

EL DESPIDO AD NUTUM, COMO MEDIDA INCONSTITUCIONAL DE REESTRUCTURACIÓN LABORAL

Rolando Enrique Ubillús Bracamonte

Rebeca Karina Aparicio Aldana

Doctorandos del Departamento de Derecho Privado y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2014** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Martín GODINO REYES, don Fermín GUARDIOLA MADERA, doña Sofía OLARTE ENCABO, don Ángel Luis SÁNCHEZ IGLESIAS y don Juan Miguel TORRES ANDRÉS.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la figura jurídica del despido *ad nutum* dentro del ordenamiento jurídico español, como mecanismo usual y común de reestructuración de la plantilla laboral de una organización empresarial, pese a su evidente naturaleza inconstitucional. Para sostener tal conclusión realizaremos un análisis crítico del último pronunciamiento del Tribunal Constitucional en torno al tema, contenido en el Auto de 12 de febrero de 2014.

Palabras claves: reestructuración laboral, despido *ad nutum* o sin causa, Convenio n.º 158 de la OIT, derecho al trabajo y derecho a la tutela judicial efectiva.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / *Fecha de aceptación:* 10-07-2014

THE DISMISSAL *AD NUTUM* AS UNCONSTITUTIONAL MEASURE LABOR RESTRUCTURING

Rolando Enrique Ubillús Bracamonte

Rebeca Karina Aparicio Aldana

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal concept of redundancy *ad nutum* in the Spanish legal system as usual and common mechanism for the restructuring of the workforce of a business organization, despite its obvious unconstitutionality. To support this conclusion will carry out a critical analysis of Auto recently issued by the Constitutional Court on the issue of February 12, 2014.

Keywords: job restructuring, *ad nutum* or dismissal without cause, ILO Convention n.º 158, right to work and right to effective judicial protection.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
2. Razones de la huida del empresario de las medidas de reestructuración establecidas
3. Prerrogativas del despido exprés y de la contratación temporal
4. La infructuosa búsqueda del legislador por redirigir las reestructuraciones empresariales a las establecidas por la ley
5. Comentario al Auto de 12 de febrero de 2014 del Tribunal Constitucional
 - 5.1. Resumen del auto
 - 5.2. Cuestiones doctrinales importantes
 - 5.2.1. Derecho del trabajo, ¿derecho fundamental?
 - 5.2.2. Delimitación del derecho del trabajo y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva
 - 5.2.3. Contenido del derecho a no ser despido injustificadamente de acuerdo al Convenio n.º 158 de la OIT
 - 5.2.4. Dimensión prestacional del derecho del trabajo
6. Crítica al Auto de 12 de febrero de 2014 del Tribunal Constitucional
 - 6.1. Sobre el despido *ad nutum*
 - 6.2. Despido improcedente: indemnización tasada y regla del cálculo
 - 6.3. Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva
 - 6.4. Sobre la limitación de salarios de tramitación
7. Conclusiones

Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La situación económica de una empresa siempre ha trascendido sobre las relaciones laborales (individuales y colectivas)¹. Es más, se podría afirmar que de todas las ramas del ordenamiento jurídico, la laboral es la más proclive al influjo que producen los factores externos sobre la empresa²; dado que ante la aparición de una situación económica negativa, el empresario siempre suele aplicar medidas de reestructuración (laborales y/o mercantiles) sobre la estructura empresarial, las cuales –con frecuencia y no siempre de forma negativa– repercuten sobre los trabajadores³, el eslabón más débil de la cadena de producción.

No obstante, actualmente –en la era de la globalización– el sometimiento de la empresa a los factores externos no se circunscribe solo al ámbito local de la región en donde ejerce su actividad económica; sino que la empresa también se ve sometida al contexto económico de los mercados internacionales y a las políticas socioeconómicas de las instituciones internacionales⁴, lo que acarrea un contexto socioeconómico muy fluctuante, de profundas variaciones, que exigen inmediatos y sucesivos cambios en la estructura empresarial. Es por todo esto que el Derecho del Trabajo demanda continuos replanteamientos (legales, jurisprudenciales y convencionales) que permitan adaptar las relaciones jurídicas a la realidad socioeconómica de la empresa y de los mercados⁵.

En este contexto, las medidas de reestructuración buscan brindar al empresario los mecanismos de flexibilidad necesarios para una gestión de los recursos (humanos y materiales)

¹ LYON-CAEN, G.: *Droit du Travail*, París: Dalloz, 1988, págs. 10 y ss.

² VALDÉS DAL RÉ, F.: «El debate Europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones laborales triangulares», *RL*, núm. 3, 2009, pág. 3.

³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Prólogo», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro, A. V.), *Medidas laborales para empresas en crisis*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 27.

⁴ Recientemente en el mismo sentido: MONTOYA MELGAR, A.: «La reforma laboral de 2012: Los fines y los medios», en AA. VV. (dirs. Montoya Melgar, A. y García Murcia, J.), *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 9-10.

⁵ CÁMARA BOTÍA, A.: «Idea de Derecho del Trabajo», en AA. VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor J. A. Sagardoy Bengoechea*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1999, págs. 57 y ss.

que permitan su adaptación a las coyunturas económicas del mercado, con la finalidad de lograr el mantenimiento o mejoramiento de la posición económica de la empresa o permitir afrontar situaciones económicas negativas, y en supuestos de mayor gravedad posibilitar la extinción armoniosa de la actividad empresarial.

Son diversas las medidas laborales que proporciona el ordenamiento jurídico español para reestructurar una empresa; empero su regulación es asistemática, pues no existe una normativa general que defina las nociones básicas que atañen a todos los supuestos de reestructuración; sino que, por el contrario, cada precepto actúa con autonomía repitiendo términos, conceptos y parámetros cuantitativos de forma innecesaria. No obstante, la doctrina ha clasificado los supuestos de reestructuración laboral en dos momentos, en función de los cambios que puede realizar el empresario sobre la relación laboral.

En primer lugar, en lo que ha denominado como «flexibilidad laboral interna» se reconoce en el empresario las facultades de realizar modificaciones sobre las relaciones laborales, sin afectar su continuidad. Este tipo de reestructuración se materializa dentro de los supuestos de movilidad funcional (art. 39 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), sucesión de la empresa (art. 44 ET), suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada (art. 47 ET) y descuelgue de convenios sectoriales [82.3 y 85.2 c) ET]⁶.

Por otro lado, en segundo lugar, en lo que se ha llamado «flexibilidad laboral externa» se han agrupado al despido colectivo (art. 51 ET), el despido objetivo individual o plural [art. 52 c) ET] y el despido por insuficiencia de consignación en el marco de planes y programas públicos [52 e) y disp. adic. vigésima ET], denominados de forma genérica como «despido por causas empresariales»⁷, por producirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁸, es decir, por motivos relacionados con la organización de la empresa y totalmente ajenos a la voluntad o a la conducta del trabajador.

⁶ Al respecto *vid.*: PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

⁷ También se ha denominado «despido por necesidades de funcionamiento de la empresa» por el artículo 19 de la Recomendación núm. 166 de la OIT. Entre los doctrinarios que prefieren utilizar el término «despido por causas empresariales», se encuentran, en entre otros, MOLERO MANGLANO, C.; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.; LÓPEZ ÁLVAREZ, M.^a J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 598. Por el contrario, otros, prefieren utilizar el término «despido económico», entre ellos, MONTOYA MELGAR, A. y otros: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 468.

⁸ Estas causas también son fundamento de determinados supuestos de movilidad funcional, modificaciones en las condiciones de trabajo, traslados y ciertas suspensiones contractuales.

Estos despidos se han regulado de forma genérica en el artículo 49.1 letras i) y l) del ET y sus aspectos procesales han sido complementados por el capítulo IV de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) que regula, entre otras causas de extinción, el proceso impugnatorio de estas modalidades objetivas de despido. Así, en lo que respecta al despido colectivo ha sido regulado a nivel comunitario a través de la [Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998](#), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Además, el despido colectivo tanto en el ámbito privado como en el sector público y específicamente en el ámbito de las Administraciones públicas ha sido reglamentado mediante en el [Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre](#), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁹ y el [Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre](#), sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años.

Ahora bien, de las diversas opciones de flexibilidad laboral que ofrece el ordenamiento jurídico, que permiten al empresario modificar o extinguir los contratos de trabajo, la realidad nos demuestra que el empresario ha optado preferentemente por la extinción de los contratos antes que intentar la modificación de los mismos, pero lejos de acudir a algunos de los denominados «despidos por causas empresariales» (despido colectivo, despido objetivo individual o despido por insuficiencia de consignación en el marco de planes y programas públicos) ha recurrido, en más de un 80%, a otras vías de ajuste de la plantilla.

Las estadísticas anuales elaboradas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social hasta el año 2012, en relación con las altas en las prestaciones por desempleo, demostraron un alto índice de contratos temporales no renovados. Solo durante el año 2012, las prestaciones por desempleo por la no renovación de los contratos temporales fueron de 985.531, mientras las prestaciones por desempleo con motivo de un despido colectivo solo ascendieron a 96.566 trabajadores¹⁰. Esto denota inequívocamente una inclinación preferente del empleador a la contratación temporal en masa, incluso no parece discutible que este tipo de contratación laboral se utilice más allá de

⁹ La disposición adicional tercera de la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), dispuso que el Gobierno y el ministro de Empleo y Seguridad Social debían elaborar un real decreto que reglamente el procedimiento de despido colectivo, suspensión de contrato y reducción de jornada otorgando un plazo de un mes desde la entrada en vigor de la referida ley. La reglamentación se publicó en el BOE el 30 de octubre de 2012, es decir, fuera del término final otorgado por la ley; sin embargo, la superación del plazo no resta de validez al referido reglamento; dado que el fundamento de la potestad reglamentaria del Gobierno no deriva del legislador, sino de forma directa e inmediata del artículo 97 de la propia Constitución.

¹⁰ Las referidas estadísticas son accesible en internet en: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/BEL/PRD/prd15_top_HTML.htm (última consulta 13 de marzo de 2014).

los supuestos legalmente previstos¹¹, a pesar de que la regla general dentro del ordenamiento jurídico español es que la contratación laboral sea de carácter indefinido¹².

Estas estadísticas, también, demostraron que el empresario había recurrido al despido disciplinario improcedente, también denominado como «despido *exprés*», que regulaba el otrora artículo 56.2 del ET¹³, como principal vía de ajuste de la plantilla de la organización empresarial, superando enormemente al número de despedidos por causas empresariales¹⁴.

2. RAZONES DE LA HUIDA DEL EMPRESARIO DE LAS MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN ESTABLECIDAS

Antes de la reforma laboral de 2010, la doctrina resaltaba las siguientes razones por las cuales el empresario rehuía de los despidos por causas empresariales¹⁵:

-
- ¹¹ CAMPS RUIZ, L. M.: «La reforma de la contratación temporal», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 17.
- ¹² El artículo 15.1 del ET no establece expresamente que «el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido», como lo establecía su otrora redacción, antes de la reforma de 1994. Por ello, una lectura exclusiva del primer párrafo del artículo 15.1 podría llevarnos a concluir que la contratación temporal no es una excepción legal, sino una de las formas de contratación laboral con la que, conjuntamente con la contratación por tiempo indefinido, cuenta el empresario para contratar a los trabajadores. Sin embargo, una lectura integral del referido artículo 15 nos permite concluir que la contratación temporal debe ser excepcional, solo reservada a los supuestos predeterminados y justificados por la ley (principio de causalidad), pues acto seguido al primer párrafo del artículo 15.1 se enumeran tres supuestos distintos en los que cabe la contratación temporal. Se trata, por lo tanto, de una lista de supuestos *numerus clausus* de contratación temporal que permite deducir que la regla general de contratación laboral debe *indefini*da. Es más, el artículo 15.3 del ET sanciona con considerar a los contratos temporales como contratos indefinidos, si aquellos se celebran en fraude de ley, es decir, carentes de una de las causas que prevé el artículo 15.1 del ET. *Vid.*, en este sentido, LÓPEZ GANDÍA, J. V.: «Contratación laboral», en AA. VV. (coord.: Camps Ruiz, L. M. y Ramírez Martínez, J. M.), *Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 241; AA. VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord.: Martín Jiménez, R.): *Los contratos de trabajo temporales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 27-29.
- ¹³ El despido *exprés* fue introducido por el **Real Decreto 45/2002, de 12 de diciembre**, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.
- ¹⁴ Así lo advierte el legislador en el apartado tercero del punto V del preámbulo de la **Ley 3/2012** y en el punto II del preámbulo de la **Ley 35/2010**. Es importante advertir que las estadísticas anuales que elabora el Ministerio de Empleo y realizadas después del año 2012 no contemplan como vías de ajuste de la plantilla al despido sin causa.
- ¹⁵ Como hemos señalados líneas arriba, dentro del marco teórico de los despidos por causas empresariales se encuentran los despidos colectivos (art. 51.1 ET), los despidos objetivos individuales [art. 52 c) ET] y el despido por insuficiencia de consignación presupuestaria en el marco de planes y programas públicos, introducido en la letra e) del artículo 52 del ET. Antes de la reforma laboral del 2012, el despido por insuficiencia de consignación presupuestaria en el marco de planes y programas públicos era en realidad un tipo de despido empresarial por causas económicas

- Una de las principales razones ha sido la exigencia legal de que el empresario previamente a efectuar las extinciones colectivas debía solicitar una autorización administrativa para poder extinguir válidamente los contratos. Además, lejos de solo seguir ese procedimiento administrativo en búsqueda de la autorización para despedir, en la práctica la autorización administrativa solo era concedida en los casos en los que existía acuerdo con los representantes de los trabajadores y, dicho acuerdo, se obtenía siempre que se pactase una indemnización en favor de los trabajadores afectados, que generalmente duplicaba o triplicaba la indemnización legalmente establecida¹⁶. Es decir, se encarece la flexibilidad de salida, en uno de los peores momentos económicos de la empresa; además de desdibujar la real intensidad del periodo de consultas, que inspira el artículo 2.2 de [Directiva 1998/59/CE](#) que es la de reducir o evitar el número de despidos colectivos o, de no ser posible esto, atenuar sus efectos y consecuencias mediante medidas sociales destinadas a la empleabilidad¹⁷.
- Una vez superado el procedimiento administrativo con o sin acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario podía enfrentarse a un tedioso proceso judicial, el cual hasta antes de la entrada en vigor de la [Ley 36/2011](#), reguladora de la jurisdicción social, se desarrollaba en la jurisdicción contencioso-administrativa. Los procesos judiciales en esta jurisdicción podían tardar de cinco a siete años, y la demora no era excepcional; solo basta con recordar, entre los procesos judiciales más afamados por sus consecuencias jurídicas y su publicidad mediática en los medios de comunicación, los despidos colectivos de Ferroatlántica, del Hospital

específico para la Administración pública o para entidades sin ánimo de lucro en los supuestos de ausencia de presupuesto. El procedimiento de este tipo de despido será idéntico que el establecido para el despido colectivo del artículo 51 del [ET](#), siempre que se alcance o se superen los umbrales establecidos en dicho precepto y, en caso contrario, su procedimiento será el previsto en el artículo 53 del [ET](#). Es decir, el procedimiento del despido empresarial establecido en el artículo 52 e) es el mismo que cualquier otro despido empresarial por causa económica. Por esta razón, antes de la reforma del 2012, es razonable afirmar que el despido del artículo 52 e) del [ET](#), desde el punto de vista técnico-jurídico, no tiene sentido, pues la administración pública o la entidad sin fines de lucro cuyo presupuesto es insuficiente para continuar con sus planes o programas públicos, bien podrían aplicar los mismos mecanismos que ofrecen los artículos 51 o 52 c) del [ET](#) para reestructurar, a través del despido, a la empresa. En este sentido MONEREO PÉREZ, J. L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada: Comares, 2006, pág. 91- 92.

¹⁶ Dato extraído de DESDENTADO BONETE A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma del despido en la Ley 35/2010» en AA. VV. (dirs. García Perrote Escartín I. y Mercader Uguina, J. R.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pág. 72. Un monto similar, aunque con otros parámetros, es el aportado por SEOANE GARCÍA, A.: «... Y luego dicen que el despido es caro», *RDS*, núm. 45, 2009, pág. 231, quien señala que el monto de la indemnización en los ERE acordados bordea los 50 días de salario por año de servicios.

¹⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «Las primeras reacciones judiciales a la flexibilidad externa: la crítica doctrina judicial sobre despidos colectivos», en AA. VV., *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012. ¿Aplicación o recreación?* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 85.

Clínico de Barcelona y Babcock¹⁸. Además, si en el proceso judicial se revocaba la autorización administrativa, la empresa –en el caso de que todavía existiese– tenía que readmitir al trabajador y cancelar los salarios de tramitación. Asimismo, de no realizarse la readmisión o de realizarse de forma irregular, podía empezar un nuevo proceso judicial, esta vez ante el orden social (con tres niveles de decisión), que podía demorarse entre cuatro o cinco años más¹⁹.

- Como tercer inconveniente se encontraba la ambigüedad legislativa tanto del artículo 51.1 como del artículo 52 c) del ET al momento de delimitar los elementos numéricos, temporales y causales que conceptualizaban al despido colectivo y objetivo; en vista de que las normas que regulaban estos tipos de despidos definían las causas por separado; además, con respecto al elemento temporal, no quedaba claro el término final e inicial del plazo de 90 días al que hacía alusión el artículo 51.1 del ET para realizar el computo de los trabajadores afectados por un despido colectivo y, de esta forma, poder diferenciar los despidos colectivos de los objetivos individuales. Estas confusiones ocasionaron gran disparidad de criterios entre los tribunales y en sedes administrativas al momento de distinguir cuándo nos encontramos ante un despido colectivo, objetivo individual o cuándo estos eran improcedentes²⁰.
- Como cuarto inconveniente resaltan la reticencia de los tribunales de declarar la procedencia de un despido colectivo, a pesar de acreditarse el cese de la actividad empresarial o las pérdidas económicas producidas²¹. Y es que, en la mayoría de casos, las sentencias de despidos se resuelven en favor del trabajador²².

¹⁸ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de febrero de 2009 (rec. núm. 3319/2005); 3 de marzo de 2009 (rec. núm. 733/2006).

¹⁹ STS de 9 de octubre de 2009 (rec. núm. 3255/2008); 10 de octubre de 2006 (rec. núm. 5379/2005); 14 de noviembre de 2007 (rec. núm. 1476/2006).

²⁰ Estos problemas interpretativos de los tribunales, fruto de la redacción de los preceptos que regulan los despidos por causas empresariales, fueron advertidos tempranamente por VALDÉS DAL RÉ, F.: «Los despidos por causas económicas», en AA. VV. (dir. Valdés Dal Ré, F.), *La reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 1994, págs. 402-403.

²¹ Así lo advirtió el legislador en el punto V de la exposición de motivos de la Ley 3/2012 y, con anterioridad, la doctrina científica, entre otros, MARTÍN JIMÉNEZ, R. y ALZAGA RUIZ I.: «Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro, A. V.), *La reforma laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 375.

²² El Informe Anual 2003 del Banco de España, nota 4, pág. 119, cuya recepción de información para dicho informe se terminó de recibir el 28 de mayo de 2004, calculó que al rededor el 75% de despidos se resuelven en favor del trabajador. Extraído de internet (última consulta 13 de mayo de 2013): <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/03/inf2003.pdf>. Entre abril de 2012 a abril de 2013 de los 54 casos de despido colectivos que llegaron a los tribunales, 27 acabaron en anulación, 4 en declaración de improcedencia y solo 23 fueron declarados procedentes.

- Por último, aunque no se trata de un inconveniente directo de los despidos por causas empresariales, es pertinente mencionar las prerrogativas que brindan el despido exprés y la contratación temporal, pues las ventajas que ofrecen dichas formas de ajuste de la plantilla constituyen razones adicionales de la huida del empleador de los despidos por causas empresariales.

3. PRERROGATIVAS DEL DESPIDO EXPRÉS Y DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Como hemos advertido anteriormente, el despido exprés y la contratación temporal brindan al empresario una serie de prerrogativas, como:

- La rapidez de su procedimiento, dado que no es necesario seguir un procedimiento administrativo para despedir, como en el despido colectivo, ni siquiera es necesario alegar una causa justa de despido, pues solo basta que el empresario reconozca el despido como improcedente y poner la indemnización a disposición del trabajador.
- Asimismo, otorga la certeza sobre el monto indemnizatorio²³, a pesar de que el monto indemnizatorio establecido en la ley para los despidos por causas empresariales es más barato que el establecido en el despido declarado improcedente; sin embargo, el empresario acudía al despido exprés por ser más seguro. Tal era la magnitud de despidos exprés que, en la práctica, la totalidad de los operadores jurídicos consideraban que el coste normal del ajuste de la plantilla, aunque existiera una causa objetiva de despido, era de 45 días por año de servicios y no de 20 días como lo establece la ley para los despidos justificados²⁴; ni siquiera se considera-

²³ Así lo advirtió el tercer párrafo del punto V del preámbulo de la [Ley 3/2012](#). Del mismo modo la doctrina científica, entre otros: TÁRRAGA POVEDA, J.: «Despidos colectivos», en AA. VV. (coords. Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J.), *Guía Práctica de la reforma Laboral de 2010*, Murcia: Laborum, 2010, pág. 171; DESDENTADO BONETE, A.: «Los despidos económicos tras la reforma de la ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *AL*, núm. 17-18, 2012, pág. 1.788; BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el DRL 10/2010», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 48.

²⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «El despido por causas económicas del art. 52 c) ET», en AA. VV. (dir. y coord. Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R.), *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 518; MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral», en AA. VV. (dirs y coords. Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. A.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada: Comares, 2011, pág. 168.

ba a la indemnización por despido improcedente como una sanción ante el despido sin causa, sino como una vía para reducir la plantilla y evitar los engorrosos procedimientos de los despidos por causas empresariales. A pesar de lo elevado de la indemnización, esta forma de extinción *ad nutum* nada tenía que ver con la reducción de los costos en la flexibilidad que reclaman las empresas ante una situación económica en recesión y crisis²⁵.

- En consecuencia, con la segunda ventaja y como principal objetivo del despido exprés se encontraba la paralización de los otrora salarios de tramitación; suprimidos con carácter general a partir del [Real Decreto-Ley 3/2012](#).
- Igualmente, dado que no es necesario motivar los criterios de selección de los trabajadores despedidos, en la mayoría de casos, estos despidos sin causa afectan a trabajadores con poca antigüedad, en vista de que su despido resulta más barato²⁶.
- En lo que se refiere a la utilización de la contratación temporal en masa²⁷, la finalidad práctica de este tipo de contratación se debe a que a través de ella se permite al empresario decidir sobre la posterior renovación o no del contrato de trabajo y evitar, o mejor dicho burlar, ulteriores despidos, pues solamente bastaría con la no renovación del contrato para reducir la plantilla de los contratados temporalmente. Es decir, en realidad, el empresario –a través de la contratación temporal– elige la vía de ajuste *ex ante*, desde el momento mismo de la contratación, para evitar un procedimiento de despido *ex post*, en el momento del vencimiento del contrato temporal. Y, todo ello, a pesar de los efectos perniciosos en la productividad que acarrea la elevada tasa de contrataciones temporales dentro de una empresa²⁸.

²⁵ BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el DRL 10/2010», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 47-48.

²⁶ DESDENTADO BONETE, A.: «Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: El sistema, su crisis y los límites de la reforma», en AA. VV. (dir. Desdentado Bonete, A., coord. Puebla Pinilla, A.), *Despidos y crisis económicas. Los despidos económicos tras la reforma laboral: Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pág. 32.

²⁷ Las modalidades contractuales temporales más utilizadas han sido el contrato para obra o servicio específico y el contrato por razones de eventualidad, representando en conjunto el 50% de los contratos temporales más utilizados. Estas modalidades contractuales son las menos precisas legalmente y, por consiguiente, las más permeables a su utilización indebida. En este sentido: CAMPS RUIZ, L. M.: «La reforma de la contratación...», *op. cit.*, págs. 18-19.

²⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral», en AA. VV. (dirs y coords. Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. A.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada: Comares, 2011, pág. 145-146; DESDENTADO BONETE, A.: «Introducción a un debate...», *op. cit.* pág. 27.

4. LA INFRUCTUOSA BÚSQUEDA DEL LEGISLADOR POR REDIRIGIR LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES A LAS ESTABLECIDAS POR LA LEY

Los inconvenientes en la regulación de los despidos por causas empresariales, que han conllevado el uso indiscriminado de la contratación temporal y el despido exprés, fueron advertidos inicialmente por la reforma laboral del 2010²⁹. Esta reforma legislativa procedió a redefinir las causas del despido colectivo, y a unificar las definiciones de las causas de los despidos objetivos con las de los despidos colectivos, con la finalidad de evitar la ambigüedad de los criterios conceptuales sobre dichos tipos de despido y que la única diferencia entre estos despidos por causas empresariales sea en atención al número de trabajadores afectados.

Además, la reforma del 2010 exhortó al Gobierno para que aprobara un Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en el cual se contemplara que las impugnaciones contra los expedientes de regulación de empleo fueran competencia de la jurisdicción social³⁰, en la búsqueda de la tradicional celeridad procesal que ha distinguido a esta jurisdicción³¹. Por su parte, en lo que respecta a la contratación temporal, se aumentó el monto de la indemnización por término de contrato de 8 a 12 días de salario por año de servicio trabajado³², y se modificaron las reglas de conversión de los contratos temporales en indefinidos por concatenación contractual temporal³³.

Ha sido la reforma laboral del 2012³⁴ la que realmente ha revolucionado el tratamiento jurídico laboral de la flexibilidad externa. Para ello, el legislador ha redefinido las causas de extinción colectiva, y, con ello, en general de los despidos por causas empresariales, al igual que en la reforma del 2010, aunque esta vez con mayor énfasis; no obstante, la mayor incidencia se ha producido al eliminar la tradicional autorización administrativa previa en los despidos

²⁹ Las reformas del 2010 se materializaron a través del [Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y, luego, mediante la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³⁰ *Vid.* disposición adicional decimoquinta de la [Ley 35/2010](#).

³¹ Como hemos advertido anteriormente la Jurisdicción Social asumió competencia sobre los ERE desde la entrada en vigor de la [Ley 36/2011](#), reguladora de la jurisdicción social.

³² El artículo 49.1 c) del ET fue modificado por el artículo 1.5 de la [Ley 35/2010](#).

³³ Sobre los efectos de la reforma del 2010 sobre los contratos temporales *vid.* CAMPS RUIZ, L. M.: «La reforma de la contratación...», *op. cit.*, págs. 15-46.

³⁴ La reforma de 2012 ha sido realizada, como viene siendo costumbre, en dos etapas: la primera a través de una ley de urgencia, materializada mediante el [Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero](#), y posteriormente, derivada de él, en la segunda etapa con la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), ambas enmarcadas bajo el título de medidas urgentes para la reforma del mercado.

colectivos, como medida para buscar reducir los costes de transacción de esta forma de extinción colectiva, y solo se ha mantenido para los despidos por fuerza mayor. En realidad, la reforma de 2012 sigue el mismo camino liberador de la reforma de 1994, que suprimió la autorización administrativa a los supuestos colectivos de modificación sustancial y traslados³⁵ que venía exigiendo cierto sector de la doctrina científica³⁶; por el cual se elimina el control de la autoridad administrativa, dejando únicamente el control del despido colectivo al órgano jurisdiccional, como ocurre en la vía mercantil, en los expedientes de extinción colectiva de las relaciones de trabajo en el que el empleador es el concursado³⁷.

Además, la reforma de 2012 ha reducido la indemnización por despido improcedente (de 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades, a 33 días, con un tope de 24 mensualidades) y ha suprimido los salarios de tramitación (únicamente se han mantenido en los supuestos de nulidad, en los casos en que la empresa opte por la readmisión o cuando se trate de representantes de los trabajadores, sea cual sea su opción). Si bien es cierto, estas dos últimas reformas legislativas se aplicaron con respecto al despido en general, empero inciden directamente sobre los despidos colectivos, al momento de valorizar la indemnización que corresponde ante un despido colectivo declarado improcedente.

En lo que respecta al despido exprés, el legislador ha dejado de regular en el artículo 56.2 del ET los requisitos y cargas de esta original forma de extinción sin causa³⁸. La ausencia de

³⁵ En extenso, sobre las reformas de 1994 sobre la movilidad geográfica y la modificación sustancial, *vid.* ALBIOL MONTESINOS, I.: «La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, págs. 61 y ss.

³⁶ Entre otros, MARTÍN JIMÉNEZ, R. y ALZAGA RUIZ I.: «Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 405-406; DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: *Balance de las reformas laborales y de la negociación colectiva 2010-2011 y propuestas para el empleo y la competitividad*, II Informe Instituto Cuatrecasas-Manpowergroup, pág. 8. Accesible en internet: <https://candidate.manpower.com/wps/wcm/connect/98b5fe0048da9e1dbee5becde7bd05c0/InformeInstitutoCuatrecasasManpowerGroup.pdf?MOD=AJPERES> (última consulta 30 de febrero de 2014).

³⁷ Debe recordarse que una de las novedades de la **Ley 22/2003, de 9 de julio**, fue la atribución al juez del concurso de la competencia para conocer, una vez presentada la solicitud de declaración de concurso, de los expedientes de extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado. Así, lo advierte la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de julio de 2012 (rec. núm. 1462/2012)**, FJ. 1.º, ponente: Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

³⁸ Hasta el 11 de febrero de 2012, día anterior a la entrada en vigencia del **Real Decreto-Ley 3/2012**, el artículo 56.2 del ET disponía la posibilidad de que el empresario reconociera la improcedencia del despido y que ofreciese la indemnización prevista legalmente, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de este. Asimismo, el referido precepto estatutario precisaba que la cantidad correspondiente a los salarios de tramitación quedaba limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social, salvo que dicho depósito se realizase dentro de las 48 horas siguientes

regulación legal ha generado la incertidumbre sobre la posibilidad jurídica de su utilización por parte de los empresarios. Así, aparecieron posturas que consideraron que el referido despido había sido suprimido dentro del ordenamiento jurídico español³⁹.

Ahora, si bien se han eliminado los instrumentos legales para hacer efectivo el despido exprés, sin embargo ello no quiere decir que el despido sin causa se encuentre prohibido dentro del ordenamiento jurídico español⁴⁰, en razón del principio de vinculación negativa de los particulares a las normas jurídicas, por el cual, «lo que no está prohibido, se encuentra permitido», con lo que el despido sin causa estaría «formalmente legitimado», hasta que se declare, a nuestro parecer, su evidente inconstitucionalidad.

Por consiguiente, hasta que no se produzca esto, sería posible que el empleador despidiera a un trabajador sin expresarle causa alguna y posteriormente en la audiencia de conciliación del juicio ofrecer la indemnización que la ley prevé o, en el peor de los casos, el empleador podría proponer un monto indemnizatorio menor al previsto legalmente para el despido improcedente, es decir, algo parecido a lo que permitía el artículo 56.2 del ET antes de la reforma laboral de 2012.

Del mismo modo es posible que las partes acuerden un monto indemnizatorio (equivalente, menor o mayor al establecido legalmente) para evitar un proceso judicial o para concluirlo de forma anticipada a través de una transacción extrajudicial, que regula el artículo 1.809 y siguientes del Código Civil; aunque, el artículo 82.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige que una vez presentada la demanda la transacción se formaliza mediante la comparecencia de las partes ante el órgano judicial.

Aunque, dado que ahora no existen salarios de tramitación que paralizar, el empresario que despide sin causa podría coaccionar al trabajador despedido para que acepte un monto indemnizatorio menor al establecido legalmente, al amenazarlo con esperar que los tribunales

al despido, en cuyo caso no se devengaban salarios de tramitación. Además, el reconocimiento de la improcedencia podía ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación.

³⁹ Así lo consideró el Informe Anual 2011 del Banco de España, pág. 120, aprobado el 23 de mayo de 2012. Vid. <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/11/Fich/inf2011.pdf> (última consulta 15 de mayo de 2013). Es más, el propio legislador en el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012 y, posteriormente, en la Ley 3/2012 señala que el despido exprés ha sido suprimido.

⁴⁰ GOERLICH PESET, J. M.: «El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 40-41; TORROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «Despidos individuales (disciplinarios y por causa objetivas)», en AA. VV. (dirs. Montoya Melgar, A. y García Murcia, J.), *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 245-251; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo», *TL*, 115, 2012, págs. 290 y ss.

–después de un proceso judicial, en todas las instancias– declaren el referido despido como improcedente y le condenen al pago de la indemnización prevista legalmente. Es más, la finalidad del empresario no solamente puede estar dirigida a coaccionar al trabajador despedido, sino también a los trabajadores que aún se encuentran laborando para él, pues estos concededores de lo malvado que puede llegar a ser su empleador aceptarán sin titubear la reducida indemnización que se les ofrezca al momento de ser despedidos.

No obstante, Aurelio DESDENTADO, magistrado del Tribunal Supremo, señala que en su largo ejercicio profesional nunca ha visto a «*un empresario tan malvado*» como el que relatamos⁴¹, por lo que concluye que «*es poco probable que exista*». Aunque, respetamos la opinión de tan ilustre jurista, consideramos que nunca antes el ordenamiento laboral español había posibilitado la situación que describimos, por lo que no lo vemos tan alejado de la realidad. Además, la experiencia nos ha demostrado que existen empresarios que *cosifican* al trabajador en aras de sus beneficios económicos; si no existieran empresarios maquiavélicos el legislador no habría tipificado como delitos supuestos de hecho execrables en los cuales este abusa de sus trabajadores.

Además, no solo al empleador puede interesarle retrasar el pago de la indemnización por despido improcedente, sino que también –paradójicamente– al trabajador; dado que tras la disposición final undécima de la [Ley 3/2012](#) se modificó el artículo 7 e) de la [Ley 35/2006, de 28 de noviembre](#), del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas (IRPF), eliminando de la lista de rentas exentas de tributación del IRPF a las indemnizaciones cobradas antes de la conciliación⁴². Esto ha generado que sea el trabajador el interesado en no recibir la indemnización antes del inicio de un proceso judicial, con la finalidad de evitar la retención fiscal y ver reducida aún más su indemnización por despido improcedente.

Todo esto ha conllevado que el despido sin causa deja de ser exprés, por carecer de la rapidez para solucionar el conflicto, para convertirse –al amparo del ordenamiento jurídico vigente– en algo *maquiavélico*⁴³; en razón que el empleador no solo priva al trabajador de su derecho a conocer la razón de su despido, sino también de una protección adecuada contra el mismo, al

⁴¹ Esta afirmación la realizó el referido magistrado en DESDENTADO BONETE, A.: «Fines y medios de la reforma laboral de 2012», conferencia pronunciada el 15 de julio de 2013, en el curso de verano: «La reforma laboral, a examen» (dir. Sempere Navarro, A. V.) celebrado en Aranjuez.

⁴² Esta interpretación ha sido adoptada por la Agencia Tributaria en su página web al explicar las indemnizaciones exoneradas de tributar el IRPF, tras la reforma laboral de 2012, *Vid.* http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Campanas/Renta_2012/_INFORMACION/Novedades/Novedades_legislativas_que_afectan_a_IRPF_2012/Exenciones.shtml (última consulta 14 de marzo de 2014).

⁴³ El prof. GOERLICH PESET prefiere utilizar la expresión de «terrorífico». *Vid.* GOERLICH PESET, J. M.: «El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 41.

ofrecer una indemnización reducida, por disposición legal, y retardada en el tiempo –después de un proceso judicial– por voluntad del empresario o del trabajador.

Por otro lado, a pesar del crecimiento exponencial de los despidos colectivos como mecanismo para reestructurar la plantilla de trabajadores debido principalmente a la crisis económica⁴⁴ y la eliminación de ciertos costes de transacción para despedir en los despidos colectivos, como la supresión de la autorización administrativa. La inclusión de otros costes laborales tales como: la preparación técnica de la defensa de la posición empresarial antes de la negociación, el coste del plan de recolocación, la financiación de un convenio especial (art. 51.9 ET) y/o la aportación al Tesoro Público, en el caso de que el despido colectivo incluya a trabajadores de 50 o más años de edad (art. 51.11 ET), pueden abrir la puerta para que el empresario acuda nuevamente al despido exprés, esta vez no para evitar los salarios de tramitación, sino para evadir los nuevos costes de transacción que acarrearía un procedimiento de despido colectivo⁴⁵.

5. COMENTARIO AL AUTO DE 12 DE FEBRERO DE 2014 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dicho lo anterior, estando formalmente vigente el despido sin causa resulta interesante analizar las consecuencias que los pronunciamientos judiciales tienen con respecto a su legitimación y consideración de este tipo de despidos como improcedentes, para ello nos servimos del último [Auto del Tribunal Constitucional, de 12 de febrero de 2014](#), realizando una valoración crítica.

5.1. RESUMEN DEL AUTO

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional resuelve una de las primeras cuestiones de inconstitucionalidad respecto del [Real Decreto-Ley 3/2012](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que fue elevada por el Juzgado Social de Madrid, declarando inadmitida la cuestión planteada por el Pleno mediante auto de 46 folios con importantes implicaciones para justificar la existencia formalmente constitucional del despido exprés.

⁴⁴ PÉREZ CAPITÁN, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 17. La crisis económica y financiera mundial, causada en gran medida por las malas prácticas bancarias, se originó en Estados Unidos a finales del 2008, y que se propagara rápidamente por todo el mundo es testimonio elocuente del fuerte endeudamiento de las empresas.

⁴⁵ Así lo advierte DESDENTADO BONETE, A.: «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *Actualidad Laboral*, núm. 17-18, 2012, pág. 1.789.

Para lo que nos interesa resulta trascendente destacar ciertos párrafos del pronunciamiento del tribunal que son, a todas luces, significativos. Así, en resumen, señala:

- El ámbito de las relaciones de trabajo constituye una esfera cuya configuración se difiere al legislador, con la consecuencia de que dentro de dicha configuración legal queda incluida la determinación de las técnicas y alcance de reacción frente a la extinción del contrato de trabajo.
- Con relación a dicha regulación, tanto las exigencias constitucionales como compromisos internacionales hacen que rijan el principio general de limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de forma y fondo.
- Resulta claro que no puede deducirse, entonces, un principio de libertad *ad nutum* de despido, pues el derecho del trabajo conlleva el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido, si no existe justa causa.
- La inexistencia de reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho del trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva.
- En el ordenamiento jurídico español, la determinación de esa reacción o protección queda dentro del ámbito de configuración del legislador quien legítimamente puede disponer que, en los despidos declarados improcedentes, el empresario quede sujeto a la opción entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización adecuada. Tal previsión normativa se ajusta al artículo 10 del [Convenio n.º 158 de la OIT](#) relativo a la terminación de la relación de trabajo, en el que junto con la readmisión, se contempla el pago de una indemnización adecuada como una de las posibilidades de reacción ante la extinción injustificada.
- Dentro de este margen de actuación conferida a la ley por la propia constitución se integra la facultad del legislador de decidir el establecimiento de una indemnización con elementos de cálculo tasados, la determinación de los factores a considerar y su valor numérico, así como su posible modificación normativa en un momento determinado.
- No es posible afirmar que la opción del legislador en favor de un sistema legal de indemnizaciones tasadas por despidos se encuentre falta de fundamento, en atención a las razones que pueden justificar objetivamente la elección de este sistema: en concreto la eliminación de dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica. Tampoco carece de fundamento la determinación de los factores de cálculo para la indemnización por despido improcedente (salario y tiempo de servicio del trabajador en la empresa) ni la aplicación de un elemento multiplicador prefijado por ley. Ello en atención a lo dispuesto en el [Convenio n.º 158 de la OIT](#) que se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de una indemnización adecuada sin precisar elementos de determinación.

- La variación introducida por el [Real Decreto-Ley 3/2012](#) en el factor multiplicador y en el tope máximo de la indemnización por despido improcedente (de 45 días con un tope de 42 mensualidades a 33 días con un tope de 24 mensualidades), no cuestionándose directamente en el auto los valores numéricos tasados, sino únicamente su carácter tasado y su modificación, no resultaría arbitrario, pues la posibilidad de atribuir valores tasados a los elementos de cálculo de la indemnización adecuada por despido improcedente, así como la de proceder a su revisión normativa, son facultades que quedan dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador.
- En lo que respecta a la vulneración del artículo 24.1 de la [Constitución Española](#) (CE), el tribunal considera que el contenido de este artículo se sitúa en un plano distinto al de la determinación de régimen indemnizatorio de la extinción, sin que quepa confundir el contenido material de la protección contra el despido establecido legalmente en un momento dado, con la tutela judicial efectiva que de esa protección puede obtener el trabajador en vía judicial. Desde esta perspectiva ningún impedimento existe en la norma para que los trabajadores interpongan la correspondiente acción de despido ante los tribunales y obtengan una sentencia en la que se declaren las consecuencias previstas previamente por el legislador en función de la calificación de la extinción.
- En lo que se refiere a la limitación del pago de los salarios de tramitación a la opción por la readmisión no extendiéndolos a la indemnización, el tribunal, basándose en un pronunciamiento similar contenido en la [Sentencia 84/2008, de 21 de julio](#), señala que ambas situaciones no son del todo homogéneas, sino antes lo contrario, totalmente diferentes. En uno de los casos se mantiene en vigor la relación laboral entre la empresa y el trabajador entendiendo, a partir de la declaración de improcedencia del despido y de la opción por la readmisión, que dicha relación se ha mantenido igualmente en vigor, sin solución de continuidad, entre las fechas del despido y la readmisión. En el segundo de los casos, la relación laboral queda definitivamente extinguida con efectos desde la fecha de despido. Ante estos presupuestos distintos, el reconocimiento de los salarios de tramitación en la opción de la readmisión y su omisión en la opción por la indemnización no suponían un diferencia de trato desproporcionada o irrazonable.

5.2. CUESTIONES DOCTRINALES IMPORTANTES

5.2.1. Derecho del trabajo, ¿derecho fundamental?

La CE en su artículo 53.1.2 ha previsto diversos niveles de protección jurisdiccional que divide los derechos constitucionalmente reconocidos en dos grandes grupos:

- Los derechos protegidos a través del recurso de inconstitucionalidad que, además, gozan de la protección que otorga la garantía del respeto a su contenido esencial y vinculan directamente a todos los poderes públicos (art. 53.1).
- Y aquellos que, contando con todas las garantías anteriormente mencionadas, permiten a sus titulares ejercer su tutela jurisdiccional a través de un procedimiento ante los tribunales ordinarios basado en el principio de preferencia y sumariedad siendo posible la interposición del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial ordinaria (art. 53.2).

El primer grupo está conformado por los derechos contenidos en el capítulo II de la CE, es decir, los comprendidos del artículo 14 al 38. El goce de las prerrogativas del segundo grupo estará restringido a los derechos contenidos en los artículos 14 y 30.2 y toda la sección 1 del capítulo II del título primero de la norma constitucional.

Esta división ha generado un cruento debate sobre si se reconocen o no como derechos fundamentales los contenidos en la sección segunda del capítulo II de la CE.

Se considera que esta distinción procesal no es suficiente para descalificar a los artículos comprendidos en la sección antes mencionada como derechos fundamentales. La razón radica en que ambas secciones del capítulo II reconocen formas de desarrollo individual y social de las personas. La conjunción de estas dos secciones es expresión de la doble dimensionalidad, subjetiva e institucional, de los derechos contenidos en este capítulo, lo que denota su naturaleza fundamental. Por ello, el artículo 53.1 de la CE beneficia, con la garantía del respeto al contenido esencial y la vinculación a los poderes públicos, al conjunto los derechos comprendidos en el capítulo II otorgándoles, a todos ellos, con esta protección constitucional y vinculación directa a los poderes del Estado, la calidad de derechos fundamentales⁴⁶.

En consecuencia, los derechos comprendidos dentro del capítulo II, sección II, como, por ejemplo, el derecho al trabajo, a una remuneración suficiente (art. 35) y la libertad de empresa (art. 38) sí constituyen derechos fundamentales, no obstante, la protección constitucional de la que gozan no les permita acudir a un proceso sumario y preferente o a un recurso de amparo cuya pretensión consista en su directa defensa⁴⁷; aunque siguen disfrutando de la garantía del contenido esencial, la vinculación a los poderes públicos y el recurso de inconstitucionalidad.

⁴⁶ Vid. ABA COTOIRA, A.: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 36-37; MARTÍNEZ PUJALTE LÓPEZ, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de Sánchez Dávalos, L. R. y presentación de Eguiguren Praeli, F., Trujillo: Tabla Editores, 2005, págs. 172-180. Posiciones contrarias a esta postura: Vid. PÉREZ TREMPES, P.: «Los derechos fundamentales», en AA. VV., *Derecho constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pág. 143.

⁴⁷ Al respecto vid. CAMPS RUIZ, L. M.: «Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Valencia: Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1980, pág. 141.

5.2.2. Delimitación del derecho del trabajo y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Una limitación adecuada del derecho del trabajo supone no ignorar las pautas interpretativas que ofrece la propia Constitución atendiendo, no solo al precepto que recoge el derecho fundamental, sino también a la finalidad a la que obedece y aquellos otros preceptos de derecho fundamental que puedan contribuir a dotarlo de sentido⁴⁸.

Para ello, resulta absolutamente necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 10.2 de la CE que dispone que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España sirven para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce.

En este sentido, todos los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, independientemente de su lugar de ubicación en el texto constitucional, deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre esta materia. Este canon hermenéutico garantiza el respeto y protección, por parte de los poderes públicos, de los derechos constitucionalmente reconocidos, pues la interpretación acorde a los tratados internacionales supone, por ejemplo, que los órganos jurisdiccionales tiendan a conseguir, al momento de resolver, su máxima efectividad⁴⁹.

Asimismo, el artículo 96 de la CE dispone que «*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*».

Estas disposiciones constitucionales hacen que la interpretación de los preceptos fundamentales, a la luz de los tratados internacionales, vinculen a los poderes públicos quienes deberán proteger y promover el contenido que de esta interpretación se derive y evitar los obstáculos que impidan su ejercicio teniendo en cuenta que, muchas veces, el contenido de lo pactado en las normas internacionales ampliará el criterio interpretativo de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución⁵⁰.

⁴⁸ Sobre la delimitación de los derechos fundamentales *vid.* DE DOMINGO PÉREZ, T.: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001, págs. 342-343.

⁴⁹ En este sentido SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen Jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas», *Revista de Política Social*, núms. 130 y 131, 1981, pág. 111. Posición en contrario MOLERO MANGLANO, C.: *El sistema normativo*, Madrid: Colex, 1987, págs. 130-131.

⁵⁰ ALONSO OLEA M. y CASAS BAAMONTE, M.^a E.: *Derecho del trabajo*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, págs. 621-622.

Por ejemplo, en virtud del artículo 4 del [Convenio n.º 158 de la OIT](#) –ratificado por el Estado Español desde 1982 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 29 de junio de 1985–⁵¹ el derecho al trabajo no solo estaría referido a la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, sino también a no ser despedido sin justa causa⁵². En consecuencia, el derecho fundamental del trabajo queda ampliado en su extensión por la incorporación del Convenio n.º 158, que establece el compromiso de interdicción del despido *ad nutum*, en el derecho interno español incluyendo, dentro de su contenido constitucional, la necesidad de motivar las causas que originan el despido.

Si se piensa detenidamente, la razón de la inclusión de un despido motivado dentro del contenido del derecho fundamental al trabajo radica en que la decisión inmotivada del empleador por el despido origina verdaderas lesiones a la dignidad de los trabajadores afectando, directamente, su desarrollo personal y profesional. En este sentido, la manifestación o expresión de las causas que justifican el despido constituye un bien humano jurídicamente protegible, un derecho fundamental de los trabajadores.

Como derecho fundamental, la debida motivación del despido posee una doble dimensión individual y objetiva o institucional. La dimensión individual del derecho a un despido justificado permite a los trabajadores exigir que sus empleadores expresen los motivos que fundamentan su decisión, con el fin de identificar si los mismos se ajustan, material y formalmente, a derecho. De esta manera se garantiza que la decisión del empleador no constituye un abuso, sino que es producto de un análisis, detallado y razonado, que justifica la decisión tomada. Por su parte, en su dimensión institucional, la debida motivación de la decisión del empleador por el despido sirve como medio de referencia para tener constancia de que la actuación realizada por la empleadora no constituye un acción arbitraria disminuyendo, con ello, la litigiosidad de esta difícil decisión y contribuyendo a la economía procesal, lo que beneficia a toda la comunidad política.

Así, la no motivación del despido impide la reacción procesal del trabajador frente a la extinción de la relación laboral por parte del empresario, siendo este uno de los aspectos básicos del derecho del trabajo en relación directa con el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto no se le ha informado al trabajador de las razones por las cuales tal extinción se ha producido y, en consecuencia, se encuentra imposibilitado de defenderse adecuadamente en los tribunales⁵³. Por

⁵¹ El [Convenio n.º 158 de la OIT](#) fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 155 de 29 de junio de 1985.

⁵² En el mismo sentido se expresa la [STC 22/1981 de fecha 2 de julio](#) al señalar en su FJ 8.º que «*el derecho al trabajo (...) en su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedido si no existe una justa causa*». Igualmente *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A.: «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española», en AA. VV., *Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución. Ponencias revisadas presentadas en el Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales mayo-junio de 1979*, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1980, pág. 202.

⁵³ [STC 20/1994, de 27 de enero](#), FJ 2.º. En el mismo sentido *vid.* BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta, 2009, pág. 55.

ello, el punto V del preámbulo de la [Ley 3/2012](#), *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, señala que el despido exprés o despido sin expresión de causa vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al reconocer que dicha forma de extinción genera inseguridad en el trabajador e imposibilita su impugnación⁵⁴.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al señalar que la falta de conocimiento del trabajador demandante de las razones que fundan su despido imposibilita, en sí mismo, el ejercicio de un debate contradictorio, descartando cualquier posibilidad de ejercicio de contradicción judicial violándose el derecho al acceso efectivo a un tribunal, contemplado en el artículo 6.1 del [Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales](#), ratificado por España el 10 de octubre de 1979⁵⁵.

La no motivación de las razones del despido constituye, entonces, una vulneración al derecho fundamental de los trabajadores a la tutela judicial efectiva no solo reconocida por las normas internacionales, antes señaladas, sino también por el artículo 24 de la [CE](#) y que goza, por ello, no solo de la protección a través del recurso de inconstitucionalidad y la garantía del respeto a su contenido esencial vinculando directamente a los poderes públicos, sino que también permitiría a sus titulares ejercer su tutela jurisdiccional a través de un procedimiento ante los tribunales ordinarios basado en el principio de preferencia y sumariedad siendo posible la interposición del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial ordinaria y de esta forma declarar judicialmente su inconstitucionalidad.

5.2.3 Contenido del derecho a no ser despido injustificadamente de acuerdo al Convenio n.º 158 de la OIT

El [Convenio n.º 158](#) es un tratado de derecho *non self-executing*⁵⁶, es decir, un disposición internacional que, aun formando parte del derecho interno, necesita de «*medidas legislativas*» nacionales para su aplicación en España. Ahora, ello también supone que en el derecho interno se encuentra prohibido regular de forma contraria a lo contenido en esta norma internacional.

⁵⁴ Lo argumentado por el preámbulo de la Ley 3/2012 ya había sido sustentado por un sector de la doctrina científica: MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 516.

⁵⁵ *Vid.* STEDH de 20 de octubre 2009, Caso Lombardi Vallauri contra Italia, fundamentos 54, 71, 72.

⁵⁶ Así lo dispone en su artículo 1: «*Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional*». Al respecto *vid.* ALONSO OLEA, M.: «Sobre la forma del despido en relación con el convenio (de la OIT, n.º 158, Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo», *Documentación Laboral*, núm. 20, 1986, pág. 45. Posición contraria sobre el carácter *non self-executing* del Convenio n.º 158 *vid.* GALIANA MORENO, J.: «El convenio 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 4, 1986, pág. 104.

El artículo 10 del [Convenio n.º 158 de la OIT](#) establece que si se llega «a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada».

Del contenido de este artículo es posible deducir lo siguiente: que el despido injustificado debe ser legalmente protegido a través de dos medios: la reposición en el cargo y, en su defecto, la indemnización, formando parte esta protección de su contenido esencial y que será el legislador el encargado de establecer el efecto que el despido injustificado tenga en su ordenamiento jurídico, que será la indemnización, siempre y cuando la legislación o las prácticas nacionales consideraran posible anular la terminación y ordenar la reposición del trabajador.

Ahora llegados a este punto es importante recordar que el [Estatuto de los Trabajadores](#) regula el despido injustificado clasificándolo en dos tipos: el despido improcedente, aquel que se produce cuando el empleador no puede probar o demostrar, en el proceso judicial, las causas que le han sido imputadas al trabajador como razones de la extinción de la relación laboral (artículo 56), y el despido nulo, 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).

5.2.4. Dimensión prestacional del derecho del trabajo

Los poderes públicos en virtud de lo establecido en el artículo 9.2 de la [CE](#) tienen la obligación de realizar acciones positivas con la finalidad de promover y proteger el ejercicio de los derechos fundamentales y de remover cualquier obstáculo que obstruya su legítimo ejercicio. El carácter constitucional de estas obligaciones sujeta directamente a los poderes públicos (art. 9.1), y, por ello, no pueden ser consideradas obligaciones meramente discrecionales o programáticas, al contrario, suponen auténticas obligaciones jurídicas cuyo carácter plenamente vinculante se encuentra reconocido en el artículo 53.1 del texto constitucional.

La legislación laboral no es ajena a esta obligatoriedad jurídica, al contrario, debe suponer la materialización efectiva, por parte del Poder Legislativo, de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales de los trabajadores. Cualquier exclusión o regulación irrisoria o irracional de medidas comprendidas dentro de esta dimensión resulta en consecuencia inconstitucional⁵⁷.

⁵⁷ En el mismo sentido: MARTÍNEZ PUJALTE, A. L.: «Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión», en Martínez Pujalte López, A. L. y De Domingo Pérez, T.: *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada: Comares, 2011, pág. 149.

Así, aunque determinados derechos no sean calificados en la CE como fundamentales, al resultar absolutamente necesarios para la ejecución material y efectiva de un derecho fundamental, deben ser regulados por el Estado quien deberá brindarles el marco jurídico legal necesario para convertirlos en reales derechos subjetivos. Ello, sin embargo, no deja de tener inconvenientes, pues la reserva legal implica dejar al legislador ámbitos de discrecionalidad que exigen tener en cuenta criterios de oportunidad, tanto para la generación de la norma, como para su contenido.

Esto sucede con los principios rectores referidos a materias laborales como los recogidos en el artículo 40 de la CE como, por ejemplo, la limitación de la jornada laboral, vacaciones retribuidas, descanso necesario, seguridad e higiene en el trabajo, etc., o –reconocido como parte del contenido esencial del derecho al trabajo una adecuada protección contra el despido materializada a través de la opción entre la readmisión y la indemnización, si el legislador se decide por esta última– el derecho a un monto indemnizatorio adecuado, de acuerdo a lo establecido en el [Convenio n.º 158](#), que remite al legislador la fijación de su cuantía teniendo en cuenta, entre otras cosas, el tiempo de servicios y el monto del salario⁵⁸.

Ahora, la posibilidad de atribuir valores tasados a los elementos de cálculo de algún derecho de esta naturaleza son facultades que no pueden depender de un juez, pues este no cuenta con potestad legislativa, por ello a ningún tribunal le compete pronunciarse sobre las bondades técnicas o idoneidad de la norma para alcanzar los fines que pretende conseguir o valorar la existencia de alternativas más apropiada. El pronunciamiento de los tribunales debe limitarse a criterios de validez, es decir, a determinar si las decisiones tomadas por el legislador, con respecto a los específicos montos, no resulten, en tal grado, irrazonables o irrisorios que vacíen de contenido el derecho que pretenden desarrollar a partir del cálculo establecido como criterio legal de cuantificación del derecho; pero no la oportunidad, ni eficacia de la medida tomada⁵⁹.

6. CRÍTICA AL AUTO DE 12 DE FEBRERO DE 2014 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.1. SOBRE EL DESPIDO *AD NUTUM*

El Tribunal Constitucional empieza señalando que el ámbito de las relaciones de trabajo constituye una esfera cuya configuración se difiere al legislador, con la consecuencia de que

⁵⁸ Artículo 12 del [Convenio n.º 158 de la OIT](#).

⁵⁹ *Vid.* [STC 237/2012, de 13 de diciembre](#), FJ 6.º y 7.º.

dentro de dicha configuración legal queda incluida la determinación de las técnicas y alcance de reacción frente a la extinción del contrato de trabajo.

Con relación a dicha regulación, continúa el tribunal, tanto las exigencias constitucionales, como compromisos internacionales hacen que rija el principio general de limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de forma y fondo.

Para el tribunal resulta claro que no puede deducirse, entonces, un principio de libertad *ad nutum* de despido, pues el derecho del trabajo conlleva el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despido, si no existe justa causa, es más, la inexistencia de reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del Derecho del Trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva.

Así, afirma que en el ordenamiento jurídico español, la determinación de esa reacción o protección queda dentro del ámbito de configuración del legislador quien legítimamente puede disponer que, en los despidos declarados improcedentes, el empresario quede sujeto a la opción entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización adecuada. Tal previsión normativa se ajusta al artículo 10 del [Convenio n.º 158 de la OIT](#) relativo a la terminación de la relación de trabajo, en el que junto con la readmisión, se contempla el pago de una indemnización adecuada como una de las posibilidades de reacción ante la extinción injustificada.

Con respecto a estos argumentos sería importante señalar que si bien es cierto el Tribunal Constitucional no se equivoca al afirmar que le corresponde al legislador establecer los efectos del despido injustificado, ni tampoco incurre en error al señalar que en virtud del [Convenio n.º 158](#) se establece un compromiso de interdicción del despido *ad nutum*, olvida que en el ordenamiento jurídico español, como ya hemos dicho, se regulan dos tipos de despido injustificado: el improcedente, cuando el empleador no pueda acreditar las causas de despido en juicio, cuyo efecto puede ser, a elección del empleador, la indemnización o la reposición del trabajador, en este último caso, con pago de los salarios de tramitación, y el despido nulo, cuando, entre otras causas, la extinción de la relación laboral se produzca con vulneración de los derechos fundamentales, cuyo efecto es la reposición del trabajador en el puesto de trabajo con el consecuente pago de los salarios de tramitación.

Si, como ya hemos señalado, el despido exprés debe ser calificado como despido vulnerador de los derechos fundamentales al trabajo, en tanto el contenido esencial del derecho al trabajo incluye también la proscripción de un despido sin causa o despido *ad nutum*, y del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el no comunicarle al trabajador las razones de su despido le imposibilita a contradecir la extinción de la relación laboral en juicio al desconocer las razones o causas que motivaron su despido, lo que le deja en un evidente estado de indefensión vaciando de contenido el ejercicio efectivo del derecho del trabajo, el único efecto posible, según el propio ordenamiento jurídico español, sería la calificación del despido exprés como despido nulo.

Además, como el propio Tribunal Constitucional señala, es de aplicación el artículo 10 del referido **Convenio n.º 158**, norma internacional *non self-executing* que impide al ordenamiento jurídico regular⁶⁰ o interpretar una norma interna, en contrario⁶¹.

Este artículo establece que si se *«llega a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada»*.

De este artículo se deduce que si existe en la legislación interna la posibilidad de readmitir al trabajador frente a una causa injustificada de despido, el ordenamiento jurídico del país deberá hacerlo. En consecuencia, dado que el caso del despido incausado o *ad nutum* vulnera, como ya hemos dicho, el derecho fundamental al trabajo y a la tutela judicial efectiva, debe procederse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55.5 del **ET**, dándole el efecto de despido nulo y no otro distinto e insuficiente, en tanto corresponde a otro tipo de despido: el improcedente, que se limita a no acreditar el incumplimiento alegado por el empresario, sin que la extinción de la relación laboral se produzca con vulneración de derechos fundamentales.

6.2. DESPIDO IMPROCEDENTE: INDEMNIZACIÓN TASADA Y REGLA DEL CÁLCULO

El carácter de derechos fundamentales de los derechos en cuestión frente a un despido *ad nutum* hace que exista entre este supuesto y el de la existencia de un sistema tasado de indemnización y su modificación de 45 días con un tope de 42 mensualidades a 33 días con un tope de 24 mensualidades una notable diferencia, pues mientras en el primer caso, la característica de su protección deviene de la propia constitución y, por tanto, producido el supuesto de hecho de un despido sin expresión de causa, lo que corresponde, indefectiblemente, es darle el efecto que el propio ordenamiento jurídico da a los despidos vulneradores de derechos fundamentales, en razón de los argumentos antes esgrimidos; el caso de las indemnizaciones tasadas, para el despido improcedente y sus reglas de cálculo es una cuestión meramente legal, se basa exclusivamente en criterios de oportunidad y efectividad del legislador y, por ello, el **Convenio n.º 158 de la OIT** se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de una indemnización adecuada sin precisar elementos de determinación.

⁶⁰ Artículo 1 del **Convenio n.º 158**: Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional.

⁶¹ Artículo 10.2 de la **CE**.

En este sentido, no cuestionándose directamente, el Auto, los valores numéricos tasados, sino únicamente su carácter tasado y su modificación, es correcta la apreciación del tribunal al afirmar que es una facultad legal del legislador establecer el factor multiplicador y el tope máximo de la indemnización por despido improcedente, así como la de proceder a su revisión normativa.

Ahora, ello no significa que no existan razones jurídicas que permitan a los órganos jurisdiccionales analizar la racionalidad de la medida modificatoria del factor multiplicador y tope máximo de las remuneraciones como criterio de cálculo de la indemnización establecida por el legislador con el fin de determinar que no resulta irrisoria y, en consecuencia, vacíe de contenido al derecho que a través de estas reglas de cálculo pretende ser el medio para su ejercicio, en este caso, el de la indemnización por despido improcedente. Por ello, hubiera resultado interesante que el tribunal desarrolle el test de proporcionalidad con la finalidad de determinar si el pago de la indemnización resulta, pese a su modificación, efectivamente razonable.

6.3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En lo que respecta a la vulneración del artículo 24.1 de la CE, el tribunal considera que el contenido de este artículo se sitúa en un plano distinto al de la determinación de régimen indemnizatorio de la extinción, sin que quepa confundir el contenido material de la protección contra el despido establecido legalmente en un momento dado, con la tutela judicial efectiva que de esa protección puede obtener el trabajador en vía judicial. Desde esta perspectiva ningún impedimento existe en la norma para que los trabajadores interpongan la correspondiente acción de despido ante los tribunales y obtengan una sentencia en la que se declaren las consecuencias previstas previamente por el legislador en función de la calificación de la extinción.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional no incurre en error al afirmar que al ser una decisión del legislador optar por alguna de las dos opciones, indemnización o reposición, como medio de protección contra el despido injustificado, decidiendo una de ellas, no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se sitúa en un momento posterior y distinto; es decir, ya calificado por el legislador el efecto del despido injustificado, el trabajador ejercerá la acción de despido ante los tribunales y obtendrá una sentencia en la que se declare, efectivamente, las consecuencias previstas por el legislador.

Ahora, lo que el tribunal olvida es que la calificación del despido injustificado en el ordenamiento jurídico español puede ser de improcedencia o de nulidad, ambas con efectos jurídicos distintos, la primera con la posibilidad de indemnizar o readmitir en el cargo y la segunda con la readmisión inmediata del trabajador; esta última calificación no devine, en sentido estricto de la ley, sino de la trasgresión de un derecho constitucionalmente reconocido como fundamental.

Si ello es así, producido un despido presuntamente injustificado, lo que corresponde es encuadrarlo dentro de alguna de las dos calificaciones antes mencionadas. Así, si el despido *ad nutum*, en sí mismo, constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al dejar

en un estado de indefensión tal al trabajador que no le permite contradecir las razones de su despido, pues desconoce las causas que originaron la extinción de la relación laboral y ello supone, en toda regla, un entorpecimiento sustantivo del ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia al no permitirle accionar fundadamente contra el empleador, al dejarlo desprovisto de toda argumentación de hecho y de derecho al desconocer las razones de su despido, su calificación no puede ser otra que la de despido nulo y, por lo tanto, la demanda interpuesta por el trabajador debe ser en estos términos para tener el efecto que le corresponde de acuerdo a lo establecido en el artículo 55.6 del ET.

Dichas así las cosas calificar el despido *ad nutum* como improcedente, sea legal o jurisprudencialmente, resulta inconstitucional al empeorar la situación de indefensión del trabajador y vaciar de contenido el carácter tuitivo del derecho del trabajo, pues su defensa en juicio, frente al despido sin expresión de causa, no obtendría de los tribunales el efecto que está previsto legalmente para los despidos vulneradores de derechos fundamentales, calificación sustantiva de la cual no puede ser desprovisto legalmente el despido *ad nutum* al devenir de una contradicción a la propia Constitución y, por ello, el trabajador afectado con este tipo de despido debería obtener legal y judicialmente la consecuencia de un despido nulo y no la de un despido improcedente; resolver como improcedente un despido nulo supone también una contradicción material al derecho a la tutela judicial efectiva pues no se obtiene el resultado que jurídicamente le corresponde al constituir una lesión a un derecho fundamental, pues el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende solo el derecho a acceder a los tribunales, sino también a obtener una sentencia ajustada a derecho.

6.4. SOBRE LA LIMITACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN

En lo que se refiere a la limitación del pago de los salarios de tramitación a la opción por la readmisión no extendiéndolos a la indemnización, el tribunal señala que ambas situaciones no son del todo homogéneas, sino antes lo contrario, totalmente diferentes. En uno de los casos se mantiene en vigor la relación laboral entre la empresa y el trabajador entendiendo, a partir de la declaración de improcedencia del despido y de la opción por la readmisión, que dicha relación se ha mantenido igualmente en vigor, sin solución de continuidad, entre las fechas del despido y la readmisión. En el segundo de los casos, la relación laboral queda definitivamente extinguida con efectos de la fecha de despido. Ante estos presupuestos distintos, el reconocimiento de los salarios de tramitación en la opción de la readmisión y su omisión en la opción por la indemnización no suponían una diferencia de trato desproporcionada o irrazonable⁶².

⁶² En el mismo sentido *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La eliminación de los salarios de tramitación y su ajuste constitucional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012, BIB 2012\622.

Con respecto a este punto cabe hacer una aclaración importante, en primer lugar, como ya hemos dicho, la adecuada protección contra el despido puede materializarse de dos maneras: a través de la readmisión del trabajador o de una indemnización adecuada, de acuerdo al artículo 10 del [Convenio n.º 158 de la OIT](#) ratificado por el Gobierno español el 26 de junio de 1985.

La posibilidad de pagar salarios de tramitación no se encuentra dentro del contenido de la adecuada protección contra el despido injustificado, y por ello su exclusión legislativa, en el caso del despido improcedente, como un adicional del monto indemnizatorio, no implica incurrir en inconstitucionalidad, al suponer un plus adicional de protección por parte del legislador que, solo una vez incluido dentro de la norma, resulta plenamente exigible.

En segundo lugar, resulta pertinente, también, hacer una aclaración sobre la vigencia de la relación laboral, tanto en el despido improcedente como en el despido nulo. En el despido improcedente se presume la existencia de una causa justa de despido que debe ser probada en juicio por el empleador; la consecuencia, lógica y jurídica, de este tipo de despido, entonces, es la extinción de la relación laboral, independientemente de, si no probada la causa que justificó el despido, el efecto sea el indemnizatorio o el de reposición del trabajador en su puesto de trabajo. Por ello, en ninguno de los dos casos (indemnización o reposición) deviene sustancial o naturalmente la necesidad del pago de salarios de tramitación, salvo, como ya hemos dicho, que el propio legislador lo disponga.

Cosa distinta sucede en el caso del despido nulo, porque en este tipo de extinción de la relación laboral, lo que se presume, en razón de los indicios presentados por el trabajador, es una actuación ilícita del empresario que lesiona los derechos fundamentales y que deberá desacreditar. Esta presunción de una actuación contraria al ordenamiento hace que el efecto de no probar en juicio su actuación lícita sea la nulidad del despido y, por ende, su inexistencia jurídica, lo que ocasiona que la relación laboral se mantenga vigente durante todo el desarrollo del proceso y por ello tenga como consecuencia la reposición del trabajador y el pago de los salarios de tramitación. Así, el pago de salarios de tramitación en caso de despido nulo no deviene en sentido estricto de una imposición legal, sino del natural efecto de la nulidad de un acto jurídico.

Dichas así las cosas, el pago de los salarios de tramitación, solo en casos de reposición y no indemnizatorio, afecta al despido *ad nutum* en tanto se permite legal o judicialmente su calificación como despido improcedente y no de despido nulo, pues convierte al despido *ad nutum*, como ya dijimos, en maquiavélico al no tener el efecto jurídico que le corresponde sustancialmente. Así, si se le calificara adecuadamente, el pago o no de salarios de tramitación en el despido improcedente resultaría del todo intrascendente para el despido sin causa, pues su efecto, al ser calificado como despido vulnerador de derechos fundamentales, siempre sería la nulidad con sus efectivas consecuencias: la reposición del trabajador y el pago de salarios de tramitación⁶³.

⁶³ Por ello, con anterioridad, el Tribunal Constitucional había creado la figura del despido radicalmente nulo para calificar al despido vulnerador de los derechos fundamentales, como sería el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto *vid.* SSTC de [27 de marzo de 1985 \(rec. núm. 811/1983\)](#); [21 de enero de 1988 \(rec. núm. 1221/1986\)](#).

7. CONCLUSIONES

1. De todas las medidas de reestructuración previstas en el ordenamiento jurídico, los empresarios acuden generalmente a los contratos temporales y al despido exprés.
2. El despido exprés o *ad nutum*, pese a las modificaciones legislativas, sigue vigente en el ordenamiento jurídico español pues al existir una vinculación negativa a la ley y al derecho por parte de los particulares, el despido exprés, al no ser declarado inconstitucional, ni legal, ni judicialmente, se encontraría formalmente legitimado por el ordenamiento, más aún cuando existen ciertas disposiciones legislativas que lejos de buscar su efectiva eliminación parecen promover su uso por parte de los empresarios.
3. En el despido *ad nutum* el empleador no fundamenta las razones para extinguir el contrato de trabajo; convirtiendo esta decisión empresarial en arbitraria y privando al trabajador de la posibilidad de ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 24 CE), en vista de que no puede defenderse de una causa que desconoce, vulnerando con ello el derecho al trabajo, cuyo contenido no solo se basa en el derecho a acceder a un puesto de trabajo, sino, también, en mantenerse en el mismo y, por ello, de no ser despedido sin justa causa (imputable al trabajador o por una causa objetiva ajena a las partes). Esto se deduce del espíritu del artículo 35 de la CE, en concordancia con el [Convenio n.º 158 de la OIT](#), el mismo que fue ratificado por España el 18 de febrero de 1985 y publicado en el BOE el 29 de junio del mismo año, que reconocen la necesidad de una causa justa para proceder al despido de un trabajador. Por lo tanto, la ausencia de causa justa vulnera los derechos de tutela jurisdiccional efectiva y al trabajo⁶⁴.
4. Ahora, el hecho de que la legislación laboral, desde la Ley de Procedimiento de Laboral de 1990, estableciera que el despido incausado no acarrea la nulidad, sino la improcedencia, no desvirtúa lo argumentado, pues la nulidad de este tipo de despido deviene de la [Constitución](#) y del [Convenio n.º 158 de la OIT](#), y no de la regulación legal.
5. Como hemos visto, ni el propio Tribunal Constitucional otorga la calificación sustancial que le corresponde como despido nulo al despido *ad nutum* y, en conse-

Y, del mismo modo, el Tribunal Supremo consideró el despido por inexistencia de causa o con causa ficticia como despido nulo. Al respecto *vid.* SSTs de 1 de febrero de 1984; 25 de marzo de 1985; 2 de junio de 1986; 20 de febrero de 1989.

⁶⁴ Ahora bien, este razonamiento no podría ser aplicable a la regulación del desistimiento del empresario en las relaciones especiales de alta dirección del artículo 11 del RDPAD; pues, en esta relación jurídica especial, existe una causa justa de despido que es la pérdida de confianza en el que se basa la relación de alta dirección y al perderse la confianza es lógico que se extinga el contrato de alta dirección.

cuencia, dado que, como hemos visto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí reconoce como fundamental el derecho a motivar las causas del despido, en virtud de lo previsto en el artículo 6.1 de la Convención sobre Derechos Humanos y Libertades Públicas solo queda acudir a este Alto Tribunal internacional para obtener la calificación jurídica que corresponde.

Bibliografía

- AA. VV. [2004]: (dir. Sempere Navarro, A. V., coord.: Martín Jiménez, R.) *Los contratos de trabajo temporales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- ABA CATOIRA, A. [1999]: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALONSO OLEA, M. [1986]: «Sobre la forma del despido en relación con el convenio (de la OIT, núm. 158, Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo», *Documentación Laboral*, núm. 20.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONTE, M.^a E. [1995]: *Derecho del trabajo*, Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- ALBIOL MONTESINOS, I. [1994]: «La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 43.
- BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. [2009]: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta.
- BLASCO PELLICER, A. [2010]: «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el DRL 10/2010», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CÁMARA BOTÍA, A. [1999]: «Idea de Derecho del Trabajo», en AA. VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor J. A. Sagardoy Bengoechea*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- CAMPS RUIZ, L. M. [2010]: «La reforma de la contratación temporal», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- [1980]: «Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral», en AA. VV. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Valencia: Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valencia.
- DE DOMINGO PÉREZ, T. [2001]: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: *Balance de las reformas laboral y de la negociación colectiva 2010-2011 y propuestas para el empleo y la competitividad*, II Informe Instituto Cuatrecasa-Manpower-

group. Accesible en internet: <https://candidate.manpower.com/wps/wcm/connect/98b5fe0048da9e1dbee5becde7bd05c0/InformeInstitutoCuatrecasasManpowerGroup.pdf?MOD=AJPERES> (última consulta 30 de mayo de 2013).

DESDENTADO BONETE, A. [2013]: «Fines y medios de la reforma laboral de 2012», conferencia pronunciada, el 15 de julio de 2013, en el curso de verano *La reforma laboral, a examen* (dir. Sempere Navarro, A. V.), celebrado en Aranjuez.

— [2012]: «Los despidos económicos tras la reforma de la ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *AL*, núm. 17-18, 2012.

— [2011]: «Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: El sistema, su crisis y los límites de la reforma», en AA. VV. (dir. Desdentado Bonete, A., coord. Puebla Pinilla, A.) *Despidos y crisis económicas. Los despidos económicos tras la reforma laboral: Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011.

DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2010]: «La reforma del despido en la Ley 35/2010», en AA. VV. (dirs. García Perrote Escartín I. y Mercader Uguina, J. R.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid: Lex Nova.

GALIANA MORENO, J. [1986]: «El convenio 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 4.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. [2012]: «La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo», *TL*, núm. 115.

GOERLICH PESET, J. M. [2012]: «El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general», en AA. VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ GANDÍA, J. V. [2012]: «Contratación laboral», en AA. VV. (coord. Camps Ruiz, L. M. y Ramírez Martínez, J. M.) *Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

LYON-CAEN, G. [1988]: *Droit du Travail*, París: Dalloz.

MARTÍN JIMÉNEZ, R. y ALZAGA RUIZ, I. [2010]: «Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro, A. V.), *La reforma laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

— [2010]: «Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

MARTÍN VALVERDE, A. [1980]: «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española», en AA. VV., *Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*. Ponencias revisadas presentadas en el simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales mayo-junio de 1979, Madrid: Centro de Estudios constitucionales.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. [2011]: «Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión», en Martínez Pujalte, A. L. y De Domingo Pérez, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada: Comares.

— [2005]: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trujillo: Tabla Editores.

- MOLERO MANGLANO, C. [1987]: *El sistema normativo*, Madrid: Colex.
- MOLERO MANGLANO, C.; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.; LÓPEZ ÁLVAREZ, M.^a J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. [2008]: *Manual de Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- MOLINA NAVARRETE, C. [2013]: «Las primeras reacciones judiciales a la flexibilidad externa: la crítica doctrina judicial sobre despidos colectivos», en AA. VV., *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012. ¿Aplicación o recreación?*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- MONEREO PÉREZ, J. L. [2006]: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada: Comares.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. [2011]: «Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral», en AA. VV. (dirs. y coords., Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. A.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada: Comares.
- MONTOYA MELGAR, A. [2012]: «La reforma laboral de 2012: Los fines y los medios», en AA. VV. (dirs. Montoya Melgar, A. y García Murcia, J.), *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO A. V. y RÍOS SALMERÓN, B. [2005]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C. [2012]: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ CAPITÁN, L. [2013]: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- PÉREZ TREMPES, P. [2002]: «Los derechos fundamentales», en AA. VV., *Derecho constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SEOANE GARCÍA, A. [2009]: «... Y luego dicen que el despido es caro», *RDS*, núm. 45.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. [2012]: «La eliminación de los salarios de tramitación y su ajuste constitucional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, BIB 2012\622.
- [2009]: «Prólogo», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro, A. V.), *Medidas laborales para empresas en crisis*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- [1981]: «Régimen Jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas», *Revista de Política Social*, núm. 130 y 131.
- TÁRRAGA POVEDA, J. [2010]: «Despidos colectivos», en AA. VV. (coords. Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J.), *Guía Práctica de la reforma Laboral de 2010*, Murcia: Laborum, 2010.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. [2011]: «El despido por causas económicas del art. 52 c) ET», en AA. VV. (dir. coord. Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R.), *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- TORROLLO GONZÁLEZ, F. J. [2012]: «Despidos individuales (disciplinarios y por causa objetivas)», en AA. VV. (dirs. Montoya Melgar, A. y García Murcia, J.), *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor.

VALDÉS DAL RÉ, F. [2009]: «El debate Europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones laborales triangulares», *RL*, núm. 3.

— [1994]: «Los despidos por causas económicas», en AA. VV. (dir. Valdés Dal Ré, F.), *La reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova.