

# Reflexiones a propósito de la causalidad, la forma y el coste económico del despido. La necesaria búsqueda de seguridad jurídica

**María de los Reyes Martínez Barroso**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## Extracto

Aun cuando el régimen jurídico del despido constituye una de las piedras angulares que sostienen el edificio entero del derecho del trabajo, la dogmática o construcción de dicha institución dista mucho de estar plenamente consolidada, de ahí que resulten oportunas algunas reflexiones sobre sus principales características en el año en que se cumple el cuadragésimo aniversario de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. En las páginas que siguen, tras realizar un rápido repaso de las principales reformas que han afectado a la institución en los últimos años, se analiza la oportunidad de destipificar alguna de las causas del despido disciplinario, debido a la *vis expansiva* del despido producido por la transgresión de la buena fe contractual; de acentuar el control judicial del efectuado por causas empresariales; así como una propuesta de reforma del despido colectivo para atender a las exigencias de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por último, se lleva a cabo un análisis crítico del coste económico del despido arbitrario, con sintéticas propuestas *de lege ferenda*.

**Palabras clave:** despido disciplinario; despido colectivo; causalidad; coste económico.

Fecha de entrada: 14-01-2020 / Fecha de revisión: 31-01-2020 / Fecha de aceptación: 31-01-2020

**Cómo citar:** Martínez Barroso, M.<sup>a</sup> R. (2020). Reflexiones a propósito de la causalidad, la forma y el coste económico del despido. La necesaria búsqueda de seguridad jurídica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 157-189.



# Reflections based on the causality, form and economic cost of dismissal. Necessary search for legal certainty

María de los Reyes Martínez Barroso

## Abstract

Legal regime of dismissal constitutes one of the cornerstones that support the entire building of Labour Law. Even then, dogmatic or construction of this institution is far from being fully consolidated. Some reflections on its main characteristics are appropriate in the year of the fortieth anniversary from approval of the Workers' Statute. This study, after a quick review of the main reforms that have affected this institution, analyzes the opportunity for decriminalize disciplinary dismissal. There are several essential reasons: expansive effect of dismissal for transgression of contractual good faith; need to accentuate judicial control of dismissal for business reasons, as well as a proposal to reform collective redundancy in order to meet requirements from doctrine issued by the Court of Justice of the European Union. Finally, this report carries out a critical analysis of the economic cost of arbitrary dismissal, with synthetic proposals *de lege ferenda*.

**Keywords:** disciplinary dismissal; collective redundancy; causality; economic cost.

**Citation:** Martínez Barroso, M.<sup>a</sup> R. (2020). Reflections based on the causality, form and economic cost of dismissal. Necessary search for legal certainty. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 157-189.





## Sumario

1. Nota introductoria justificativa del estudio
2. Breve repaso de las últimas reformas legislativas en materia de despido
3. Sobre la oportunidad de «destipificar» el despido disciplinario debido a la generalidad del concepto de buena fe. Hacia una causa justa única y general del despido disciplinario
4. Despido colectivo. El control judicial de la causalidad en el despido por causas empresariales: el vaciamiento causal y su necesario reproche
5. Sobre la forma e impugnación del despido
6. El coste del despido arbitrario y la propuesta de un sistema extintivo correcto
7. Sobre la imposibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento

Referencias bibliográficas

**Nota:** estudio enmarcado en el proyecto de investigación «Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social» (referencia DER2017-82192-C3-1-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

## 1. Nota introductoria justificativa del estudio

Como sucede en otras relaciones jurídicas duraderas y de ejecución continuada, en la relación de trabajo el momento de la terminación o ruptura suele ser el más propicio para el litigio. De ahí que el despido sea el instituto jurídico-laboral que ha despertado una mayor atención en la jurisprudencia y en la doctrina, contándose por miles las ocasiones en que los tribunales se han pronunciado sobre reclamaciones relativas a la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario. Se parte en este estudio de un concepto amplio de despido, a partir de las tesis centrales de la doctrina legal unificada por el Tribunal Supremo (TS) (Cavas, 2018, pp. 143 y ss.), según el cual la expresión despido «no debe entenderse, en principio, constreñida al de origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena al incumplimiento contractual de este» (Sentencia del TS –STS– de 24 de mayo de 1995, rec. 3848/1994, citando abundante jurisprudencia anterior). Por ello, la calificación de despido improcedente:

[...] no es, en absoluto, exclusiva del despido disciplinario, sino que puede aplicarse también, normalmente, a cualquier despido causal, es decir, a cualquier despido en el que el empresario alega una determinada causa de extinción de la relación laboral, aunque esta no sea un incumplimiento contractual [comprendido en el art. 54 Estatuto de los Trabajadores –ET–] (STS de 23 de marzo de 1993, rec. 2361/1991).

La doble atracción de signo opuesto que ejercen los dos polos conceptuales de la «resolución» y del «desistimiento» sobre el régimen jurídico del despido actúa tanto sobre el legislador, que opta unas veces por esquemas de regulación que corresponderían a la figura de la resolución (preceptos relativos a llamados salarios de tramitación o garantía de readmisión *in natura* de los representantes de los trabajadores), pero se inclina otras por soluciones inspiradas en el desistimiento (facultad empresarial de opción entre indemnización y readmisión en caso de despido improcedente), como sobre la jurisprudencia y la propia doctrina científica, obligadas «a reconstruir fragmentos de regulación legislativa que no tienen un signo inequívoco, e impulsadas también en un sentido o en otro por opciones distintas de política del derecho» (Martín, 1997, p. 20).

La resolución disciplinaria es un acto constitutivo por el que el empresario resuelve el contrato de trabajo del empleado, extinguiendo las obligaciones a las que quedaban vinculadas las partes sin que tal cesación tenga que ser confirmada por órganos externos. Pero, aun cuando constituye un acto de autotutela privada, queda sometido al cumplimiento de específicas con-

diciones enlazadas con su causa y forma. De hecho, el principal atractivo del artículo 54 del ET reside en albergar, como elemento clave, el principio de causalidad, convertido en máximo exponente del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, desterrando, al menos teóricamente, el despido *ad nutum* (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– 22/1981, de 2 de julio, o 192/2003, de 27 de octubre) en favor del despido *ad causam*. El modelo de regulación del despido que acostumbra a calificarse como «régimen de despido causal» es una pieza fundamental en la estructura del ordenamiento laboral, que adquiere mayor relieve cuanto mayores sean las dificultades de empleo en el sistema productivo, hasta el punto de que, desde la perspectiva del trabajador individual, su modo de estar en la empresa «depende decisivamente, sobre todo, pero no solo en los niveles medios o bajos de la jerarquía profesional, de que exista un régimen de despido causal que permita desterrar el fantasma de la pérdida arbitraria del puesto de trabajo» (Martín, 1997, p. 18). Para poder reconocer la procedencia del despido disciplinario, deben reunirse las condiciones que exige tanto el principio de culpabilidad (recriminación de la infracción) como el de gravedad (grado en que el trabajador quebranta una obligación laboral y repercusión de la misma). Ambos principios obligan a un meticuloso análisis de las circunstancias concurrentes que hacen complicado cualquier intento de generalización teórica en la materia. No obstante, parece necesaria una reflexión sobre el modo en que la caracterización legal de los incumplimientos laborales condiciona la valoración judicial de los hechos imputados al trabajador en la carta de despido y, por tanto, la calificación última del mismo, evaluando la incidencia que el principio de proporcionalidad tiene en el derecho laboral sancionador; sobre todo, a la vista de que, casi como cláusula de estilo, la mayoría de las sentencias que resuelven reclamaciones por despido (por todas, STS de 20 de febrero de 1991, rec. 918/1990) insisten en declarar que el tribunal tuvo presente a la hora de fallar un criterio de proporcionalidad, conforme al cual:

[...] los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con especial conocimiento del factor humano.

Ninguna de las conductas ejemplificativas y genéricas establecidas en el artículo 54.2 del ET opera automáticamente como causa justa de extinción del contrato de trabajo, sino que cada una de dichas conductas debe ser analizada individualmente en el momento en que se produzca, con las consecuencias que ha ocasionado, debiendo siempre reunir el doble juicio de gravedad y culpabilidad.

Cada causa extintiva disciplinaria, sin un excesivo esfuerzo teórico (y prescindiendo de posibles y dispares interpretaciones jurisprudenciales), puede quedar justificada en la amplia y legítima buena fe, como sustento principal del ordenamiento jurídico español, y en aquellos supuestos más complejos en que se carece de cualquier descripción típica resultante habitual que el despido termine siendo justificado por la buena fe contractual y no por la concreta causa que lo regula. En efecto, la buena fe es un concepto abierto al mundo

de las valoraciones sociales, cuya existencia permite la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilidad capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores sociales, dando la impresión de que los tribunales operan con grandísimas dosis de flexibilidad y casuismo. La amplitud de la transgresión de la buena fe contractual como justa causa de despido cubre con total amplitud las insuficiencias y deficiencias del resto de fundamentos, de ahí que pueda postularse, como propuesta de futuro, la «destipificación» legal de las causas del despido disciplinario, en aras de obtener una mayor seguridad jurídica. A dicha conclusión se puede llegar tomando en consideración, entre otras posibles (pues el limitado espacio de que se dispone impide abordarlas todas), la justa causa de despido consistente en las «ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos», pues, a la hora de valorar sus potenciales consecuencias, serán criterios de razonabilidad los que acabe aplicando el juzgador, dentro de su propia discrecionalidad.

Por último, conviene tener bien presente cómo las decisiones empresariales se adoptan muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido. Y en esta materia no ha habido ninguna novedad significativa en el régimen jurídico del despido que apunte a un cambio de tal entidad que pueda provocar una modificación en este criterio, siendo previsible que se sigan efectuando las opciones selectivas de los empresarios atendiendo al coste del despido. Incluso puede suceder que, con ciertos aspectos de las reformas, ello se vea acentuado aún más si cabe, de ahí que resulten oportunas algunas propuestas *de lege ferenda* al respecto. Sin olvidar que, desde el momento en que la improcedencia del despido reconoce la facultad del empresario de optar por la readmisión o por la extinción indemnizada (fortalecida con la reforma laboral de 2012, al erradicar los salarios de tramitación cuando se elija la indemnización), se genera una estructura del despido totalmente descausalizada, al permitirse despedir al trabajador sin justa causa a cambio de una compensación económica. El hecho de que la causalidad haya dejado de ser el sustento de la regulación normativa del despido, en tanto la justa causa se sustituye por una indemnización económica cada vez más reducida, justifica sobradamente las reflexiones que siguen.

## 2. Breve repaso de las últimas reformas legislativas en materia de despido

La experiencia demuestra que cualquier modificación sobre la regulación del despido disciplinario (observación en gran parte válida también para el resto de los tipos de esta forma de extinción de la relación de trabajo por decisión del empresario) afecta a un punto especialmente sensible de las relaciones entre trabajadores y empresarios. La evolución de la regulación legal de los distintos tipos de despido en las últimas décadas permite comprobarlo, sin que falten análisis críticos (Casas, 1995, pp. 429 y ss.; Goerlich, 1994, pp. 97 y ss.; Palomeque, 1995, p. 403), especialmente desde el punto de vista de la defensa de los

intereses de los trabajadores, fundados en el hecho de que las reformas introducidas en la materia parecen inclinarse del lado de los intereses empresariales.

Son conocidas las reformas introducidas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma parcial del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, en la regulación legal del despido disciplinario. Materialmente, dichas novedades legislativas, ordenadas sistemáticamente en la regulación contenida en los textos refundidos (sustantivo y procesal), afectaron a las causas de la declaración de nulidad e improcedencia del despido y a la restricción del ámbito de operación de la primera de estas dos calificaciones tradicionales en nuestro ordenamiento (art. 55.4 y 5 ET); a la reordenación de los requisitos de forma del despido (art. 55.1 ET); al plazo de subsanación preprocesal del despido formalmente irregular (art. 55.2 ET); a la situación del trabajador despedido en la Seguridad Social (arts. 55.2 y 56.1, último párrafo, ET); a la reducción de los salarios de tramitación, limitándolos, en los despidos improcedentes en que la opción entre readmisión o indemnización corresponda al empresario, a los devengados hasta la fecha de la conciliación previa, si en tal acto el empresario reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador la indemnización correspondiente (art. 56.2 ET); y al pago por el Estado de los salarios de tramitación en despidos improcedentes (art. 57 ET).

La relación contractual de trabajo se extingue desde el momento en que el empresario expresa su voluntad de darla por terminada, sin perjuicio de las consecuencias negativas conectadas al ejercicio fuera de los límites legales de esta potestad unilateral de disolución del vínculo contractual. La adscripción a la tesis del efecto extintivo del propio acto de despido ha pasado desde una consolidada vertiente jurisprudencial de la década de los noventa<sup>1</sup> a la propia legislación. En concreto, el pasaje legislativo en que se ha producido este paso es el artículo 55.7 del ET (reformado en 1994), que dice así, a propósito del efecto sobre la relación de trabajo del despido procedente: «El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación». Lo que llama la atención en este pasaje es el inciso que declara el efecto extintivo *ex tunc* del acto de despido. De hecho, dicha declaración de efecto extintivo, introducida al paso en los pliegos de la reformulación normativa, es quizá uno de los aspectos más importantes de la reforma legislativa de 1994.

Un cambio sustantivo muy relevante fue también el relativo a la calificación judicial del despido como nulo o improcedente y a la calificación y a la reconducción al concepto de improcedente del despido de las causas formales de las que antes derivaba su nulidad, in-

---

<sup>1</sup> Paradigmática en tal sentido es la STS de 7 de diciembre de 1990 (rec. 5201/1990), dictada en Sala General, después de que la jurisprudencia de los años ochenta diera cuenta de algunos ejemplos que optaron por el efecto suspensivo del despido disciplinario cuando este había sido objeto de reclamación jurisdiccional.

cluidos los supuestos de despido de representantes de los trabajadores y de trabajadores afiliados a sindicatos. Tal modificación presupone, sin duda, una nueva configuración del despido disciplinario como acto formal, en el que su forma ha dejado de ser constitutiva –o *ad solemnitatem*– para la producción de los efectos extintivos que le son propios (Casas, 1997, p. 240), provocando, de futuro, una actitud de menor atención y respeto por parte del empresario a los requisitos formales del despido disciplinario establecidos en el artículo 55.1 del ET. La copiosa jurisprudencia establecida desde hace décadas sobre la carta de despido y su contenido había afianzado de manera especial su cumplimiento en la práctica, aplicándose por parte empresarial de manera especialmente rigurosa, porque se conocían los efectos de la declaración judicial de nulidad. A partir de dicha reforma legal, la calificación de tal despido como improcedente, con la aplicación, en este caso, de la facultad de opción entre readmisión e indemnización, ha provocado que tal rigor se atenúe bastante. Es más, la declaración de improcedencia del despido realizado en forma no legal impide al juez entrar en el fondo del asunto, esto es, en la consideración de si la decisión empresarial es o no justificada; tal declaración permite el ejercicio de la facultad de opción del empresario, que si se hace en favor de la no readmisión, convierte en definitivo el despido sin que la sentencia haya podido declarar la existencia o inexistencia de causa suficiente que justifique la decisión empresarial. En un caso límite, podría pensarse, incluso, en un acto de despido «deliberadamente incorrecto en su forma» que tuviese como propósito (no manifestado de manera expresa, pero conseguido efectivamente en la práctica al final de todo el proceso) evitar que se entre en el fondo de la cuestión (Rodríguez-Sañudo, 1997, pp. 209-210).

La nueva regulación considera improcedente el despido cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación o cuando en su forma «no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo» (carta de despido o expediente contradictorio, si el trabajador fuese representante) o a las exigencias formales adicionales fijadas en convenio colectivo. La calificación de nulidad del despido se reserva exclusivamente para aquel que «tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (art. 55.5 ET). De otra parte, desaparece la calificación de nulidad del despido disciplinario de trabajadores con el contrato suspendido que efectuaba el derogado artículo 55.6 del ET, para el caso de que el juez «no declarase su procedencia».

En el orden procesal, las modificaciones han recaído, consecuente y derivadamente, sobre la regulación de la demanda por despido (para el caso de despido de trabajadores afiliados); sobre la calificación del despido y el contenido del fallo; sobre los efectos de la improcedencia del despido y la subsanación del declarado improcedente por vicios de forma; y sobre las reglas de ejecución provisional de las sentencias de despido improcedente (habiendo desaparecido la ejecución provisional de las sentencias de despido improcedente con opción de indemnización) y nulo, y definitiva de las sentencias de nulidad del despido y de las de improcedencia del despido de representantes de los trabajadores con opción de readmisión.

En su aplicación práctica por los tribunales, han sido principalmente tres las materias del sistema jurídico del despido disciplinario que han venido presentando una mayor resistencia a su unificación jurisprudencial: la calificación misma del despido como improcedente o nulo en los supuestos de utilización amplia de la figura del despido disciplinario (resoluciones extemporáneas de contratos temporales y extinciones o denuncias fundadas en cumplimiento de términos resolutorios inválidamente pactados por la utilización indebida o fraudulenta de las modalidades de contratación laboral), la fijación de la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación y de su régimen propio en su aplicación a los despidos improcedentes y nulos, y la consideración como despido o no de la negativa empresarial al reingreso de trabajadores excedentes voluntarios (Casas, 1997, p. 243).

La legislación concernida cuando se alude a «reforma laboral de 2012» está compuesta, primero, por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (cuyo contenido transitó, bien que con importantes modificaciones, a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de idéntica denominación), así como por modificaciones realizadas con posterioridad, como son los cambios introducidos por el 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 (después, Ley 1/2014, de 28 de febrero, de idéntica denominación). Las alteraciones provocadas por tal reforma en la extinción, en general, y en el despido, en particular, son muchas y profundas, si bien conviene parar la atención en este momento en el cambio de modelo de la ordenación del despido colectivo, en tres vertientes. De un lado, se han redefinido las causas de las extinciones económicas, suprimiendo las anteriores referencias a las valoraciones finalistas; de otro, se ha eliminado la anterior y necesaria autorización administrativa (Mercader, 2017); y, finalmente, se ha intentado, bien que sin éxito debido a la oposición judicial, limitar el control judicial sobre la decisión empresarial de extinguir contratos por razones vinculadas al funcionamiento de la empresa, ciñendo dicho control a la verificación de la concurrencia de la causa o, lo que es igual, descartando un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de esa decisión.

También resulta imprescindible, en esta selección aleatoria de cuestiones, detenerse en la protección contra el despido injusto. El régimen de la tutela real no queda afectado (entendiendo por tal el grado de protección máximo del derecho al trabajo del empleado despedido de forma ilegal, pues comporta el mantenimiento del contrato de trabajo ilícitamente extinguido) al permanecer en los mismos términos que antes de la reforma (aplicándose a los despidos en fraude de ley en los casos expresamente contemplados; a los despidos colectivos declarados nulos por darse alguno de los motivos indicados en la Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–; a los despidos individuales con móvil discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales; así como a los despidos que, no siendo procedentes, se realicen a trabajadores que se hallan ejerciendo derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, o afecten a víctimas de violencia de género cuando, sin justa causa, son despedidas por ejercer los derechos laborales que posibilitan conciliar la necesidad de protección contra la violencia que se padece con la vida laboral). Por el contrario, el régimen de la denominada «tutela obligatoria» (en tanto no implica, en todo caso, el manteni-

miento del contrato y, por ende, la readmisión del trabajador, sino que la ley permite que el empresario sustituya la readmisión por una indemnización económica –extinción indemnizada– sufre una alteración formidable en un doble sentido (Murcia, 2018, pp. 127 y ss.). De un lado, las modificaciones llevadas a cabo en el despido colectivo provocan que, a partir de dicha reforma, los efectuados «sin justa causa» y que ahora se denominan «no ajustados a derecho» acaben en la tutela obligatoria, mientras que, desde las primeras normas reguladoras hasta las reformas de 2012, los trabajadores afectados estaban protegidos por la tutela real, de tal modo que, solo si había causa para extinguir (por acuerdo y/o autorización), podían llevarse a cabo los despidos, en tanto que, si no había causa y, por ende, tampoco acuerdo y/o autorización, los despidos eran declarados nulos. En segundo lugar, el régimen económico de la tutela obligatoria resulta modificado por una espectacular rebaja en el módulo de cálculo de la indemnización correspondiente al despido improcedente y por la anómala supresión de los salarios de tramitación cuando el empresario, siendo acreedor de la opción entre la readmisión y la extinción indemnizada, opte por esta última.

En resumen, la reforma legislativa de 2012 contempla medidas de muy variado tenor y en muchos elementos del régimen jurídico del despido, si bien ninguno de ellos ha provocado un efecto tan relevante sobre el instituto analizado como el «despido exprés» (por vía del reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa en momentos previos al acto del juicio y depósito de la indemnización). Además, se insertan las modificaciones en materia de despido dentro del objetivo de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, surgiendo ya, desde el primer momento, la duda de hasta qué punto con las medidas acometidas por dicha reforma iban a cambiar las prácticas de gestión de las empresas y se iban a abandonar los métodos de actuación que funcionaban y funcionan en la práctica cotidiana, más allá de las previsiones formales de la norma. Así, desde el punto de vista más cualitativo de funcionamiento del modelo, el principal problema reside en que el modo a través del cual las empresas reducen empleo, adaptando la dimensión de sus plantillas a su situación económica y productiva, no responde a lo que está previsto en el diseño legal de los diferentes canales y procedimientos de resolución contractual de la relación, lo cual, dicho sea de paso, ocurre en muchos otros países. Así, las reducciones de empleo por causas empresariales responden a una situación atinente a la empresa que requiere de medidas de reestructuración laboral adoptadas desde esa perspectiva de globalidad. O, en otros términos, siendo una causa común para responder a la situación de la empresa, lo coherente es que prime el canal del despido colectivo frente a medidas adoptadas de manera individualizada. Sin embargo, el uso del despido colectivo en nuestro país resulta reducido en comparación con los procesos individualizados de extinción del contrato de trabajo, en ocasiones debido a factores sobre los que el propio legislador no puede actuar, como son los derivados de las reducidas dimensiones de las empresas.

Y lo que es más importante, la dualidad existente entre contratos temporales e indefinidos ha provocado que, en los momentos de excedentes de personal en las empresas, estas comiencen por reducir el número de trabajadores contratados temporalmente, denunciando los correspondientes contratos temporales a su vencimiento, sin necesidad de

acudir a los procedimientos de despido. De este modo, la temporalidad se utiliza en muchas ocasiones no como mecanismo de atención a circunstancias coyunturales de empleo, sino como bolsa de regulación de empleo (Cruz, 2012, p. 146). En parecidos términos, tampoco se descarta que se siga acudiendo a fórmulas de jubilación en sus diferentes variantes (forzosa, anticipada o prejubilación) antes de adoptar las medidas de resolución contractual por vía de despido. Y si bien en esta materia resultó relevante la tajante prohibición de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva, dicha posibilidad ha vuelto, una vez más, a resucitarse por el legislador.

Realizado un rápido recorrido por las principales reformas del despido, procede, a continuación, detenerse en aquellas causas de extinción de los contratos a las que las empresas prefieren recurrir para ajustar el empleo.

### **3. Sobre la oportunidad de «destipificar» el despido disciplinario debido a la generalidad del concepto de buena fe. Hacia una causa justa única y general del despido disciplinario**

Como se anticipó, el sistema español de relaciones laborales configura el despido disciplinario como un acto causal, mediante el cual el empresario podrá poner fin a la relación laboral para sancionar los incumplimientos graves y culpables cometidos por el trabajador. A tal fin, el artículo 54 del ET realiza una enumeración de causas, que puede ser ampliada, bajo ciertos márgenes, por los convenios colectivos. En todos estos supuestos, la comisión de una conducta irregular debe venir acompañada de las notas de gravedad y culpabilidad, aplicando la conocida como «teoría gradualista», destinada a garantizar la necesaria proporción entre la infracción cometida y la sanción impuesta, por lo cual no cualquier incumplimiento puede ser castigado con la máxima sanción. Lo anterior excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos:

[...] exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues solo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente (STS de 2 de abril de 1992, rec. 1635/1991, o, más recientes, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Galicia de 5 de diciembre de 2008, rec. 4766/2008, o Extremadura de 9 de junio de 2008, rec. 120/2008).

En dicho juicio de ponderación, y al encontrarse el intérprete en el área disciplinaria de la rama jurídico-laboral, han de tomarse en consideración cuantos aspectos objetivos y subjetivos concurren en el supuesto particular (como pudieran ser la conducta observada,

antigüedad, puesto desempeñado, naturaleza de la infracción, lugar de trabajo...), sopesando los antecedentes y las circunstancias coetáneas a la actuación del trabajador, a fin de aquilatar si en su conducta concurren o no las notas de gravedad y culpabilidad exigibles.

Y ello porque el principio de proporcionalidad hace referencia no tanto a los criterios formales de graduación de las faltas y sanciones, cuanto a los muy diversos límites legalmente impuestos al poder disciplinario empresarial y, sobre todo, y en relación con los mismos, a la potestad judicial para controlar su ejercicio (Castro, 1993; Fernández, 1991). Control que lo será también de las exigencias impuestas al ejercicio de los derechos resultantes del contrato de trabajo por los principios de buena fe (arts. 7.1 y 1.258 Código Civil –CC–) y de prohibición de abuso de derecho (art. 7.2 CC). Cuanto se dice justifica la especial atención que a la hora de calificar los incumplimientos del trabajador deben prestar jueces y tribunales tanto a las «circunstancias personales del trabajador», como a los «comportamientos precedentes y coetáneos de las partes del contrato», sobre todo cuando aquellos han sido considerados por el empresario como muy graves y sancionados con despido. En cuanto a lo primero, porque, en la medida en que el artículo 54.1 del ET habla de incumplimiento culpable, deben quedar excluidos del mismo aquellos supuestos en que falta el conjunto de condiciones psíquicas que constituyen el presupuesto de la imputabilidad, es decir, la capacidad de entendimiento y la libertad de decisión. Y, respecto de lo segundo, porque si las faltas más graves cometidas por el trabajador han sido práctica general tolerada y explicable, es evidente que carecen de la culpabilidad exigida para que el incumplimiento genere un despido.

A su vez, el despido aparece dotado de una serie de garantías de tiempo (prescripción de la falta) y modo tendentes a tutelar los derechos del trabajador; de ahí la exigencia de la concurrencia de una serie de requisitos de forma que servirán de patrón a los demás despidos, a situar en la notificación por escrito al afectado del acto extintivo, a través de la «carta» conocida como «de despido», y la realización de una serie de trámites procedimentales cuando el afectado sea representante de los trabajadores o el convenio colectivo así los imponga.

Por cuanto a este estudio interesa, conviene destacar que el despido disciplinario constituye una categoría extintiva de pronunciado carácter individual que conecta, explícita e implícitamente, tanto la dimensión sancionadora que posee el empleador como la estructura de la extinción contractual fundamentada en el principio de causalidad. Una conexión correlativa que se revela, en primer lugar, en la concepción del despido disciplinario como un prototipo incuestionable del poder sancionador que detenta el empleador frente al trabajador ante una desobediencia grave de los deberes contractuales en el progreso ordinario de su actividad laboral (confirmación, a la postre, de la singular posición de desigualdad de las partes en el contrato de trabajo) y, en segundo término, con el detalle causal de su regulación, intentando evitar así la iniquidad y garantizar el derecho social al trabajo reconocido constitucionalmente en el artículo 35 de la Constitución española (CE), eludiendo el despido libre, arbitrario, injustificado, ilegal y caprichoso, pues del propio tenor del precepto constitucional mencionado deriva el derecho del trabajador

a la continuidad o estabilidad en el empleo y a no ser despedido si no existe justa causa, hasta el punto de que la protección contra el despido ilegítimo o arbitrario forma parte del contenido esencial del derecho.

La garantía reforzada frente al despido (tanto en textos internacionales y europeos como en los propios ordenamientos internos) no deja de ser una limitación jurídico-social del principio de libertad de empresa, de manera que dicho diseño normativo incide en la distribución de poderes en el marco de la relación jurídico-laboral. El pilar normativo del que deriva la justa causa de despido está conformado, junto con el artículo 35 de la CE mencionado, por el artículo 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (inspirado en el art. 24 Carta social europea) y por el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Dichas garantías frente al despido suponen, sin duda, una limitación del principio de libertad de empresa, de modo que el modelo de regulación jurídica del despido incide, significativamente, en la distribución y equilibrio de poderes en el marco de la relación jurídico-laboral. A la hora de diseñar la figura, el artículo 54.2 del ET establece una enumeración de los incumplimientos, atendiendo a la combinación de tres criterios: contractualidad, gravedad y culpabilidad. Que el incumplimiento deba ser contractual implica que deben incumplirse obligaciones laborales de origen legal o pactado (aunque el elenco es tan amplio y genérico que, en ocasiones, desborda el plano contractual para afectar directamente al organizativo); que el incumplimiento sea grave entraña un significativo perjuicio en la posición jurídica del empresario; y, por último, tal incumplimiento, para merecer el reproche sancionador, ha de ser también culpable, debiendo ser imputable al trabajador por dolo, culpa o negligencia.

A la hora de analizar la repercusión de la causalidad en el despido disciplinario, dada la limitada extensión de este estudio, ha parecido conveniente acotar el análisis a la concreta causa de despido basada en las ofensas verbales o físicas, por la compleja valoración que exige la tutela de los diferentes y vitales bienes jurídicos protegidos en los apartados c) y g) del citado precepto, por su estrecha vinculación con la dignidad de la persona, junto con el deber de respeto que se ha de guardar al superior jerárquico.

Al igual que en cualquier aspecto de la vida, la realidad social impone también en el mundo del trabajo la observancia de un recíproco respeto entre las personas, quienes deben adecuar su comportamiento a las circunstancias del lugar y del momento, de acuerdo con la dignidad inmanente a la naturaleza humana. Sobre la premisa anterior, el legislador laboral contempla la posibilidad de sancionar a quienes atenten contra la colectividad o quebranten la armonía que debe presidir la relación entre los trabajadores de la misma empresa, respondiendo a la idea de no dejar impunes los atentados contra el orden, mutuo respeto, consideración y dignidad personal entre los que se encuentran ligados por la realización de un trabajo. En efecto, las ofensas del apartado c) ponen en entredicho la buena marcha del trabajo y el ambiente laboral en su doble faceta económica (asociada a la productividad laboral de la empresa) y de salud laboral, por el ambiente que se puede generar en el lugar de trabajo cuando se convive con ofensas que generan un clima denigrante e incómodo, amén del buen nombre de la empresa.

Prescindiendo de mayores disquisiciones, puede ser definida la ofensa verbal como toda expresión oral o escrita que comporte un injusto ataque a la persona o entidad empresarial con atentado al honor o vejación en su dignidad personal (incluso profesional) presuponiendo la existencia de una acción ejercitada en deshonra, descrédito o menosprecio (Igartua, 2004, p. 90). La mayor dificultad para sustentar esta justa causa de despido reside en probar la existencia de tales conductas y el contexto en el que se producen, teniendo en cuenta que en el término «ofensas verbales» no se incluyen simplemente las expresiones del lenguaje hablado (insultos pronunciados verbalmente), sino también gestos ofensivos o hirientes y actitudes vejatorias para el respeto, el honor o la dignidad a que toda persona tiene derecho, en tanto valores constitucionalmente protegidos. Y teniendo en cuenta también que la ofensa no debe confundirse con un trato desabrido o descortés o con la utilización de un vocabulario malsonante y que la provocación y los trastornos o desórdenes psíquicos son las situaciones que más pérdida de dominio de la acción causan, por lo que más graves y embarazosas ofensas permiten justificar (Gómez, Gil y Matorras, 2004, p. 172).

Las ofensas consumadas de palabra (verbales) o mediante violencia en el cuerpo (físicas) atentan al sujeto ofendido (empresario, personas que trabajan en la empresa o familiares que conviven con ellos) en su derecho a la vida o al honor, integridad física, integridad moral o libertad y seguridad. Las ofensas físicas normalmente se estiman graves por sus propias características, por lo que, salvo que concurra causa justificativa, el despido será declarado procedente. Sin embargo, la valoración de las ofensas verbales resulta de mayor complejidad, siendo conscientes de que la reiteración e insistencia de las ofensas incrementa la gravedad de la conducta (Ortega, 2019, p. 614). Pero, para justificar el despido disciplinario, la ofensa también debe ser culpable y, para una adecuada valoración de la culpabilidad, ha de apreciarse la imputación de la acción ofensiva al trabajador, además de tener en cuenta su estado subjetivo en el momento del incumplimiento laboral (pérdida o merma del dominio, provocación previa y trastornos o desórdenes psíquicos). Esto es, el comportamiento del trabajador ha de ser atribuible a título de dolo o negligencia inexcusable y, en consecuencia, deben quedar excluidos todos aquellos casos en los cuales falte el conjunto de condiciones psíquicas que constituyen el presupuesto de la imputabilidad: la capacidad de entendimiento y la libertad de acción. Sea como fuere, se trata de una causa en que las circunstancias concurrentes van a jugar un papel fundamental a la hora de valorar si la conducta realizada presenta la suficiente gravedad como para ser sancionada con el despido, ya que los contornos de la conducta aparecen sumamente imprecisos y no resulta posible ofrecer unos criterios claros y definidos para determinarlos, en particular si se trata de ofensas de carácter verbal (R. Fernández, 2018, p. 81). Un estudio detenido de la casuística judicial surgida del precepto objeto de análisis permite llegar a la conclusión de que, en muchas ocasiones, los tribunales actúan sin un criterio normativo muy definido o con diversidad de criterios que conducen a «actuaciones judiciales subjetivas y no sujetas a estándares objetivados» (Ortega, 2019, p. 614). La consecuencia de tal heterogeneidad jurisprudencial (que, por lo demás, resulta inevitable no solo por la lógica amplitud de los contenidos del precepto, sino de la propia realidad laboral y de la influencia del subjetivismo epistemológico del juzgador) no es otra que una manifiesta sensación de inseguridad

jurídica. Al final, la valoración de la gravedad y culpabilidad se debe realizar caso por caso, teniendo siempre muy presente el contexto en el que se desarrollan las ofensas, las circunstancias atenuantes y agravantes, el *animus injuriandi* y, sobre todo, la propia interpretación subjetiva del juzgador, sin olvidar la doctrina gradualista que busca el correcto equilibrio entre la infracción y la sanción.

En principio, aquellas ofensas vinculadas con la actividad laboral habrán de entenderse comprendidas en el apartado c) del artículo 54.2 del ET, pero el juego del principio de buena fe completa el contenido del negocio jurídico más allá de las concretas previsiones que realizan las partes e incluso de lo que puede disponer la norma que lo regula. Cuanto se comentó a propósito del principio de proporcionalidad está especialmente indicado para la valoración judicial de hechos de los que el empresario ha seguido un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (art. 54.2 d) ET), toda vez que 1) la transgresión de la buena fe contractual es la «causa genérica de despido», pues, en realidad, cualquier incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador implica, de suyo, transgresión de la buena fe contractual; y 2) algunas de las restantes causas de despido disciplinario tipificadas en el artículo 54.2 del ET ya incorporan en su definición los elementos a partir de los cuales pueden tanto el empresario como el juez valorar la gravedad y culpabilidad del incumplimiento (faltas «repetidas e injustificadas»; disminución «continuada y voluntaria» en el rendimiento; embriaguez habitual o toxicomanía «si repercuten negativamente en el trabajo»).

Un repaso somero sobre la vastísima jurisprudencia recaída en materia de despido disciplinario pone de relieve, en primer lugar, que los tribunales han cuidado con frecuencia de advertir que sus apreciaciones sobre la existencia y entidad de las demás causas de despido también se basan en el llamado «principio de proporcionalidad» y, en segundo término, lo que bajo tal denominación se descubre en los fundamentos jurídicos no es tanto un criterio gradualista y formal, cuanto un principio más general de proporcionalidad, buena fe e interdicción del abuso de derecho en la calificación del despido (Luján, 1997, p. 30).

La amplitud de la transgresión de la buena fe contractual como justa causa de despido cubre totalmente las insuficiencias y deficiencias del resto de fundamentos, que se encuentran absolutamente encorsetados al desarrollo de un determinado comportamiento estricto. De ahí que se consideren cada vez más acertadas aquellas propuestas *de lege ferenda* que apuestan por «destipificar» el despido disciplinario debido a la propia generalidad del concepto de buena fe, «lo que evitaría el encorsetamiento de la causa justa estipulada, exigiéndose al operador jurídico una profunda y desarrollada argumentación de las características que conformarían, en este caso, la causa justa única y general del despido disciplinario» (Ortega, 2019, p. 614), pues con excesiva frecuencia la práctica demuestra que las situaciones expuestas a valoración judicial son resueltas de modo distinto en función del momento o de las circunstancias existentes, corriendo el riesgo de que se reemplacen términos jurídicos proteccionistas por otros sustentados en expresiones de rentabilidad o productividad. Lo anterior otorgaría una mayor seguridad jurídica, en cuanto permitiría evaluar en todos los

despidos disciplinarios los mismos elementos (individualizadamente, caso por caso), sin necesidad de someter dicho análisis a un elenco de causas justas, permitiendo elegir al juzgador la sanción disciplinaria más acorde y proporcional a la acción cometida por el trabajador (principio de proporcionalidad), debiendo reconocer la legitimidad del despido cuando se acrediten esas características disciplinarias analizadas exhaustivamente. No se olvide que esta individualización de las conductas supone, en la práctica procesal, que en muy contadas ocasiones se lleguen a admitir a trámite los recursos de casación para unificación de doctrina presentados cuando se trata de juzgar las conductas previstas en el artículo 54 del ET, debido a la dificultad de que acaezcan situaciones sustancialmente iguales, pues estas toman forma bajo circunstancias propias y singulares del caso concreto que impiden habitualmente una generalización de la decisión fuera de su ámbito específico<sup>2</sup>. La dificultad para establecer criterios generales de interpretación ha llevado a la Sala Cuarta del TS a admitir solamente de manera excepcional los recursos de casación para unificación de doctrina, porque, conforme consta, la calificación de una extinción contractual disciplinaria como procedente o improcedente aparece justificada a partir de una apreciación individualizada de heterogéneas circunstancias sumamente apegadas al caso concreto (SSTS de 17 de septiembre de 2013, rec. 4021/2010, o 22 de diciembre de 2016, rec. 3268/2014).

Y todo ello acompañado, a su vez, de la debida implantación de límites capaces de evitar un uso indebido del despido disciplinario, en tanto dicha medida únicamente debe ser utilizada ante actos del trabajador revestidos de la suficiente gravedad y culpabilidad, defendiendo un mayor rigor frente a conductas empresariales irresponsables, capaces de «corromper» (Ortega, 2019, p. 615) la figura jurídica de la extinción disciplinaria al utilizarla ante cualquier mínimo incumplimiento del empleado o buscando la improcedencia con objeto de deshacerse del trabajador a través de una indemnización económica (despido libre indemnizado).

#### **4. Despido colectivo. El control judicial de la causalidad en el despido por causas empresariales: el vaciamiento causal y su necesario reproche**

El estudio del despido colectivo, dada su compleja ordenación, en tanto exige integrar un muy extenso artículo 51 del ET con todo un desarrollo reglamentario a él dedicado (RD 1413/2012, 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), exige realizar una doble labor de deslinde para su correcta exposición. De un lado, separar su aplicación

<sup>2</sup> SSTS de 4 de febrero y 22 de diciembre de 2016 (recs. 1630/2014 y 3268/2014), 21 de septiembre de 2017 (rec. 2397/2015) u 11 de mayo de 2018 (rec. 3192/2016). El criterio anterior ha resultado de aplicación incluso en casos extremos, en los cuales una primera impresión pudiera llegar a considerarlos iguales, pero un examen más detenido y profundo demuestra la concurrencia de elementos circunstanciales capaces de separar a unos y otros (STS de 18 de diciembre de 2014, rec. 2810/2012).

en los supuestos ordinarios de empresas privadas de aquellos en los cuales está llamado a actuar en la Administración o sector público empresarial; de otro, a la hora de estudiar los requisitos destinados a aquilatar el instituto, a partir de la ordenación de las causas, número de trabajadores afectados y plazo para el cómputo, para comprobar cómo cobra en cada uno de los escenarios un protagonismo peculiar (J. J. Fernández, 2018, pp. 157 y ss.); igual ocurre, a la postre, con los trámites a seguir, que encuentran en el periodo de consultas la pieza fundamental a la cual precederán y subseguirán importantes obligaciones para el empresario. La reforma laboral del año 2012 conllevó importantes modificaciones en la regulación de los despidos por causas económicas, tanto desde una perspectiva individual como colectiva. La propia exposición de motivos de la Ley 3/2012 anticipaba dos de las cuestiones más problemáticas al respecto. De un lado, desde el punto de vista sustantivo, en el plano de la causalidad se pretendió eliminar una valoración «finalista» de los despidos y, de otro, se intentó limitar la actividad judicial a una mera comprobación en torno a la concurrencia causal alegada. Esto es, la actividad judicial debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de las causas reduciendo la fiscalización judicial de la medida adoptada.

No obstante, dicha reforma no debe analizarse de forma aislada, prescindiendo de otros cambios normativos tendentes también a flexibilizar el elemento causal, en parte por la eliminación de los criterios finalistas que dotaban de contenido la propia definición y operaban como límites para que la decisión extintiva no se pudiera apoyar únicamente en iniciativas libres de mejora de los resultados empresariales (Gutiérrez-Solar, 2011, pp. 159 y ss.). En efecto, previamente, con la reforma operada en 2010, se había producido una redefinición del elemento causal, profundizándose en la causa económica a través de la ejemplificación de una serie de supuestos que determinaban de forma automática la presencia de una situación económica negativa, acotando con ello el margen de apreciación judicial y ampliando el abanico de situaciones posibles, al exigirse únicamente una argumentación que ofreciera verosimilitud para convencer de que la decisión extintiva era una opción viable (Baz, 2011, p. 81). En definitiva, lo verdaderamente relevante de la reforma de 2010 fue la eliminación del juicio de causalidad sustantivo, eje sobre el que se asentaba la ponderación entre la colisión del derecho a la libertad de empresa y la garantía frente al despido. Con posterioridad, con la reforma del año 2012, se eliminó cualquier mención a la afectación de la viabilidad empresarial o a la capacidad del proyecto empresarial para mantener el volumen de empleo como parámetros en los que debía enmarcarse la situación negativa de la empresa, suprimiendo toda referencia a la razonabilidad de la medida empresarial para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado. Ello llevó a parte de la doctrina a afirmar que el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada está relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica (Toscani, 2012, p. 57), si bien otras voces han considerado que, pese a la atenuación del carácter instrumental de la medida, no se pretendió eliminar la conexión de funcionalidad anteriormente existente, sino su formulación en términos de objetivos futuros de «superación» de la situación negativa de «preservar/favorecer» la posición competitiva de la empresa en el mercado, al no resultar posible cuestionar la intangibilidad de la función judicial. El margen de discrecionalidad en la decisión judicial es inherente a una función técnica que opera con conceptos jurídi-

cos indeterminados (Monereo, 2012, p. 324); sin olvidar que la ponderación de intereses resulta obligada en tanto el despido por causas relativas al funcionamiento de la empresa afecta al derecho al trabajo reconocido constitucionalmente (Aparicio, 2012, p. 163). Así, es recurrente acudir a un juicio de proporcionalidad como proyección específica de un juicio más amplio de razonabilidad o ponderación de la medida. Con base en el mismo, deben excluirse (como carentes de razonabilidad) aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores<sup>3</sup>.

La Sala de lo Social del TS, pese a algún pronunciamiento inicial aislado, ha entendido que debe mantenerse el examen de la razonabilidad de la medida (STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014), con una triple proyección, y ser objeto de «sucesivo escalonamiento» en relación con la existencia de la causa, su adecuación en abstracto con los fines que se persiguen y su racionalidad en términos de estricta proporcionalidad con la decisión empresarial adoptada. A partir de tal premisa, ha ido gestándose un sólido cuerpo jurisprudencial con relación a esta cuestión, por medio del denominado «test de proporcionalidad» (STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014), marcado por la adecuación, necesidad y ponderación<sup>4</sup> que debe seguir al examen judicial de la causa alegada, evitando, en todo caso, un enjuiciamiento en torno a la idoneidad de la medida o la oportunidad de su adopción en términos de gestión empresarial. Como con acierto ha afirmado recientemente el Alto Tribunal, «caería por su base toda la arquitectura del despido (colectivo u objetivo) si la causalidad requerida pudiera concurrir a partir de actos unilateralmente acordados por la empleadora» (STS de 18 de septiembre de 2018, rec. 3451/2016)<sup>5</sup>. En definitiva, será el propio juicio de causalidad el que no ampara el proceder empresarial en supuestos en que se pretende reconducir a una causalidad organizativa el simple cierre de un centro de trabajo (STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2004, rec. 4529/2004), la reorganización del trabajo sin expli-

<sup>3</sup> STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) o STSJ de Galicia de 28 de junio de 2013 (rec. 1499/2013): «No existe proporcionalidad entre la reducción de ventas (9,4 %) y la de plantilla (24 %), por lo que la medida extintiva, por excesiva y desproporcionada, no puede ser declarada ajustada a derecho».

<sup>4</sup> Elementos básicos de esa ponderación judicial vienen dados por la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, llegando a afirmarse que la decisión:

[...] requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios (STS de 25 de junio de 2014, rec. 165/2013).

<sup>5</sup> Considerando que el sobredimensionamiento o exceso de personal en relación con los medios de producción existentes es la consecuencia de un determinado comportamiento empresarial (venta de grúas para posteriormente despedir a 10 conductores, alegando una razón organizativa para justificar el despido, determinada por la necesidad de ajustar el total de operarios existente al nuevo parque de vehículos de que dispone la empresa), pero no un hecho o factor desencadenante que configure *per se* una razón organizativa.

cación de la causa motivadora de dicho cambio (STSJ de Valencia de 13 de junio de 2013, rec. 782/2003) o el excedente de plantilla fruto de una externalización de servicios (STSJ de Canarias de 16 de junio de 2014, rec. 137/2014). Precisamente para evitar este tipo de situaciones, la jurisprudencia alude a la necesaria presencia de una determinada finalidad como elemento teleológico inserto en el propio diseño normativo, a través del desdoblamiento causal anteriormente apuntado. En otros términos, la eliminación de los criterios finalistas de la norma, y con ello, e irremediablemente, el criterio de razonabilidad como canon que debía guiar el examen funcional de la medida, ha provocado un vaciamiento del diseño causal que ha pretendido revertirse en vía judicial (Godino, 2016; Romero, 2019, p. 915).

El propio TC también ha tenido ocasión de pronunciarse en este debate, reafirmando que:

La supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión, sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma (STC 8/2015, de 22 de enero)<sup>6</sup>.

El TC alude, en este punto, a la razonabilidad desde una perspectiva exclusivamente formal, como actividad judicial inherente a la valoración de toda medida empresarial, pero no como criterio que debe guiar un determinado juicio de funcionalidad a la hora de ponderar la adecuación e instrumentalidad de la medida adoptada (Romero, 2019, pp. 909-912).

En definitiva, dicho vaciamiento causal o la existencia de un precepto que contempla la causa de una forma limitada e insuficiente (al referirse a ella de forma estática, aislándola de la relación causal) debería haber conllevado un reproche intenso en el plano constitucional, y no solo por la incidencia que el elemento causal tiene en la protección del derecho al trabajo en su dimensión individual, sino por las consecuencias perjudiciales que el diseño actual tiene para las dos partes de la relación laboral. Para el empresario, conlleva una mayor inseguridad jurídica, dada la progresiva eliminación de todos aquellos elementos que, con mayor o menor acierto, habían permitido acotar la definición causal y dotarla de una mayor certeza. Esto es, unas decisiones marcadas por la lógica de la gestión de la empresa pueden recibir un examen ajeno a dichos criterios, con la consiguiente falta de certeza (Lahera, 2007) a la hora de analizar, por ejemplo, la causa organizativa y productiva en supuestos de externalización de la actividad. Del lado del trabajador, el esquema causal salido de la reforma de 2012, al suprimir el juicio de razonabilidad, exonera al empresario de la carga de aportar los elementos o criterios en virtud de los cuales se procederá a la concreción

<sup>6</sup> De esta forma, la fiscalización judicial debe extenderse sobre la razonabilidad de la medida, «convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada, y por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada».

de los trabajadores afectados por la decisión extintiva de carácter colectivo (voto particular STC 8/2015, de 22 de enero). En otros términos, la conexión instrumental entre la medida adoptada y los fines normativamente previstos no solo permitía contextualizar el juicio de razonabilidad, sino que posibilitaba conocer las razones que guiaban la elección de un trabajador o colectivo de trabajadores por parte del empresario. En la actualidad, la simple alusión a una causa o razonamiento de tipo empresarial, unida a la tradicional libertad electiva con la que cuenta el empresario a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados por la medida<sup>7</sup>, puede provocar una evidente indefensión del trabajador (Pérez, 2016, p. 685), particularmente grave en el despido individual, dada la inexistencia de un control colectivo previo por parte de los sujetos negociadores durante la correspondiente fase de negociación. No obstante, tampoco faltan pronunciamientos judiciales aclarando que la selección de esos trabajadores debe presentar una conexión instrumental con la propia causa extintiva (entre otras, STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, que sintetiza la doctrina en torno a la valoración de la suficiencia de los criterios de selección) y que la identificación de los criterios de selección debe estar relacionada con la pérdida de utilidad de los contratos de trabajo afectados a raíz de la concurrencia de la causa alegada (Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012, proc. 162/2012, y 16 de mayo de 2014, proc. 500/2013). De hecho, uno de los principales problemas que han planteado los pactos de prejubilación ligados a despidos colectivos es su posible carácter discriminatorio, pues, al fin y al cabo, la edad se acaba convirtiendo en muchas ocasiones en el criterio definitivo de implicación de los trabajadores en el proceso extintivo, aunque, en realidad, la misma no guarde ningún tipo de relación con las causas que motivan el mismo. La afectación del despido colectivo únicamente a trabajadores mayores de una determinada edad o la aplicación de condiciones distintas, normalmente mejores, pero no siempre, a esos trabajadores mayores respecto de los demás podrían generar dudas sobre su compatibilidad con el principio de no discriminación, si bien la cuestión no ha planteado excesiva litigiosidad y, cuando se ha planteado, ha terminado con pronunciamientos judiciales que, en la mayor parte de los casos, han rechazado la alegación de discriminación, a lo cual ha contribuido el carácter casi siempre voluntario de la adscripción a dicha medida. Tampoco se considera discriminatorio excluir a los mayores de 50 del despido colectivo (Folgozo, 2018, pp. 167 y ss.; Martínez, 2019, pp. 15 y ss.).

Por último, conviene mencionar cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de despido colectivo a lo largo de los últimos años ha transformado decisivamente la interpretación y aplicación de su regulación interna. Dichas modificaciones, abundantes y de enorme calado, afectan principalmente a la letra del artículo 51 del ET (materia en la que el TS –STS de 17 de octubre de 2016, rec. 36/2016– ha tenido que reinterpretar las exigencias legales a la luz de la Directiva 98/59/CE y de la reiterada

<sup>7</sup> Sobre la innecesaria presencia del criterio subjetivo de afectación en la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, *vid.* SSTS de 15 de marzo y 14 de julio de 2016 (recs. 2507/2014 y 374/2015).

jurisprudencia del TJUE –Wilson, Lyttle y Rabal Cañas–, calificando como despido colectivo tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51 ET tomando toda la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores –Martínez, 2016, pp. 19 y ss.–, aunque también tendrán su repercusión en normas conexas, como el artículo 124 de la LRJS o las propias prestaciones de Seguridad Social, de ahí que la tan esperada intervención legislativa se haga imprescindible para ofrecer una mínima seguridad jurídica a empresas, trabajadores y aplicadores de la ley, pues los tribunales no pueden seguir actuando como «sustitutos improvisados del legislador» (Maneiro, 2018, p. 76). Por tanto, en una posible reforma del artículo 51 del ET habrían de tenerse en cuenta algunas consideraciones que sintetizan las más relevantes aportaciones del TJUE en la materia. Entre las más necesarias (Maneiro, 2018, pp. 76-77; Molina, 2016; Sala y Blasco, 2018, pp. 336-348): a) incorporación expresa del centro de trabajo como unidad de cómputo del número de extinciones para los casos en los que, de emplearse la empresa como unidad de referencia, no se alcanzaría el número de extinciones exigidas para la concurrencia de un despido colectivo, teniendo en cuenta que, a estos efectos, el centro de trabajo no podría emplear habitualmente a menos de 20 trabajadores; b) ampliación del concepto de «trabajador» a efectos del cómputo requerido por el artículo 51.1 del ET, teniendo en cuenta entre ellos a trabajadores temporales, en prácticas, personal directivo o a quienes hubieran solicitado la extinción de su contrato como consecuencia de actuaciones previas y unilaterales del empleador (modificaciones sustanciales, dimisiones causales o despidos indirectos); c) consideración como despido y no como extinción asimilada la extinción de los contratos solicitada formalmente por el trabajador por las causas previstas en los artículos 40, 41 y 50 del ET; d) flexibilización de las causas de extinción, para comprender todas las fundadas en motivos no inherentes a la persona del trabajador, sin quedar limitadas a causas económicas, técnicas, organizativas y productivas; e) ampliación de la expresión «por iniciativa del empleador» para comprender también la iniciativa de la empresa que ejerza el control sobre el empleador.

## 5. Sobre la forma e impugnación del despido

En el ordenamiento jurídico interno rige el principio general de la limitación legal del despido, que se somete para su licitud a unos requisitos de fondo y forma. Es más, la importancia que se depara al modo de exteriorización de la voluntad empresarial de dar por extinguida la relación laboral resulta innegable, partiendo de la premisa de que al legislador no le interesa tanto la formación de la voluntad del empresario a la hora de despedir cuanto la forma del acto de despido. Sea el procedimiento más o menos sencillo (caso de los despidos disciplinarios) o tremendamente complejo (caso de los colectivos), lo cierto es que el incumplimiento total o parcial de la forma legalmente establecida para llevarlos a cabo conduce, en la mayoría de los casos, si media la oportuna demanda judicial, a la invalidez del acto extintivo, dada la especial importancia que el ordenamiento jurídico español depara a la forma.

Dicho canon resulta perfectamente aplicable a todos los casos, dado que los requisitos formales conectan con el derecho de todo trabajador a conocer las razones concretas que aduce la empresa para despedirlo y con el sistema de garantías legales pensado para facilitar la preparación de una demanda contra la decisión extintiva impuesta unilateralmente (Blasco y Taléns, 2018, p. 12). Así, condicionando formalmente el acto de despido, se introducen límites a la facultad de desistimiento unilateral por parte del empleador en los despidos disciplinarios (arts. 49.1 k) y 55 ET), en las extinciones por causas objetivas legalmente procedentes (arts. 49.1 l) y 53 ET), en los despidos colectivos (arts. 49.1 i) y 51 ET) y en las extinciones por fuerza mayor que imposibiliten definitivamente la prestación de trabajo (arts. 49.1 h) y 51.7 ET).

En el caso de los despidos disciplinarios, el artículo 55.4 del ET establece que el despido será improcedente cuando su forma no se ajuste a lo establecido en el apartado primero del señalado precepto, que en líneas generales exige la forma escrita (carta de despido), haciendo constar los hechos que motivan la decisión empresarial y la fecha de efectos, con el objetivo último de dar a conocer al trabajador los cargos que motivan su despido a fin de que pueda impugnarlos y proponer las pruebas que estime oportunas, evitando, de este modo, que se vea sorprendido en el juicio oral por unas imputaciones para cuya refutación no se haya preparado convenientemente (Alegre, 2016, p. 1.079). Por lo que respecta a los despidos objetivos, el artículo 53.4 del ET determina la improcedencia de los mismos cuando su forma no se acomode a las previsiones contenidas en su apartado primero. Ahora bien, en los despidos colectivos y en las extinciones por fuerza mayor, la cuestión es bastante más compleja, dado que en su tramitación se suceden dos fases (la colectiva y la individual) profusamente reguladas, tanto legal como reglamentariamente, de suerte que determinados incumplimientos formales (*v. gr.*, la vulneración del principio de plenitud informativa o de la obligación de celebrar un periodo de consultas) determinan la nulidad de la decisión extintiva. Respecto de la determinación de cada trabajador incluido en el despido colectivo, la forma también se revela como un requisito imprescindible para la validez del acto extintivo, en tanto su vulneración determina la improcedencia del despido individual, si bien la jurisprudencia ha ido flexibilizando, poco a poco, los requisitos formales referidos a la comunicación individual del despido colectivo<sup>8</sup>.

Ahora bien, las anteriores aseveraciones no implican que en una relación laboral únicamente esté presente el interés del trabajador, sino que también se atiende a los poderes que el legislador concede a la empresa para la correcta gestión de la misma, por lo cual su desarrollo legal también debe tener en cuenta las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y la defensa de la productividad. Y, en último término, el hecho de que un determinado despido no cumpla con los requisitos procedimentales establecidos legalmente no significa que no haya existido una finalización del contrato de trabajo. Dichos despidos resuelven el contrato de trabajo por decisión empresarial; ahora bien, si son impug-

---

<sup>8</sup> STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014), que considera que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones.

nados por el trabajador, nunca podrán ser procedentes, precisamente porque el ordenamiento antepone la regularidad procedimental del acto extintivo, de suerte que esta se convierte en presupuesto necesario, pero no suficiente, para la convalidación judicial del despido. Parafraseando al TC, cabe recordar, en este momento, que la reacción frente a la decisión unilateral del empresario de prescindir de los servicios del trabajador es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en el artículo 35 de la CE, pues:

[...] 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, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador (STC 20/1994, de 27 de enero).

Por tanto, paralela a la trascendencia del acto mismo de la extinción, está la de la impugnación judicial de la decisión empresarial, ya que de ella depende la materialización de derechos que exceden del marco de la relación individual de trabajo, invadiendo otros ámbitos normativos, señaladamente, el derecho de la Seguridad Social.

Debe partirse de la base de que toda decisión empresarial de extinción del contrato puede ser impugnada por el trabajador ante la jurisdicción social y, declarado el despido procedente, improcedente o nulo, tal decisión ha de ser, en su caso, revisada a través de los recursos legalmente previstos y, en último término, ejecutada si no se cumple voluntariamente por las partes. A partir de tal premisa, el legislador ha configurado distintas modalidades procesales que permiten la impugnación procesal del despido, según la especie que esté presente dentro del género: así, el despido disciplinario, paradigma de modalidad procesal a la que hay que reconducir cualquier otra reclamación del trabajador frente a la terminación de su contrato que no tenga establecido cauce específico; el despido objetivo, para las extinciones no culpables del vínculo del trabajador; en fin, el despido colectivo, residenciado en el orden social tras largo tiempo asignado al orden contencioso-administrativo por la vía de la impugnación de la autorización administrativa de los antiguos expedientes de regulación de empleo, que tantas cuestiones ha suscitado a lo largo de la recientemente superada crisis económica (Mercader, 2017). En segundo lugar, habría que dar cuenta (sin posibilidad de profundizar en ellos) de los recursos existentes frente a las sentencias de despido, tanto el de suplicación para los despidos individuales (disciplinarios y objetivos) impugnados por el trabajador, como el de casación para el despido colectivo (impugnado por los representantes de los trabajadores) frente a la sentencia de instancia dictada por un tribunal superior de justicia o la Audiencia Nacional. Por último, resulta imprescindible siquiera mencionar los cauces específicos de ejecución de las sentencias de despido; *rectius*, de la obligación de readmisión, tanto cuando esta provenga de una opción empresarial (incidente de no readmisión o admisión irregular), como cuando sea debida por ministerio de la ley (ejecución en sus propios términos), sin olvidar la peculiaridad de la ejecución de las sentencias dictadas

en procesos de despido colectivo, que, cuando declaren su nulidad, pueden ser llevadas a término por el cauce de ejecución colectiva y, en fin, a la ejecución provisional de la mentada obligación de readmisión en tanto se sustancie alguno de los recursos que legalmente procedan frente al título que la estableció (Tascón, 2018, pp. 429 y ss.).

## 6. El coste del despido arbitrario y la propuesta de un sistema extintivo correcto

Resulta frecuente, a la vez que erróneo, afirmar que el coste del despido en España es caro. Sin embargo, en materia de despido disciplinario procedente, sustentado en una justa causa (grave y culpable), se convalida la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, por lo cual, en realidad, el despido disciplinario ajustado a derecho no tiene coste económico (Ortega, 2018, p. 259). Lo que tiene coste es la arbitrariedad del despido o, en otros términos, la posibilidad de que un acto ilegítimo pueda compensarse con una indemnización, pues la verdadera tutela de la estabilidad real en el empleo debiera garantizarse con la readmisión del trabajador. Esto es, el instrumento que debiera instaurarse automáticamente ante la no procedencia del despido es la readmisión del trabajador y no la indemnización. Sin embargo, en nuestro país, declarada la improcedencia del despido, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización legal y tasada (a razón de 33 días de salario<sup>9</sup> por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, y con un tope de 24 mensualidades) que excluye la necesidad de prueba de los perjuicios por parte del trabajador, pero también que se puedan pretender cantidades mayores por perjuicios extraordinarios o proporcionados (STS de 25 de junio de 2008, rec. 2048/2007). Para los contratos concertados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, y hasta esa fecha, la indemnización por despido improcedente se mantiene en los anteriores 45 días de salario por año de servicio con un tope de 42 mensualidades (disp. trans. undécima ET). En tal caso, la indemnización consta de dos tramos, y está topada a 720 días de salario, a menos que de los servicios prestados con anterioridad a febrero de 2012 (primer tramo) se desprendiera una cantidad mayor (hasta el límite de los 1.260 días de salario), en cuyo caso ese será el montante de la indemnización sin poder aplicar entonces la cantidad procedente del segundo tramo. Tal adición solo podrá llevarse a efecto cuando el montante de la primera partida no alcance los 720 días de salario, en cuyo caso se podrá tomar la cantidad correspondiente del segundo tramo, pero solo hasta completar los mentados 720 días de salario (SSTS de 11 de febrero de 2015, rec. 840/2014, o de 18 de febrero de 2016, rec. 3257/2014).

<sup>9</sup> El día de salario a efectos del cálculo de la indemnización se calcula dividiendo el salario anual percibido por el trabajador por todos los conceptos (incluidas gratificaciones extraordinarias, *bonus*, *stock options* y, en general, todos los conceptos que merezcan la calificación de salariales en el amplio entendimiento del art. 26 ET) (STS de 1 de octubre de 2007, rec. 3794/2006) entre 365 días (366 si el año en curso en el que se produjo el despido es bisiesto) (STS de 24 de enero de 2011, rec. 2018/2010).

El salario que ha de tomarse en consideración, cuya cuantía puede ser discutida en el pleito por despido, es el efectivamente percibido por el trabajador al tiempo del despido o, en su caso, el que hubiera debido percibir, ya fuera este el mínimo interprofesional o el que se derivare del convenio que fuera de aplicación. Por su parte, los «años de servicio» a que se refiere la norma laboral abarcan de modo natural los comprendidos entre la contratación en una empresa (esto es, la primera vez que el trabajador se incorpora a la organización, aunque sea a través de un vínculo temporal si luego hay una unidad esencial del vínculo) (STS de 29 de marzo de 2017, rec. 2536/2015) y la fecha de efectos del despido (no la más tardía de la sentencia que califica el mismo) (STS de 10 de junio de 2009, rec. 2761/ 2008). Ahora bien, como con acierto destaca la jurisprudencia<sup>10</sup> y la doctrina (Mella, 1997, p. 289), no siempre tienen por qué coincidir con la estricta antigüedad que se ostenta en la empresa, pues es posible el pacto entre las partes para reconocer una antigüedad superior a la real, siendo debida entonces la indemnización calculada sobre la base de esos servicios ficticios reconocidos indubitadamente por acuerdo individual (frecuente cuando una empresa «ficha» a un trabajador reconociéndole los servicios prestados en su empleador de procedencia). Ha de partirse de que el concepto de «antigüedad» es más amplio que el de «años de servicio», pudiendo incluir el tiempo trabajado en la misma o en otras empresas, bajo igual o distinta modalidad contractual. Además, si esta última noción juega siempre, por voluntad expresa del legislador, para la determinación de la indemnización, la antigüedad solo lo hace cuando así se acuerde. Ambos conceptos solo coincidirán y valdrán indistintamente para el cálculo de la indemnización considerada cuando el primero se entienda en su sentido restringido, esto es, limitado al tiempo de efectiva prestación de servicios en la empresa al amparo de la relación contractual que se extingue. A pesar de las diferencias señaladas, ambos conceptos coinciden, al menos, en su *dies ad quem* y en la irrelevancia que para su cómputo suponen los cambios de categoría o grupo profesional y del lugar de la prestación de servicios. El cálculo de la indemnización valorando, como regla general, los años de servicio efectivo en la empresa atiende, entre otras premisas, al hecho de que cuanto más tiempo se haya trabajado para la empresa mayor habrá sido la utilidad obtenida por esta con la actividad prestada. Es más, el derecho del trabajador a que le sea reconocido todo ese tiempo de servicio efectivo es irrenunciable<sup>11</sup>. Incluso la calificación extralaboral que las partes hayan dado a la relación no impide que, una vez declarada la laboralidad de esta, el tiempo de servicios computable a efectos de la indemnización por despido deba considerarse iniciado en el momento en que hubiese comenzado la prestación.

<sup>10</sup> A establecer la diferencia entre uno y otro contribuyó, significativamente, la STS de 8 de marzo de 1993 (rec. 29/1992). Sin embargo, no existe una posición pacífica, encontrándose sentencias que, ante un pacto de reconocimiento de la antigüedad en términos amplios (a todos los efectos), excluyen el juego de esta en relación con la indemnización de que se trata por no aparecer el mismo previsto expresamente (STSJ de Cataluña 1000/1996, de 16 de febrero). Muy esclarecedoras al respecto, SSTSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2005 (rec. 4228/2005) o Cantabria de 24 de abril de 2002 (rec. 285/2002).

<sup>11</sup> Como puso de relieve la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 1993 (rec. 411/1993), con ocasión de un supuesto de renuncia incorporada a un pacto firmado por los propios trabajadores, la empresa y un sindicato, y a pesar de establecerse una indemnización compensatoria de aquella.

En otros ordenamientos europeos, lo normal es que la indemnización económica del despido se establezca a juicio del juzgador teniendo en cuenta determinados elementos que permiten valorar el daño «real» producido al empleado. Sin embargo, en España, está tasada legalmente, impidiendo una reclamación sustentada en los concretos y reales daños y perjuicios ocasionados por el despido incorrecto desde el punto de vista formal o de fondo.

El principal aspecto positivo de la indemnización tasada es que simplifica la actividad probatoria en tanto libera de probar la existencia de los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura del vínculo contractual; también simplifica el cálculo de la indemnización económica, permitiendo al juzgador acudir directamente a las reglas establecidas para determinar su cuantía, pues la lógica interna de la ley es la de procurar «certeza y predictibilidad» al coste económico del despido injustificado (Valdés, 1996). A su vez, el carácter tasado de aquella impide que el órgano jurisdiccional pueda modificar su importe con base en la valoración de otras circunstancias no previstas legalmente, salvo que exista un pacto indemnizatorio entre las partes que obligue a tenerlas en cuenta. En cualquier caso, las facultades del juzgador no le permiten ir más allá de la determinación de cómo han de aplicarse en el caso concreto los parámetros legales y/o convencionales, incluyéndose entre los primeros, obviamente, el relativo a los años de servicio, sobre cuyo cómputo son posibles, como viene comprobándose, discrepancias que conducen a resultados diferentes en cuanto a la cantidad a satisfacer por la empresa y que pueden repercutir sobre la admisibilidad de la detención del devengo de los salarios de tramitación en la fecha del acto de conciliación preprocesal en los supuestos en que se haya depositado judicialmente, tras reconocerse en él la improcedencia del despido y no llegarse a una avenencia, una indemnización inferior a la que finalmente se señala por sentencia, a raíz de la impugnación del despido por el trabajador (Mella, 1997, p. 301).

Como contrapartida, y de modo negativo, no permite acreditar la superior cuantía económica del verdadero daño que la extinción haya podido ocasionar al trabajador. El resarcimiento monetario compensa la ruptura del vínculo sin justa causa, pero no el deterioro o el perjuicio que la extinción improcedente pueda ocasionar, por lo cual es posible afirmar que el modelo patrio favorece la seguridad jurídica, pero puede provocar serias injusticias, sobre todo en los trabajadores que apenas poseen antigüedad, pues en tales casos la cuantía indemnizatoria es mísera. Sin olvidar que el hecho de tomar como parámetro de referencia a la hora de calcular la indemnización el periodo de prestación de servicios desincentiva la movilidad laboral del trabajador, pues si cambia de empresa pierde automáticamente los derechos adquiridos en la misma. Es más, el modelo interno tampoco valora o cuantifica exactamente la culpabilidad del empresario que proyecta un despido injusto, pues la finalidad del montante económico tasado es compensar la pérdida del empleo, pero no las consecuencias negativas reales, alejándose, por tanto, de una verdadera indemnización de daños y perjuicios. Y ello porque perder el puesto de trabajo genera perjuicios diferentes para cada trabajador (en función, por ejemplo, de su formación o cualificación, o del lugar de residencia) y, sin embargo, dos trabajadores despedidos, con idéntico sueldo y periodo de prestación de servicios, percibirán indemnizaciones idénticas, aunque los perjuicios sean diferentes.

Además, el hecho de conocer *a priori* el importe exacto de la cuantía indemnizatoria puede implicar una selectiva y premeditada elección de los trabajadores a quienes despedir, lo que en la práctica se traduce en la extinción del vínculo contractual de aquellos empleados cuya indemnización económica sea menor, haciendo aumentar la precariedad laboral. A la postre, los cálculos de costes pueden resultar especialmente influyentes en las decisiones empresariales allí donde se trate de trabajos de baja cualificación profesional o donde quepa una amplia fungibilidad de los trabajadores, por cuanto que sus competencias personales y profesionales pasen a segundo plano en el momento de la selección por parte de la dirección de la empresa. Solo cuando se trate de otro tipo de trabajadores, que desempeñen actividades donde haya un valor añadido profesional específico de tales empleados, cabrá que los criterios selectivos sean de orden inverso. Del mismo modo, en la medida en que se evolucione hacia un modelo de crecimiento económico configurado sobre la base de empleos en los que prime la innovación y el desarrollo y donde el capital humano sea cualitativamente importante y decisivo por razón de su empleabilidad, en mayor medida perderán peso los criterios selectivos tradicionales basados exclusivamente en el dato mecánico de la antigüedad del trabajador (Cruz, 2012, p. 147). Por el contrario, si el empresario desconociera con antelación el coste económico del despido, la protección del puesto de trabajo del empleado gozaría de una mayor consideración, reduciendo los despidos disciplinarios improcedentes por arbitrariedad o sustentados en meros intereses empresariales.

En otro orden de cosas, llama la atención que el legislador otorgue la facultad de optar al empresario incumplidor y no al trabajador despedido, en contradicción con el principio general de que el perjudicado ha de ser quien posea la facultad de elegir la forma de cumplimiento, lo cual permite confirmar la arraigada existencia del despido libre indemnizado o desistimiento pagado del empresario, que contradice la propia naturaleza del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, el cual solo quedaría garantizado con la readmisión forzosa del trabajador (también en los despidos improcedentes). *De lege ferenda*, la construcción más cercana a un sistema extintivo correcto estaría basada en un modelo que, otorgando la necesaria libertad a la empresa para despedir, sometiese esta a férreos controles externos a través de los cuales imposibilitar decisiones arbitrarias o abusivas y estableciera indemnizaciones adecuadas para cada trabajador despedido, vinculando dicho sistema a eficientes políticas de empleo y protección social que permitan mermar la duración del periodo de desocupación del trabajador y mantener unos niveles de ingresos mínimos dignos (Ortega, 2018, pp. 258-259 y 262). Dicha indemnización adecuada podría comprender un doble componente: una cantidad fija, para todos aquellos trabajadores despedidos improcedentemente, y una cantidad variable, pero tasada en función del periodo de servicios prestados en la empresa. Esto es, un sistema bastante similar al actual, pero añadiendo ese componente económico preestablecido para cualquier despido ilícito, con lo cual se mantienen las ventajas de la indemnización tasada, pero se reducen sus consecuencias negativas. Un cambio más radical, ya apuntado por la doctrina, pasaría por introducir un sistema arbitrario judicial, de doble componente: una cantidad económica sustentada en la valoración real de los daños y perjuicios ocasionados por la empresa al trabajador, con un tope o cláusula mínima, pero sin topes máximos, al objeto de evitar el efecto tasado y calculado de la indemnización;

y una cuantía económica variable pero tasada, calculada en función del periodo de tiempo de prestación de servicios del trabajador (Ortega, 2018, p. 263). Dicha propuesta descansa, en definitiva, en la posibilidad ya existente en los despidos nulos de otorgar indemnizaciones complementarias a las tasadas legalmente para reparar los daños y perjuicios que no quedan resarcidos con la indemnización objetiva y tasada y que se fija por el juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto en función del daño moral, de la vulneración del derecho fundamental y de los daños y perjuicios adicionales derivados del despido lesivo.

En fin, partiendo de que una terminación del contrato injustificada o fraudulenta no solo daña al trabajador afectado, sino a la sociedad en su conjunto, cabría la posibilidad de valorar la bondad de establecer tuteladas desde la perspectiva del derecho público, introduciendo controles de legalidad «*ex ante*», que refuercen la causalidad de la contratación y de la terminación de los contratos de trabajo debatiendo propuestas (Sala y Esteve, 2018, pp. 325-326) que: a) aborden de nuevo el debate sobre la capitalización de la indemnización por despido, partiendo del modelo austriaco, pero corregido y adaptado a los problemas del mercado de trabajo español; b) replanteen todo el sistema de bonificaciones, penalizando a aquellas empresas que realicen despidos calificados judicialmente de improcedentes o extinciones de mutuo acuerdo y, por el contrario, bonificando a aquellas que no los realicen, pues las bonificaciones no deben recibirse por contratar (ni siquiera indefinidamente), sino por mantener el empleo, dando estabilidad a la plantilla; c) penalicen la práctica de negociar la amortización de puestos de trabajo mediante despidos acordados individualmente, pues ello ha sido una huida propiciada por la dificultad de definir las causas de las extinciones del artículo 52 c) del ET, por la extraordinaria complicación del cauce para los procesos de reestructuración empresarial, o por evitar los costes indirectos a resultas de un pleito judicial. Con excesiva frecuencia, la terminación del contrato de trabajo se cierra con un acuerdo privado entre el trabajador y el empresario, en conciliación administrativa o en sede judicial, sin que la reforma laboral de 2012 haya corregido esta práctica. Al contrario, ha facilitado su utilización al abaratar las indemnizaciones y suprimir parcialmente los salarios de tramitación, cuando el legislador lo que debería hacer es dificultar y no facilitar tales prácticas.

## 7. Sobre la imposibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento

Al hilo de lo anterior, tampoco sería descabellado, a la hora de analizar las consecuencias jurídicas del despido (procedencia, improcedencia y nulidad), considerar que debería diferenciarse entre un despido sin suficiente gravedad y culpabilidad empresarial de un despido sin causa alguna. Así, el despido por fraude de ley se caracteriza por ser un despido manifiestamente arbitrario, sin causa justificada alguna, cuya finalidad última es lograr la declaración de improcedencia de la extinción, permitiendo al empleador deshacerse de un trabajador mediante una simple compensación económica. Debe quedar claro que, en el estado actual de nuestra legislación, la calificación del despido nulo por fraude de ley

no tiene cabida en el orden procesal, ni siquiera con el carácter excepcionalísimo con que era admitido bajo el imperio de la derogada Ley de procedimiento laboral de 1990<sup>12</sup>. Por el contrario, esa figura cuya consecuencia jurídica era el despido nulo ha de ser reconducida a la calificación de despido improcedente, sin que el denominado «despido fraudulento», de creación jurisprudencial, resulte ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la de improcedencia. Evidentemente, existe diferencia sustancial entre que el empleador sea incapaz de acreditar o demostrar procesalmente la existencia de una causa determinante para dar por finalizada la relación laboral (verdad formal) a que resulte acreditado que el motivo que sustenta el despido no existe o es meramente ficticio, arbitrario y caprichoso, imputado por el empresario al trabajador a sabiendas de que carece de la más mínima apariencia de verosimilitud, pero con el propósito de desvincularse de una relación laboral que ya no desea (Molina, 1997, p. 468). Las extinciones contractuales en fraude de ley son despidos caracterizados por una manifiesta arbitrariedad, con causa inexistente o irreal, dolosamente inventada y absolutamente desproporcionada, que se distinguen de los despidos con violación de derechos fundamentales del trabajador por dos circunstancias fundamentales: 1) su fundamento legal no se encuentra en el texto constitucional ni en la legislación laboral, sino en el propio CC; y 2) la carga probatoria recae en el trabajador despedido, al no poder presumirse (Monereo y Moreno, 2014, pp. 108-109 y 111). Sin embargo, se ha producido una preocupante inclinación restrictiva en la apreciación del despido fraudulento, que no significa que esta figura se haya suprimido (en tanto se infiere directamente de las normas generales sobre fraude de ley contenidas en el propio CC), pero ha degenerado en una incoherente postura contra los propios principios del sistema jurídico patrio al no establecerse los medios de reacción adecuados al fraude de ley cuando, efectivamente, se aprecia la existencia en el acto de despido de los presupuestos del tipo normativo. La respuesta frente al fraude de ley debiera ser la de proclamar la conveniencia jurídica de utilizar el mecanismo que permita garantizar la consecuencia jurídica típica del fraude de ley, que reside en que el acto fraudulento no debe impedir la debida aplicación de la norma que hubiera tratado de eludir, ex artículo 6.4 del CC, sin que pueda validarse el intento del infractor de crear, malintencionadamente, las condiciones para la aplicación del orden normativo más favorable a los propios intereses. De conformidad con esta afirmación, si el despido se realizó en fraude de ley, debiera acordarse la nulidad de pleno derecho del mismo, pues la respuesta frente al fraude no debe amparar la consumación de la conducta infractora. Sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento<sup>13</sup>, de ahí que quepa alabar la bondad de aquellas propuestas que, por su considerable gravedad, estiman que las consecuencias jurídicas de este despido debieran ser de mayor trascendencia jurídico-económica que la

<sup>12</sup> Paradigmática en tal sentido fue la STS de 19 de enero de 1994 (rec. 3400/1992).

<sup>13</sup> Rotundas en tal sentido son la STS de 2 de noviembre de 1993 (rec. 3669/1992) o STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2008 (rec. 5777/2007).

simple declaración de improcedencia del mismo: como mínimo, la declaración de nulidad del despido y la consecuente readmisión del trabajador, siguiendo el prototipo italiano de la *tutela reintegratoria con indemnità limitada* o reincorporación con indemnización limitada para aquellos casos de inexistencia de motivo subjetivo u objetivo justificado, de la justa causa alegada o de las conductas punibles previstas en los convenios colectivos o códigos disciplinarios (Ortega, 2018, p. 266; Perulli, 2015).

## Referencias bibliográficas

- Alegre Nuevo, M. (2016). Forma, calificación y efectos del despido. En J. M.<sup>a</sup> Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 1.079-1.088). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aparicio Tovar, J. (2012). Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa. *Revista de Derecho Social*, 57, 145-164.
- Baz Tejedor, J. A. (2011). La reconducción hacia el despido objetivo estratégico. *Revista de Derecho Social*, 56, 69-102.
- Blasco Pellicer, A. y Taléns Visconti, E. E. (2018). *La forma y el procedimiento del despido*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (1995). La nulidad del despido y sus efectos. En *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. M. Alonso García* (pp. 429-462). Madrid: AEDTSS-Marcial Pons.
- Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (1997). El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 239-288). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Castro Argüelles, M. A. (1993). *El régimen disciplinario en la empresa*. Pamplona: Aranzadi.
- Cavas Martínez, F. (2018). Las causas del despido disciplinario en el Tribunal Supremo. En C. Sánchez Trigueros (Dir.) y F. J. Hierro Hierro (Coord.), *Las causas del despido disciplinario en la jurisprudencia* (pp. 143-169). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cruz Villalón, J. (2012). Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 23-24, 121-147.
- Fernández Domínguez, J. J. (2018). Despido colectivo. En J. J. Fernández Domínguez (Dir.) y S. Rodríguez Escanciano (Coord.), *Tratado del despido* (pp. 157-251). Madrid: Wolters Kluwer.

- Fernández Fernández, R. (2018). Despido disciplinario. En J. J. Fernández Domínguez (Dir.) y S. Rodríguez Escanciano (Coord.), *Tratado del despido* (pp. 67-100). Madrid: Wolters Kluwer.
- Fernández López, M.<sup>a</sup> F. (1991). *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas.
- Folgoso Olmo, A. (2018). [Inexistencia de causa de discriminación en la exclusión de trabajadores mayores de 50 años en el ámbito de aplicación de un despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 872/2017, de 14 de noviembre.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 167-174.
- Godino Reyes, M. (Dir.). (2016). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> (1994). *La extinción del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, F. J., Gil, J. L. y Matorras, A. (2004). Despido disciplinario. En A. V. Sempere Navarro (Dir.) y R. Martín Jiménez (Coord.), *El despido: asuntos sustantivos y procesales* (pp. 69-326). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2011). Las causas del despido por razones empresariales. En F. Valdés Dal-Ré y E. González-Posada Martínez (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo de 2010* (pp. 159-184). Madrid: Reus.
- Igartua Miró, M.<sup>a</sup> T. (2004). Causas de despido disciplinario. Ofensas verbales o físicas. En J. Gorelli Hernández (Coord.), *El despido: análisis y aplicación práctica* (pp. 87-99). Madrid: Tecnos.
- Lahera Forteza, J. (2007). Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad; la jurificación del interés empresarial en el despido (STS 4.<sup>a</sup> de 10 de mayo de 2006). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 509-514.
- Luján Alcaraz, J. (1997). Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 23-32). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Maneiro Vázquez, Y. (2018). El despido colectivo tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: ¿Regulación legal o judicial? En J. M. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 43-78). Madrid: Cinca.
- Martín Valverde, A. (1997). El efecto extintivo del acto de despido disciplinario. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 17-22). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Martínez Barroso, M.<sup>a</sup> R. (2019). [Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 15-51.
- Martínez Moreno, C. (2016). Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la STS de 17 de octubre de 2016 (rec. 36/16). *Actum Social*, 116, 19-22.
- Mella Méndez, L. (1997). Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto «años de servicio» para el cálculo de la indemnización por despido. En F. J. Gárate Castro

- (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 289-301). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Mercader Uguina, J. R. (2017). El lento proceso de desintegración del control administrativo en los despidos colectivos. En L. J. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo* (vol. 1, pp. 573-608). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C. (1997). La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva «Edad Media» en el Derecho del Trabajo «post-moderno». En J. Castiñeira Fernández (Coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido* (pp. 457-468). Navarra: Aranzadi.
- Molina Navarrete, C. (2016). [¿Cuál es el ámbito del despido colectivo?: una lectura pro comunitate a favor de la empresa \(favor business\)](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 398, 139-144.
- Monereo Pérez, J. L. (2012). El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma laboral de 2012. *Temas Laborales*, 115, 315-359.
- Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (2014). Despido nulo. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico* (pp. 85-147). Granada: Comares.
- Murcia Clavería, A. (2018). Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la protección contra el despido injustificado. En A. Murcia Clavería y F. Valdés Dal-Ré (Dirs.), *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)* (pp. 119-145). Madrid: Francis y Taylor.
- Ortega Lozano, P. G. (2018). *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*. Murcia: Laborum.
- Ortega Lozano, P. G. (2019). Las ofensas verbales o físicas en la relación laboral. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 601-615.
- Palomeque López, M. C. (1995). La calificación del despido como improcedente o nulo. En *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. M. Alonso García* (pp. 403-418). Madrid: AEDTSS-Marcial Pons.
- Pérez Rey, J. (2016). Despedir sin decir por qué. La selección de trabajador en las extinciones por causas empresariales en la nueva doctrina del TS (SSTS 24.11.2015, 14.3.2016. Casos King Regal y Bankia). *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 674-685.
- Perulli, A. (2015). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro? En I. Fiorillo y A. Perulli (A Cura Di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Turín: Giappichelli.
- Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (1997). Reflexiones en torno al régimen jurídico del despido improcedente. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 205-212). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Romero Sánchez, I. (2019). El control judicial de la causalidad en el despido por causas empresariales. Comentario a la STS –Sala 4.ª– de 18 de septiembre de 2018. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 909-916.

- Sala Franco, T. y Blasco Pellicer, A. (2018). Los despidos colectivos. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 327-348). Madrid: Francis y Taylor.
- Sala Franco, T. y Esteve Segarra, A. (2018). La regulación de la extinción del contrato de trabajo. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 303-326). Madrid: Francis y Taylor.
- Tascón López, R. (2018). Impugnación, recurribilidad y ejecución procesal del despido. En J. J. Fernández Domínguez (Dir.) y S. Rodríguez Escanciano (Coord.), *Tratado del despido* (pp. 429-489). Madrid: Wolters Kluwer.
- Toscani Giménez, D. (2012). Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 19-20, 57-93.
- Valdés Dal-Ré, F. (1996). El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 11, 86-92.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0