market reforms", *FEDEA, Documentos de trabajo*, vol. 2003-14, 2003.
- KUGLER, A.; PICA, G., "Effects of employment protection on worker and job flows: Evidence from the 1990 Italian reform", *Labour Economics*, vol. 15, n.º 1, 2008, págs. 78-95.
- KWON, I., "Optimal Contracts for Long-Term Decisions and the Threat of Dismissal", *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 15, n.º 3, 2006, págs. 735–761.
- KWON, I., "Threat of Dismissal: Incentive or Sorting?", *Journal of Labor Economics*, vol. 23, n.º 4, 2005, págs. 797-838.
- LAHERA FORTEZA, J., "¿Es jurídicamente viable el contrato único?", *Diario La Ley*, n.º 8177, 2013, pág. 2-.
- LAHERA FORTEZA, J., "El despido libre pagado con cheque al trabajador (Comentario a la STS 4ª de 6 de marzo de 2008)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2008, págs. 631-637.
- LAHERA FORTEZA, J., "Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2010, págs. 119-138.
- LAHERA FORTEZA, J., "Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, recurso 1689/2007)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2009, pág. 45.
- LAHERA FORTEZA, J., "Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales", en Jesús Cruz Villalón (dir.), *La reforma laboral de 2006: (Real decreto ley 5/2006, de 9 de junio)*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 41.

- LANZAS, J. A. DE, "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores y su periodo de prueba", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, n.º 53/2013, 2013, pág. Versión digital.
- LAZEAR, E. P., "Job security provisions and employment", *The Quarterly Journal of Economics*, 1990, págs. 699–726.
- LEPAGE-SAUCIER, N.; SCHLEICH, J.; WASMER, E., *Moving towards a single labour contract: pros, cons and mixed feelings*, OECD Publishing, 2013.
- LEVINE, D. I., "Just-Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection", *Journal of Labor Economics*, vol. 9, n.º 3, 1991, págs. 294-305.
- LJUNGQVIST, L., "How Do Lay-off Costs Affect Employment?", *The Economic Journal*, vol. 112, n.º 482, 2002, págs. 829-853.
- LÓPEZ GANDÍA, J., "La reforma laboral de 2010 y la evolución del derecho del trabajo: otra vuelta de tuerca", *Revista de derecho social*, n.º 51, 2010, págs. 243-254.
- LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LÓPEZ GANDÍA, J., "Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral", en Eduardo Rojo Torrecilla (dir.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997: [VIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Girona, 28 y 29 de noviembre de 1996]*, 1998, pág. 77.
- LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D., "Aspectos formales y procedimentales en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales", en Jesús Cruz Villalón (dir.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 202.
- LUCAS JR., R. E.; PRESCOTT, E. C., "Equilibrium search and unemployment", *Journal of Economic Theory*, vol. 7, n.º 2, 1974, págs. 188-209.
- LUJÁN ALCARAZ, J., "Contrato para el fomento de la contratación indefinida y la reforma laboral de 2010", en Alfredo Montoya Melgar, Faustino Cavas Martínez (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010: Ley 35-2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 111.
- LUJÁN ALCARAZ, J., "El contrato para el fomento de la contratación indefinida", en Antonio V. Sempere Navarro (dir.), *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio : la reforma laboral de 2001*, Aranzadi, Elcano(Navarra), 2001.
- MALO OCAÑA, M. Á., *Costes de despido y creación de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 1999.

- MALO OCAÑA, M. Á., *Las indemnizaciones por despido: un problema de negociación*, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales (ACARL), Madrid, 1998.
- MARAVALL CASESNOVES, H., “El despido por Crisis en el derecho español”, *Revista de estudios políticos. Suplemento de Política Social*, vol. 2, 1945.
- MARAVALL CASESNOVES, H., “El predominio de lo discrecional en la fijación de la indemnización por despido en el derecho español”, *Revista de Trabajo*, vol. 9, 1946, pág. 825.
- MARÍN FLOREZ, L., “El despido colectivo”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Juan Reyes Herreros (dirs.), *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 95.
- MARÍN MORAL, I., *La indemnización por despido*, 2ª, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.
- MARMOT, M. (dir.), *Review of social determinants and the health divide in the who European Region: final report*, World Health Organization, Regional Office for Europe, Copenhagen (Dinamarca), 2013.
- MARTÍN ARTAJO, A., “Nuevo sentido de la Justicia social”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 19-20, 1945, pág. 1.
- MARTIN, J.; GRUBB, D., “What Works and for Whom: A Review of OECD Countries’ experiences with active labour market policies”, *Swedish Economic Policy Review*, vol. 8, n.º 2, 2001, págs. 9–56.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.; ALZAGA RUIZ, I., “Despido por causas objetivas y expediente de regulación de empleo”, en Antonio V. Sempere Navarro, Rodrigo Martín Jiménez (dirs.), *La reforma laboral de 2010: Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 375.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.; MATEOS BEATO, A., “Despido Colectivo”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004 (Colección Monografías Aranzadi), pág. 399.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, n.º 119, 1978, pág. 5.

- MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del Derecho del Trabajo en España”, en *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Las transformaciones de derecho del trabajo en España (1976-1984) y la ley 32/1984 de reforma del Estatuto de los trabajadores”, en Miguel Rodríguez-Piñero (dir.), *Comentarios a la nueva legislación laboral: Ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 17.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”, en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 187.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Teoría y práctica del despido económico de alcance limitado: artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores”, en *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 113.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, 22ª ed, Tecnos, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V., “La extinción del contrato de trabajo tras la reforma de 1994: Práctica convencional y aplicación judicial (con especial atención a los despidos económico y disciplinario)”, en Eduardo Rojo Torrecilla (dir.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 227.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “El contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º I, 1985, pág. 118.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., “El contrato indefinido para el fomento de del empleo”, en Antonio Martín Valverde (dir.), *Las reformas laboral y de la seguridad social de 1997*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998 (Cuadernos de derecho judicial), pág. 15.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., “La constitución y el despido”, en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 433.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas precedentes)”, en Joaquín García Murcia (dir.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pág. 475.
- MARTÍNEZ MOYA, J., “Las causas de los despidos económicos: una perspectiva jurídica”, en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos*

económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 77.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Forma, lugar y tiempo”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004 (Colección Monografías Aranzadi), pág. 224.

MCCONNELL, C. R.; BRUE, S. L.; MACPHERSON, D. A., *Economía laboral*, 2007.

MERCADER UGUINA, J. R., “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2004, págs. 403-430.

MERCADER UGUINA, J. R., “El marco teórico del principio de igualdad”, en Luis Enrique Villa Gil, Lourdes López Cumbre (dirs.), *Los principios del derecho de trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003.

MERCADER UGUINA, J. R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de derecho del trabajo*, 6ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MERCADER UGUINA, J. R. M., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 137, 2008, págs. 27-71.

MERCADER UGUINA, J. R.; PUEBLA PINILLA, A. DE LA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, 2013.

MERCADO, J. DE, “Aprendiendo a sumar (I): La falacia de la cantidad fija de trabajo”, *Nada es Gratis*, 2012 <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=22484>.

MERLATEAU, J.-B., “El contrato de trabajo único: un reajuste de los derechos y obligaciones en materia de despido”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 2, 2007, pág. 211.

MICHAEL K. GAVIN, *Labor market rigidities and unemployment: the case of severance costs*, Board of Governors of the Federal Reserve System (U.S.), 1986.

DE MICHELIS, A., *Sand in the Wheels of the Labor Market: The Effect of Firing Costs on Employment*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2004.

DE MIGUEL LORENZO, A., “Pago por el Estado de los Salarios de Tramitación (En torno al artículo 57)”, en Manuel Alonso Olea (dir.), *El estatuto de los trabajadores: veinte años después*, vol. II, Cívitas, Madrid, 2000, pág. 1175.

- MILES, T. J., "Common law exceptions to employment at will and U.S. labor markets", *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 16, n.º 1, 2000, págs. 74-101.
- MILIONE, C., "¿Es razonable que España no haya ratificado la Carta Social Europea revisada de 1996? Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión", *Lex Social: Revista de derechos sociales*, vol. 1, n.º 1, 2011, págs. 106-125.
- MOLERO MANGLANO, C., *Manual de derecho del Trabajo*, 13ª(2ª en la editorial), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *Extinción de las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2007.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*, Comares, Granada, 2000.
- MONEREO PÉREZ, J. L., "Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 56, 1992, pág. 843-.
- MONEREO PÉREZ, J. L., "Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores (y II)", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 57, 1993, págs. 61-90.
- MONEREO PÉREZ, J. L., "El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 115, 2012, págs. 315-359.
- MONEREO PÉREZ, J. L., "La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la «Reforma del mercado de trabajo»: La normativa sobre despidos colectivos", en José Luis Monereo Pérez (dir.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996 (Monográfica ; Derecho), pág. 381.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El despido colectivo en el derecho español: estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M. N., "Forma y procedimientos del despido disciplinario", en Efrén Borrajo Dacruz (dir.), *La reforma del Estatuto de los trabajadores: Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes*, vol. II: El despido, Editorial Revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994 (Comentarios a las leyes laborales), pág. 189.
- MONTOYA MELGAR, A., "Cien años de reformas sociales (en el centenario del Instituto de Reformas Sociales: 1903-2003)", en *Publicaciones del Instituto de Reformas*

Sociales (1903-1924) [Archivo de ordenador], Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013.

MONTOYA MELGAR, A., “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979, pág. 315-.

MONTOYA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, en Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 35.

MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.

MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo en España”, *Revista de Política Social*, n.º 118, 1978, pág. 45-.

MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 269.

MONTOYA MELGAR, A., “Límites a la contratación temporal”, en Alfredo Montoya Melgar, Faustino Cavas Martínez (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010: Ley 35-2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 33.

MORÓN PRIETO, R., “La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1995, págs. 249-296.

MORRIS, A. P., *The law and economics of employment at will*, Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Economics, 1994.

MURILLO, M., “El despido y su ejecución”, en Consejo General del Poder Judicial (dir.), *Estudios sobre la nueva Ley de procedimiento laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

NICOLÁS BERNAD, J. A., *El fraude de Ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, vol. 32, Thomson : Aranzadi, 2008.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º II, 2000, págs. 1063–1087.

- NORES TORRES, L. E., “El despido objetivo”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1153.
- NOSAL, E., “Incomplete Insurance Contracts and Seniority Layoff Rules”, *Economica*, vol. 57, n.º 228, 1990, págs. 423-438.
- NÚÑEZ SAMPER, A., “De la libertad de despido a la propiedad del empleo”, *Revista de Política Social*, n.º 16, 1952, pág. 49-.
- OECD, *Chapter 2: What Makes Labour Markets Resilient During Recessions?*, Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), Paris, France, 2012, págs. 53-107.
- OECD, *OECD Employment Outlook 1999*, Organization for Economic Cooperation & Development, Washington, 1999.
- OECD, *OECD Employment Outlook 2013.*, Organization for Economic Cooperation & Development, París, 2013.
- OECD, *OECD employment outlook: 2004.*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2004.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Protección contra el despido injustificado*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.
- Oi, W. Y., “Labor as a quasi-fixed factor”, *The Journal of Political Economy*, 1962, págs. 538–555.
- OJEDA AVILÉS, A., “El fin de un principio, el de estabilidad en el empleo”, en *Estudios de derecho del trabajo: en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 467.
- OLEA, M. A.; CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del trabajo*, 27ª, Civitas ; Thomson-Reuters, Madrid, 2010.
- ORELLANA CANO, A. M., “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º 14, 2011, págs. 83-96.
- OVIEDO SILVA, A. M., *Regulation, Institutions, and Productivity Growth*, University of Maryland, Maryland (EEUU), 2006.
- OYER, P.; SCHAEFER, S., “Layoffs and litigation”, *The Rand Journal of Economics*, 2000, págs. 345–358.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La política de empleo en España (1977-1982): un quinquenio de política centrista ante la crisis económica*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1985.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Una ruta bajo sospecha, hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos: acerca de la reforma laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (versión electrónica)*, n.º 34, 2013, pág. 2-.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M., *Derecho del trabajo*, 21ª ed, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2013.
- PANIZO ROBLES, J. A., “El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 49, 2004, págs. 83-126.
- PEDRAJAS MORENO, A., “Aplicación de las novedades en materia de contratación laboral surgidas de las reformas”, en Abdón Pedrajas Moreno (dir.), *Las Reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 43.
- PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.
- PEREIRA, J. C., *From democratic transition to Spain's accession to the European Communities (1975– 1985)*, Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe, Luxemburgo, 2012.
- PERELLÓ DOMÉNECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, n.º 28, 1997, págs. 69-75.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Eurooea”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º 9, 2009, págs. 13-31.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La reforma laboral: comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006*, 2006.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en Jesús Rentero Jover (dir.), *Derechos laborales individuales y colectivos y derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (Cuadernos de Derecho Judicial), pág. 45.
- PÉREZ INFANTE, J. I., “Las reformas laborales recientes: objetivos, contenidos y efectos”, *Cuadernos de Información económica*, n.º 150, 1999, págs. 5-23.

- PÉREZ INFANTE, J. I., "Objetivos y contenidos de las reformas laborales en España y propuestas de futuro", *Circunstancia*, vol. 20, 2009.
- PÉREZ REY, J., "Derecho y Mercado de Trabajo: Evolución y contextualización en el escenario económico actual", en Luis Enrique Ramírez (dir.), *El derecho laboral en la crisis global*, B de F, Montevideo, Uruguay, 2009, pág. 9.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., "Las empresas de Trabajo Temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra", en *La Reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994 ((Derecho público y económico)), pág. 99.
- PINTOS AGER, J., "Baremos", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2000.
- PINTOS AGER, J., "Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 131, 2003.
- PISSARIDES, C., "Consumption and savings with unemployment risk: Implications for optimal employment contracts", *IZA Discussion Paper*, n.º 1183, 2004.
- PISSARIDES, C. A., "Employment protection", *Labour Economics*, vol. 8, n.º 2, 2001, págs. 131-159.
- POQUET CATALÁ, R., "Convenio Especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo", *Actualidad laboral*, n.º 1, 2011, pág. 2-.
- POSTEL-VINAY, F.; TURON, H., "Severance packages", *IZA Discussion Paper*, n.º 6023, 2011.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA, "Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 13, 2013, págs. 129-156.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA, "Las propuestas del despido en el contexto de una crisis económica: una aproximación crítica", en Aurelio Desdentado Bonete (dir.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 301.
- PULIDO QUECEDO, M., "Las ficciones legales prohibidas por la constitución como forma de legislación", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 2, 2000, págs. 1805-1812.
- RADAY, F., "Costs of Dismissal: An Analysis in Community Justice and Efficiency", *International Review of Law and Economics*, vol. 9, n.º 2, 1989, págs. 181-207.

- RAMÓN DANGLA, R., “Las relaciones laborales durante la transición democrática: el papel del fondo de garantía salarial”, en Carlos Arenas Posada, Antonio Florencio Puntas, Jerònia Pons Pons (dirs.), *Trabajo y relaciones laborales en la España contemporánea*, Mergablum, Sevilla, 2001, pág. 285.
- RAMOS GONZÁLEZ, S.; LUNA YERGA, Á., “Los baremos como paradigma de valoración de daños personales”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 191, 2004.
- REAGAN, P. B., “On-the-Job Training, Layoff by Inverse Seniority, and the Incidence of Unemployment”, *Journal of Economics and Business*, vol. 44, n.º 4, 1992, pág. 317.
- DEL REY GUANTER, S., “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, en Manuel R. Alarcón Caracuel (dir.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992 (Monografías jurídicas).
- DEL REY GUANTER, S., “El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, en Miguel Rodríguez-Piñero, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde (dirs.), *Estabilidad en el Empleo, Diálogo Social y Negociación Colectiva: La Reforma Laboral de 1997*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 112.
- DEL REY GUANTER, S., “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, en Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011 (Temas / La Ley), pág. 167.
- DEL REY GUANTER, S., “La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Actualidad laboral*, n.º 17, 2012, pág. 3-.
- DEL REY GUANTER, S., “Reflexiones en torno a la posible adaptación del marco regulatorio del mercado de trabajo y de las relaciones laborales.”, *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, n.º 20, 2009, pág. 4-.
- DE LA RICA, S. DE LA, “Wage gaps between workers with indefinite and fixed-term contracts: The impact of firm and occupational segregation”, *DFAE-II WP Series*, n.º 6, 2003, pág. 1-.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La desaparición de una modalidad contractual en suspenso: el contrato de inserción”, en Juan José Fernández Domínguez (dir.), *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, 2006, pág. 107.

- BAZ RODRÍGUEZ, J., "El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad", *Revista de derecho social*, n.º 59, 2012, págs. 87-116.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El nuevo procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo", *Revista de Política Social*, n.º 56, 1962, pág. 7.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El régimen jurídico del despido (II); Leyes de contrato de trabajo y de jurados mixtos", *Revista de Política Social*, n.º 77, 1968, pág. 5-.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La Carta Social Europea y su puesta en práctica", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 5, n.º 1, 1978, pág. 53.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La contratación temporal en la ley 32/1984 y en los decretos de desarrollo", en Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la nueva legislación laboral: Ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 85.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La huida del Derecho del Trabajo", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1992, págs. 85-94.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2010, págs. 97-118.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las empresas de trabajo temporal en España: comentarios a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El despido disciplinario y la «modernización» del derecho del trabajo", en José Luis Gil y Gil, José Manuel del Valle (dirs.), *El despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, pág. 39.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928", *Revista de Política Social*, vol. 74, 1967, pág. 23.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012", *Diario La Ley*, n.º 7833, 2012, pág. 1-.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La Ley de Relaciones Laborales, diez años después", *Relaciones Laborales*, vol. I, 1986, págs. 27-32.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta”, *Diario La Ley*, n.º 7319, 2010, págs. 4-7.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Sobre el contrato de trabajo «único»”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2009, pág. 111.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho, trabajo y despido”, en *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 25-40.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROJAS RIVERO, G. P., *Cláusula de conciencia y extinción del contrato*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- ROJO TORRECILLA, E., “El despido disciplinario. Concepto y causas”, en *La extinción del contrato de trabajo: el despido.*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 9.
- ROMAGNOLI, U., “Del derecho «del» trabajo al derecho «para » el trabajo”, *Revista de derecho social*, n.º 2, 1998, págs. 11-20.
- ROMAGNOLI, U., “Prólogo”, en *El Despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 11.
- ROQUETA BUJ, R., “La extinción de las relaciones laborales especiales”, en Ignacio Albiol Montesinos (dir.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1323.
- ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad social : los planes-fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 11, 1991, pág. 31.
- RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995”, *La Ley*, n.º 1, 1997, pág. 1972.
- RUÍZ MIGUEL, J. A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Luis García San Miguel (dir.), *El Principio de Igualdad*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2000, págs. 155-200.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Comentario al art. 35 de la Constitución”, en Oscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983 ((Revista de Derecho público)).

- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., "El mundo del trabajo en la constitución", en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 1335.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., "Encuesta sobre la aplicación del Convenio núm. 158 de la OIT en el Derecho español", *Documentación laboral*, n.º 20, 1986, págs. 51-68.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", en Juan Rivero Lamas (dir.), *La Flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, pág. 181.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", en *Estudios sobre el despido: homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de derecho del trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1996, pág. 137.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *La terminación del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.
- SAHÚN, M. L. A., "La protección por despido en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 57, 2005, págs. 367-382.
- SAINT-PAUL, G., *Dual labor markets: a macroeconomic perspective*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts) [etc.], 1996.
- SAINT-PAUL, G., "Employment protection, international specialization, and innovation", *European Economic Review*, vol. 46, n.º 2, 2002, págs. 375-395.
- SALA FRANCO, T.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., "El despido de personal laboral en la Administración Local", *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º 112, 2008, págs. 384-395.
- SAMPEDRO CORRAL, M., "La contratación abusiva o fraudulenta temporal y el reintegro por el empleador de la prestación contributiva por desempleo en la Ley 45/2002", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 49, 2004, págs. 61-82.
- SAN PEDRO CORRAL, M., "Convenio 158 de la OIT: Comentario a los artículos 1 y 7", *Actualidad laboral*, n.º 1, 1987, págs. 241-246.
- SANGUINETI RAYMOND, W., "Reforma del mercado de trabajo y restablecimiento del principio de causalidad de la contratación temporal: Un interrogante específico: el contrato por lanzamiento de nueva actividad", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 66, 1994, págs. 561-580.
- SEGURA, J.; DURÁN LÓPEZ, F.; TOHARIA CORTÉS, L.; BENTOLILA, S., *Análisis de la contratación temporal en España*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

- SELMA PENALVA, A., *El fondo de capitalización anunciado en la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo: aspectos básicos de su futura regulación jurídica*, Tirant lo Blanch ; Edit.um, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia; Murcia, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., *Claves de la reforma laboral de 2012: estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Examen del RD-Ley 11/2013, , de 2 agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, n.º 6/2013, 2013, pág. (versión en línea).
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Función del preaviso por circunstancias objetivas”, en M^a Asunción Domblás, Maite Fernández Baraibar (dirs.), *Aspectos generales del despido*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 347.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Indemnización por despido tras contratos sucesivos. Comentario a la STS de 8 de marzo de 2007”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7, 2007, pág. 151.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “La reglamentación del despido colectivo: Notas al Reglamento aprobado por RD 1483/2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, n.º 8, 2012, págs. 15-43.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Naturaleza de los salarios de tramitación y responsabilidad del empresario principal”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. V, 1998, pág. 255.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Protección objetiva de la embarazada frente a su despido: Comentario a la STC de 21 julio 2008 (RTC 2008, 92)”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, n.º 14, 2008, pág. versión en línea.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A., “El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo: comentario a la STS de 11 marzo 2004”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, vol. 6, 2004, págs. 191-206.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; LUJÁN ALCARAZ, J., “Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas (Comentario la STSJ Canarias-Las Palmas 9 julio 1996)”, en M^a Asunción Domblás, Maite Fernández Baraibar (dirs.), *Causas del despido objetivo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 133.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi Editorial, Cizur Menor, Navarra, 2003.

- SHAPIRO, C.; STIGLITZ, J. E., "Equilibrium unemployment as a worker discipline device", *The American Economic Review*, vol. 74, n.º 3, 1984, págs. 433-444.
- SOTO CARMONA, Á., *El trabajo industrial en la España contemporánea: (1874-1936)*, Anthropos, Barcelona, 1989.
- SPARKS, R., "A Model of Involuntary Unemployment and Wage Rigidity: Worker Incentives and the Threat of Dismissal", *Journal of Labor Economics*, vol. 4, n.º 4, 1986, págs. 560-581.
- STÄHLER, N., "Firing costs, severance payments, judicial mistakes and unemployment", *Labour Economics*, vol. 15, n.º 6, 2008, págs. 1162-1178.
- SUÁREZ CORUJO, B.; POZO SEN, A. DEL, "El contrato único o la manzana de Blancanieves", *eldiario.es* http://www.eldiario.es/zonacritica/contrato-unico-manzana-Blancanieves_6_84401568.html.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., "El derecho al trabajo en la constitución", en Tomás Ramón Fernández Rodríguez (dir.), *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978.
- TOHARIA CORTÉS, L., *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.
- TOHARIA CORTÉS, L., "El modelo español de contratación temporal", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 64, 2002, págs. 117-142.
- TOHARIA CORTÉS, L.; MALO OCAÑA, M. Á., "Los costes del despido en España", *Economía y sociología del trabajo*, n.º 25, 1994, págs. 180-192.
- TOHARIA, L. (DIR); CRUZ VILLALÓN, J.; ALBERT VERDÚ, C.; CALVO GALLEGO, F. J.; CEBRIÁN LÓPEZ, I.; GARCÍA SERRANO, C.; ET AL., *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, MTAS, 2005.
- TRAXLER, F., "Reform of severance pay under discussion", 2001 <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2001/06/inbrief/at0106220n.htm>.
- TRILLO PÁRRAGA, F., "El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas", *Revista de derecho social*, n.º 57, 2012, págs. 165-182.
- VALDÉS ALONSO, V., "Sucesión de contratos temporales realizados en fraude de ley y determinación del periodo computable a efectos de la fijación de la indemnización por despido improcedente", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1999, pág. 821.

- VALDÉS DAL-RÉ, F., “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (I)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2004, págs. 29-40.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (y II)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2004, págs. 41-52.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 19, 2012, págs. 1-20.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1994, págs. 21-27.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. I, 2001, págs. 127-134.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los despidos por causa económica”, en Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- VELASCO PORTERO, M. T., “Los sistemas alemán y austríaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España”, *Actualidad laboral*, n.º 14, 2010, pág. 1648.
- VENN, D., *Legislation, collective bargaining and enforcement: Updating the OECD employment protection indicators*, OECD, 2009.
- VERDERA IZQUIERDO, B., *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid, 2007.
- VILLA DE LA SERNA, P. DE LA, “Las tres «Cartas» Europeas sobre Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 32, 2001, págs. 273-314.
- VILLA GIL, L. E. DE LA, “El despido en el Real Decreto-Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo”, en *Relaciones de trabajo. Comentarios al Real Decreto-Ley 17/1977*, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, Madrid, 1977, pág. 21.
- VILLA GIL, L. E. DE LA, *La formación histórica del derecho español del trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2003.
- VILLANUEVA GALLEGO, F. I., “Modalidades procesales de los despidos y sanciones de la reclamación al Estado de los salarios de tramitación, de la extinción del contrato de trabajo, de las vacaciones, materia electoral, clasificaciones profesionales, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, permisos por lactancia, reducción de jornada por motivos familiares

y procedimiento de oficio”, en Ana María Orellana Cano (dir.), *Puntos críticos del procedimiento laboral: situación actual y alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pág. 189.

VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1994.

WATSON, P., *EU social and employment law: policy and practice in an enlarged Europe*, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2009.

WESSELBAUM, D., “Firing tax vs. severance payment: An unequal comparison”, *Kiel working paper*, n.º 1644, 2010.

ÍNDICES DE CONTENIDOS E ILUSTRACIONES

1.- ÍNDICE DETALLADO

ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I.- LA ECONOMÍA DEL DESPIDO	21
1.- La decisión económica de extinguir el contrato de trabajo	21
1.1.- El carácter eminentemente económico del acto jurídico del despido	21
1.2.- Modelizaciones para evaluar la legislación sobre el despido	24
1.2.1.- Esquemas básicos desde la perspectiva económica	24
1.2.2.- El efecto de los costes de despido sobre la decisión empresarial	26
A.- Planteamiento general	26
B.- Presupuestos para el impacto de los costes de despido	28
1.2.3.- Modelos que justifican la necesidad de introducir costes de despido	31
A.- Los despidos intrínsecamente ineficientes	31
B.- Costes de despido y competencia interempresarial	32
C.- Los fallos de mercado y externalidades mitigables por la regulación del despido	34
a).- Incorrecta valoración del capital humano	34
b).- El valor social del trabajo	36
c).- Información imperfecta	39
i).- Los problemas de selección adversa y el despido reglado	39
ii).- Problemas de información para el trabajador	43
d).- Insuficiencia de los mercados de seguros	44
1.2.4.- Costes netos de despido	46
1.2.5.- Indeterminación judicial y otros efectos de la aversión bilateral al riesgo	49
1.2.6.- Amenaza de despido como incentivo o el régimen disciplinario como decisión económica	52
1.2.7.- Indemnizaciones por despido y antigüedad	54
2.- Los efectos agregados de la regulación del despido sobre el mercado de trabajo	56
2.1.- Efectos generales de las indemnizaciones por despido en el mercado de trabajo	56
2.1.1.- Niveles de empleo y desempleo	56
2.1.2.- Rotación e innovación: despido y decisiones de inversión	61
2.1.3.- Otros aspectos de interés	65

2.2.- La temporalidad en el empleo como mecanismo de ajuste y la dualidad del mercado de trabajo.....	67
2.2.1.- Perspectiva general	67
2.2.2.- Efectos económicos de la temporalidad del trabajo en España	71
3.- Elementos jurídicos y elementos económicos necesarios para una concepción integral del despido.....	75
3.1.- Un debate previo: la medición de los costes de despido	75
3.2.- El derecho del trabajo como motor del cambio económico	79
CAPÍTULO II.- LÓGICA EVOLUTIVA DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	85
1.- De la concepción jurídica a la económica: ochenta años de evolución de la regulación de la extinción del contrato de trabajo	85
1.1.- La tardía regulación del despido como mecanismo de protección del trabajador.	85
1.2.- El principio de estabilidad del empleo o la causalización del despido	87
2.- La transición a la democracia y la Constitución Española de 1978.....	91
2.1.- Un cambio de perspectiva	91
2.2.- El contexto histórico: crisis política y económica	93
2.3.- La legislación sobre el despido y relaciones laborales de la Transición	95
2.3.1.- El punto de partida: La Ley de Relaciones Laborales de 1976	95
2.3.2.- La reforma laboral como medida económica	100
A.- Las medidas “coyunturales” del RD-L de medidas económicas	100
B.- La consolidación de la legislación de crisis: el RD-L de relaciones de trabajo	102
C.- La creación del Fondo de Garantía Salarial	109
3.- El derecho del despido del comienzo del periodo constitucional	111
3.1.- La Constitución Española de 1978.....	111
3.2.- El Estatuto de los trabajadores de 1980: el esquema básico de indemnizaciones por despido	114
3.2.1.- Los antecedentes y el proyecto del Gobierno	114
3.2.2.- La tramitación parlamentaria del ET80 y el coste despido en la política de empleo	117
3.3.- La consolidación del modelo: la reforma de 1984	119
3.4.- La contratación temporal para crear empleo.....	122
3.4.1.- El contrato de lanzamiento de nueva actividad	122
3.4.2.- El contrato temporal de Fomento del Empleo	125
3.4.3.- El contrato de inserción y otras medidas de fomento del empleo temporal	130
4.- Los costes del despido en la lucha contra la dualidad del mercado de trabajo.....	132
4.1.- Panorama	132
4.2.- La recausalización de la contratación temporal.....	135
4.2.1.- La causalidad en la contratación temporal.....	135
A.- Contexto y objetivos de la “recausalización”	135
B.- La llamada a la negociación colectiva.....	136
C.- Presunciones iuris tantum y iuris et de iure del carácter indefinido del contrato.....	139
4.3.- La reducción de la brecha de costes.....	147
4.3.1.- Motivos y líneas de actuación legislativa.....	147
4.3.2.- La actuación sobre costes explícitos.....	148
A.- Aspectos generales.....	148
B.- La penalización por uso de ETT	149
C.- La materialización de la sospecha de uso fraudulento de la contratación temporal	151
D.- La financiación pública de los despidos y el papel del FOGASA	154
E.- La reducción del coste del despido improcedente como fomento del empleo indefinido	157
a).- La indemnización al trabajador por la pérdida del empleo	157

b).- La indemnización por los salarios dejados de percibir	165
4.3.3.- La reducción de los costes extintivos no indemnizatorios de los contratos indefinidos	173
A.- Los costes no indemnizatorios y la política legislativa.....	173
B.- La (fallida) reducción de la incertidumbre.....	174
a).- Planteamiento y análisis de resultados	174
b).- Causalidad del despido objetivo: los esfuerzos contra la discrecionalidad	177
C.- Costes implícitos directos: la evolución de forma y procedimiento	186
a).- Tipología.....	186
b).- Los despidos individuales por motivos disciplinarios	187
c).- Despido individual por motivos objetivos.	189
d).- El camino hacia la autotutela en el despido colectivo.....	191
CAPÍTULO III.-EL MARCO NO DISPONIBLE AL LEGISLADOR ESPAÑOL: LÍMITES A LA REGULACIÓN	199
1.- Planteamiento	199
2.- Límites constitucionales.....	201
2.1.- La proyección del derecho al empleo sobre el despido	201
2.2.- La tutela de los Derechos Fundamentales como límite al despido y las consecuencias sobre los costes extintivos.....	206
2.3.- Otros aspectos constitucionales.....	213
2.3.1.- Libertad de empresa y despido	213
2.3.2.- Igualdad e indemnizaciones: diferencias e indiferencias	214
A.- Igualdad material, igualdad formal y régimen indemnizatorio en la ley	214
B.- La igualdad y las diferentes consecuencias de la terminación en cada contrato	215
C.- La igualdad excesiva: la homogeneidad de indemnizaciones.....	218
2.3.3.- La aplicación en el tiempo: derechos adquiridos y retroactividad	221
3.- Límites de Derecho Comunitario.....	227
3.1.- El despido en los tratados constitutivos.....	227
3.2.- Las implicaciones del derecho derivado sobre la regulación de la terminación del contrato	230
3.2.1.- Las directivas de despido colectivo.....	230
3.2.2.- Otras directivas comunitarias de relevancia.....	233
4.- Límites de Derecho Internacional	236
4.1.- Las implicaciones de la Carta Social Europea sobre la regulación del despido	236
4.2.- Las normas de despido de la OIT.....	239
CAPÍTULO IV.-EL MODELO ACTUAL DE COSTES DE EXTINCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	249
1.- Las consecuencias económicas de la terminación del contrato de trabajo.....	249
1.1.- Las características básicas del sistema legal de consecuencias del despido	249
1.1.1.- Naturaleza imperativa	249
1.1.2.- Indemnizaciones tasadas	253
A.- El contenido y fundamento de las indemnizaciones extintivas	253
B.- Las excepciones a la indemnización tasada.....	256
a).- Los Derechos Fundamentales.....	256
b).- Las prestaciones por incapacidad permanente	258
c).- La extinción del contrato indefinido en casos de contratación temporal previa	261
C.- Consideraciones jurídicas y económicas	263
1.2.- La formulación del régimen legal	266
1.2.1.- Configuración general.....	266
1.2.2.- La exclusión de los salarios de tramitación.....	271
2.- El coste no factorial del despido	272
2.1.- Concepto e impacto económico.....	272

2.2.- Transferencias directas a los trabajadores.....	274
2.2.1.- El preaviso.....	274
A.- Aspectos generales.....	274
B.- El preaviso formativo del caso de falta de adaptación a modificaciones en el puesto	276
2.2.2.- Los salarios de tramitación como coste no factorial	278
2.3.- Costes sin cuantificación económica expresa	280
2.3.1.- Consulta, negociación e intervención administrativa en despidos colectivos.....	280
A.- Ámbito de aplicación.....	280
B.- El procedimiento y su impacto	283
2.3.2.- Algunos apuntes sobre el proceso.....	290
2.4.- Obligaciones pecuniarias relacionadas con el despido	292
2.4.1.- El convenio especial de Seguridad Social.....	292
2.4.2.- Plan de Recolocación	296
2.4.3.- La aportación al tesoro	298
2.5.- El coste del despido nulo y readmisiones forzosas	301
3.- Los factores comunes: Salario y Tiempo de servicio.....	305
3.1.- El salario como elemento de la indemnización y problemas para su cuantificación	305
3.2.- El tiempo de servicio como factor de la fórmula indemnizatoria	309
4.- El factor y tope indemnizatorios	314
4.1.- Conceptos de factor y tope indemnizatorio.....	314
4.2.- Elementos de graduación y función del tope	316
4.2.1.- La calificación del acto extintivo a los efectos de la indemnización	316
4.2.2.- La causa del despido como elemento calificador	317
A.- El despido por infracciones del trabajador.....	318
B.- El despido por motivos objetivos	325
a).- Cuestiones generales	325
b).- Causas relacionadas con la pérdida de idoneidad del sujeto del contrato.....	326
c).- Causas relacionadas con la imposibilidad de generar el rendimiento adecuado	331
C.- La terminación indemnizada por voluntad del trabajador	340
a).- Ante actuaciones empresariales lícitas	340
i).- Los supuestos de carácter general	340
ii).- La cláusula de conciencia	344
b).- Ante actuaciones empresariales contrarias a derecho	347
4.2.3.- La influencia de los aspectos formales	350
4.3.- La concreción del factor y tope indemnizatorios	355
4.3.1.- Factor indemnizatorio nulo	356
4.3.2.- Factores indemnizatorios reducidos.....	361
4.3.3.- El factor máximo: la improcedencia o penalización por antijuricidad.....	364
CAPÍTULO V.- MODELOS ALTERNATIVOS Y SU IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA	369
1.- La necesidad de proponer alternativas	369
2.- El fondo de capitalización o modelo austriaco	373
2.1.- El modelo original y sus efectos	373
2.2.- Los amagos de su incorporación a España y sus potenciales efectos	381
2.2.1.- La disposición final 2ª del RD-L 10/2010 y sus sucesivas modificaciones.....	381
2.2.2.- Posibilidades de implantación	384
3.- El “contrato único” o “para la igualdad de oportunidades”	386
3.1.- Configuración inicial y sucesivos cambios	386
3.2.- La recepción desde la doctrina laboralista y otros aspectos de su implementación	392
4.- Un nuevo modelo de despido	396
4.1.- Objetivos deseables	396

4.2.- Propuesta de un sistema alternativo y parámetros básicos	402
4.2.1.- Los rasgos del modelo	402
A.- El modelo indemnizatorio	402
B.- Algunos apuntes sobre la mejora del sistema y otros aspectos de la propuesta	410
a).- Ámbito subjetivo	410
b).- Causalidad de la extinción	412
c).- Mejoras técnicas	414
d).- Gestión del fondo.....	417
C.- Propuesta y justificación de parametrización	418
CONCLUSIONES	427
BIBLIOGRAFÍA CITADA	441
ÍNDICES DE CONTENIDOS E ILUSTRACIONES	481
1.- Índice detallado	481
2.- Índice de gráficos.....	485
3.- Índice de figuras	486
4.- Índice de fórmulas	487

2.- ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico I-1: Tasa de temporalidad general, por edad y sexo en la UE (2012).....	70
Gráfico I-2: Índice de protección al empleo de la OCDE	78
Gráfico II-1: Variación anual de la tasa de PIB a precios constantes de 1995 (1963-1985)	93
Gráfico II-2: Tasa de desempleo (1976-1985)	94
Gráfico II-3: Evolución del número de ocupados por tipo de ocupación.....	122
Gráfico II-4: Peso de determinados tipos contractuales en la contratación registrada	128
Gráfico II-5: Tasa de temporalidad y desempleo	133
Gráfico II-6: Variación interanual del número de ocupados según su relación con la actividad económica	134
Gráfico II-7: Tiempo de permanencia en la empresa de trabajadores con contrato de obra o servicio determinados	138
Gráfico II-8: Porcentaje de contratos indefinidos sobre el total de contratos registrados (2005-2011).....	144
Gráfico II-9: Tasa de temporalidad y número de trabajadores temporales 2003-2011	145
Gráfico II-10: Variación absoluta interanual del número de asalariados temporales e indefinidos.....	146
Gráfico II-11: Contratos de puesta a disposición por ETTs	150
Gráfico II-12: Contratos registrados e introducción de la indemnización por extinción de los contratos temporales	152
Gráfico II-13: Contratos registrados e incremento de las indemnizaciones por terminación de contrato temporal de la reformas de 2010	153
Gráfico II-14: Importe medio, en euros de 2012, recibido por trabajador por responsabilidad directa del FOGASA.....	155
Gráfico II-15: Peso de la contratación indefinida por clase según el total de contratos registrados.....	160
Gráfico II-16: Resultado de las conciliaciones en materia de despido y cantidades reconocidas	169

Gráfico II-17: Altas iniciales en la prestación contributiva de desempleo por causa de acceso a la misma relacionada con la extinción de un contrato por razón diferente a la terminación de un contrato temporal (datos mensuales)	171
Gráfico II-18: Distribución anual de las altas iniciales en la prestación contributiva por desempleo con causa en la extinción de un contrato por razón diferente a la terminación de un contrato temporal	173
Gráfico II-19: Distribución de las conciliaciones individuales en materia de despido según su resultado	175
Gráfico II-20: Asuntos judiciales sociales resueltos en materia de despido	176
Gráfico II-21: Cantidades reconocidas en procesos por despido en sede judicial (precios constantes de 2012)	183
Gráfico II-22: Porcentaje de procedimientos de extinción que han sido pactados y trabajadores afectados	196
Gráfico IV-1: Efecto del prorrateo por meses	311
Gráfico V-1: Variación interanual del PIB y del total de población ocupada en España y la UE	370
Gráfico V-2: Esquema de indemnizaciones por despido en la legislación austriaca previa y posterior a la reforma.....	376
Gráfico V-3: Rentabilidad de los fondos de capitalización de las indemnizaciones por despido.....	378
Gráfico V-4: Retiradas de capital del Fondo de capitalización del despido (millones de euros)	379
Gráfico V-5: Comparación del régimen vigente en el momento de la propuesta con el CU inicial.....	387
Gráfico V-6: Cambio en la indemnización esperada por año de experiencia (CU12-36 frente a legislación pre-reforma de 2010)	388
Gráfico V-7: Contrato de Indemnizaciones crecientes frente al sistema actual.....	391
Gráfico V-8: Relación entre paro y temporalidad	398
Gráfico V-9: Evolución del salario medio en euros constantes de 2011 en relación a la antigüedad en la empresa.....	406
Gráfico V-10: Ingresos por cotizaciones y gastos por transferencias del FOGASA	407
Gráfico V-11: Antigüedad en la empresa y edad del trabajador.....	419
Gráfico V-12: Salario medio en miles de euros anuales según edad y antigüedad del trabajador en la empresa.....	421
Gráfico V-13: Cantidad recibida por el trabajador en caso de despido objetivo procedente, medidas en mensualidades de salario en ese momento	422
Gráfico V-14: Cantidades recibidas por el trabajador en caso de despido improcedente, medidas en mensualidades de salario en ese momento	423
Gráfico V-15: Coste de despido en términos de mensualidades de salario en el sistema propuesto y el vigente	424

3.- ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Efectos de un cambio de productividad de la empresa en su demanda de trabajo	25
Figura 2: Efectos de un cambio de productividad en la economía sobre la demanda de trabajo de la empresa	25
Figura 3: Despidos y separaciones eficientes.....	32

Figura 4: Introducción de un impuesto sobre el despido 38
Figura 5: Equilibrio del mercado de trabajo con restricción de Trabajo con esfuerzo 42

4.- ÍNDICE DE FÓRMULAS

Fórmula 1: Esquema modular básico de indemnización 269
Fórmula 2: Esquema modular básico de indemnización con incorporación del tope..... 269
Fórmula 3: Esquema modular básico de indemnización con incorporación del coste
no factorial 270
Fórmula 4: Esquema modular básico de indemnización en referencia al salario anual..... 309