

La adecuación del derecho de opción en caso de despido improcedente a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma

Carolina Blasco Jover

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Extracto

El derecho de opción que posee, por regla general, el empresario cuando el despido es calificado por quien juzga como improcedente es una de las instituciones más asentadas del ordenamiento laboral y ha sido, en numerosas ocasiones, ratificado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. De hecho, su adecuación al marco constitucional, tras haber sido puesta en duda con ocasión de las reformas efectuadas por quien legisla en el año 2012, parece que no deba ser puesta en entredicho. Este estudio, sin embargo, tiene la intención de analizar los aspectos de su diseño que pueden contravenir tanto normas constitucionales (porque argumentos hay para rebatir la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto) como normas supranacionales, particularmente, el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta Social Europea. Cuestiones tales como si debe ser eliminado del ordenamiento el derecho de opción (apostando claramente por la readmisión en todo caso de la persona despedida), la limitación de los salarios de tramitación, la atribución del derecho de opción o la posibilidad de instaurar un régimen indemnizatorio abierto, no sujeto a una tarificación tasada, serán objeto de examen en las páginas que siguen, porque, estando como parece que estamos a las puertas de un nuevo Estatuto de los Trabajadores, tal vez sea hora ya de apostar por ciertas reformas a fin de recuperar el desequilibrio que se perdió tras una serie de continuas maniobras legislativas que terminaron por devaluar la posición de quien está empleado frente al despido.

Palabras clave: derecho de opción; improcedencia; readmisión; extinción; indemnización.

Fecha de entrada: 16-11-2021 / Fecha de aceptación: 29-11-2021

Cómo citar: Blasco Jover, Carolina. (2022). La adecuación del derecho de opción en caso de despido improcedente a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 23-50.



Adapting the right of option to supranational and constitutional rules in cases of unfair dismissals: notes in support of reform

Carolina Blasco Jover

Abstract

When a dismissal is ruled as inadmissible by a judge, the right of option that can generally be exercised by employers is among the most firmly established in Labour law. It has been ratified on numerous occasions by both the Constitutional Court and the Supreme Court. The issue was debated during the reforms carried out by the legislator in 2012, yet it would appear that its adaptation to the constitutional framework is now unquestionable. The present study, however, aims at analysing aspects of its design that may contravene both constitutional rules (one may indeed advance arguments that counter the Constitutional Court's doctrine in this regard) and supranational rules, the ILO Convention 158 and the European Social Charter in particular. In the pages below we examine questions such as: whether the right of option should be eliminated from the legal system (clearly aiming at the dismissed person's reinstatement in any case); the limitation of procedural compensation; the attribution of the right of option; or the possibility of establishing an open compensation regime, non-subjected to taxed rates. Indeed, a new Workers' Statute seems imminent, and this may therefore be the right time to engage in certain reforms. The objective would be to regain the balance that was lost following a series of continuous legislative manoeuvres which ultimately devalued the position of employees in the face of dismissals.

Keywords: right of option; inadmissibility; reinstatement; termination; compensation; unfair dismissal.

Citation: Blasco Jover, Carolina. (2022). Adapting the right of option to supranational and constitutional rules in cases of unfair dismissals: notes in support of reform. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 23-50.



Sumario

1. Consideraciones previas
 2. La primera duda interpretativa: ¿cabe el derecho de opción en nuestro ordenamiento tal y como ahora está diseñado?
 - 2.1. El planteamiento de la cuestión desde la perspectiva supranacional
 - 2.2. El diseño del derecho de opción desde la perspectiva constitucional: puntos a tener en cuenta para una (contra) reforma laboral
 3. La cuantía indemnizatoria: ¿debe aplicarse rigurosamente el método de cálculo de la indemnización por despido improcedente contemplada en el artículo 56 del ET o cabe exigir una cuantía que compense globalmente por los daños ocasionados? El favor por los argumentos rupturistas con el *statu quo* establecido
 4. A modo de conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Consideraciones previas

Con ocasión del despido declarado judicialmente como improcedente, se concede, por regla general, al empresario la opción de escoger entre la readmisión de la persona trabajadora y la extinción indemnizada del contrato. En este sentido, los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 110 de la LRJS delimitan un esquema que, básicamente y salvando algunas matizaciones –importantes– en cuanto al abono de los salarios de tramitación y de la cuantía indemnizatoria, se ha mantenido inalterado a lo largo de los años. De esta forma, el precepto estatutario dispone, de un lado, a quién le corresponde el ejercicio de la opción (al empresario o, en su caso, a la persona trabajadora que sea, a su vez, representante), el momento de hacer uso del mismo (en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia y sin esperar a su firmeza) y lo que comporta escoger entre la readmisión (el abono de los salarios de tramitación) y la extinción indemnizada (el pago de un *quantum* tasado, equivalente a 33 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 24 mensualidades). Finalmente, y como previsiones de cierre, se contempla tanto que la percepción de los salarios de tramitación procede siempre y en todo caso cuando la persona trabajadora despedida es representante de las personas trabajadoras, como que, en caso de no ejercitar la opción, esta se entiende efectuada por la readmisión, quedando descartado con ello a nivel legal el favor por la opción indemnizatoria, que solo se activa si quien es titular del derecho de opción así la escoge expresamente.

La norma procesal, por su parte, al contemplar la posibilidad de anticipar el ejercicio del derecho de opción, señala que ello debe realizarse «mediante expresa manifestación en tal sentido», lo que evidencia, claramente, que la persona titular del derecho ha de actuar de la forma más inequívoca, clara y concluyente posible. Ello, unido a lo anteriormente mencionado y a lo que dispone el número 3 del artículo 110 de la LRJS (opción ejercitada por escrito o en comparecencia), demuestra de manera ineludible la clara intención del legislador de rodear a este acto de una serie de formalidades del todo punto incontestables para dotarlo de la necesaria seguridad jurídica¹. Se contemplan también y en fin por la norma rituitaria dos previsiones que terminan de perfilar este esquema. De un lado, que, si no constase realizable la readmisión, podrá acordarse, a solicitud de la parte demandante, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, quedando extinguida la relación laboral desde ese momento. De otro, que, cuando el despido fuese declarado improcedente por razones de forma y se hubiera optado por la readmisión, se le otorga la posibilidad al empresario de acometer un nuevo despido en el plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de febrero de 2020 (rec. 1788/2017).

Siendo el que antecede el marco general del que se parte, es evidente que el derecho de opción juega –siempre lo ha hecho– un importante papel en el ámbito de la extinción contractual cuando esta se califica a nivel judicial como improcedente. La continuidad o no de la prestación de servicios de la concreta persona despedida en estos casos queda en manos, por regla general, del empresario al que se le permite valorar, en función de diversas variables (y no solo económicas), si prescinde o no de ella y a la que habrá de abonársele, en todo caso y tanto en un supuesto como en otro, una determinada cuantía, bien en concepto de salarios de tramitación, bien en concepto de indemnización tasada por la improcedencia del despido.

Sucede, sin embargo, que este esquema que tan consolidado se encuentra en nuestro ordenamiento interno puede entrar en contradicción (habrá que ver si ello es así) con ciertas normas internacionales, en concreto, con la Carta Social Europea (CSE) y con el Convenio número 158 (C158) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y tal vez –como se planteará– con determinados preceptos constitucionales. Al respecto y en el momento actual, ya han surgido ciertas dudas a nivel doctrinal y judicial acerca de la conveniencia o no de implementar una indemnización complementaria o adicional a la tasada legalmente cuando esta no tenga, por su escasa cuantía, una finalidad «disuasoria». Pero, aun siendo este todavía un debate abierto y sobre el que la doctrina judicial todavía se pronuncia emitiendo interesantes fallos que vienen a arrojar un poco de luz al respecto, aparece a su lado otro sobre si lo más ajustado a las normas internacionales y europeas antes citadas sería desarticular el derecho de opción que se le confiere al empresario y proceder, siempre y en todo caso, en supuestos de despidos declarados improcedentes, a la readmisión de la persona trabajadora. Las páginas que siguen intentan delimitar los contornos de estos dos frentes abiertos en materia de despido improcedente para ofrecer, a continuación, respuestas que puedan apuntalar (o no) una remodelación del esquema tradicional de consecuencias que despliega este tipo de extinción contractual.

2. La primera duda interpretativa: ¿cabe el derecho de opción en nuestro ordenamiento tal y como ahora está diseñado?

2.1. El planteamiento de la cuestión desde la perspectiva supranacional

Para responder a la pregunta que antecede desde el punto de vista de las normas internacionales y europeas, es necesario tener presente, en primer lugar, lo que señala el artículo 10 del C158. De esta forma, dispone tal precepto que:

[...] si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan 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.

A su vez, el mandato reseñado, el octavo, determina que «el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro».

Ciertamente, el precepto ordena una cuestión nuclear en materia de terminación injustificada del contrato, la reparación, de tal modo que la protección que la norma internacional dispensa frente al despido sin justa causa arrojara a la persona que así haya visto terminada su relación laboral un derecho a la readmisión o, en su caso, un derecho a ser indemnizada de forma «adecuada»². Ahora bien, esta «opción» entre la restitución *in natura* y la indemnización debe ser convenientemente matizada si la ponemos frente al espejo de la literalidad normativa. Y es que para el precepto internacional en absoluto parece que sean idénticas una y otra reparación. A la readmisión, si se lee el mandato en sentido positivo –no negativo, como está redactado–, se le otorga un carácter preferente, general si se quiere, ya que, si los sujetos a los que alude el artículo 8 del C158 estuvieran facultados para anular la terminación y ordenar o proponer la readmisión de la persona trabajadora, habrá que proceder a ella. En sentido contrario, esto es, cuando los órganos judiciales (o arbitrales) no estuvieran habilitados para acometer aquella actuación o la consideraran imposible, terciará el pago de la indemnización «adecuada u otra reparación que se considere apropiada». A la indemnización, pues, se la tiene por una solución subsidiaria que solo actuará en defecto de que determinados organismos no puedan imponer la readmisión o proponerla o por imposibilidad real de acometerla.

Visto, pues, el asunto desde esta perspectiva, se ha cuestionado desde ciertos posicionamientos³ la validez de la opción que se diseña en el artículo 56 del ET, ya que, aun pudiendo los órganos judiciales hacer una propuesta de readmisión, esta se acompaña, porque así ha sido la voluntad del legislador, de otra propuesta, de carácter alternativo y excluyente, por la indemnización, situándose a ambas, readmisión e indemnización, en un mismo plano de igualdad y confiriendo, además, al empresario, por regla general, la potestad de escoger la

² Ello en coherencia con todo el sistema de garantías establecido en el convenio para ofrecer la adecuada y pertinente protección a la persona trabajadora frente al despido sin justa causa. Con todo, conviene recordar que la norma internacional no solo busca proteger a la persona empleada injustificadamente despedida, sino también ofrecer, en un delicado equilibrio de intereses, un marco seguro de actuación a la parte empleadora cuando ha de tomar la decisión de rescindir el contrato.

³ Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 34 de Madrid 71/2020, de 21 de febrero.

solución que mejor le convenga según sus intereses. Entonces, si la readmisión, desde el punto de vista internacional, resulta ser la regla general y la indemnización la solución subsidiaria, y si solo determinados organismos pueden decidir sobre las mismas, parece, en línea de principio, que el planteamiento legislativo nacional colisionaría frontalmente con el mandato del artículo 10 del C158. Ahora bien, entender que ello pueda ser así arrostra evidentemente una notable consecuencia, a saber, que se resquebraje uno de los pilares básicos en los que se ha asentado durante años la configuración del despido improcedente en nuestro país y que permite apostar por cierta flexibilidad empresarial al tiempo que, en un delicado equilibrio, se tutela a la persona trabajadora despedida.

La interpretación, pues, que se haga de la norma internacional en este punto no es algo que se mueva en el plano teórico y quede en el terreno de lo abstracto. Antes al contrario, pues, ciertamente, puede tener sus hondas repercusiones prácticas. A mi modo de ver, de las dos formas que existen de abordar el problema, creo que la más adecuada desde el punto de vista jurídico es entender que ningún mandato internacional impide que exista un derecho de opción en nuestro ordenamiento interno cuando un despido ha sido calificado como improcedente. Otra cosa, ello no obstante, es que ese derecho de opción sea atribuido con carácter general al empresario o, al límite, que cuando se opte por la indemnización se excluyan los salarios de tramitación, devaluándose con ello la protección frente a este tipo de extinciones. Pero, mejor no adelantarse para exponer con mayor detalle las razones que me conducen a esta conclusión.

Como se ha explicado, de una interpretación literal y hecha en sentido positivo del precepto internacional parece derivar la conclusión de que se apuesta primeramente por la estabilidad en el empleo de la persona trabajadora, de que la primera alternativa ha de ser la readmisión, la restitución *in natura*, y de que quien debe arrogarse la facultad de decidir sobre ella son los órganos judiciales o, en su caso, arbitrales. Y únicamente en el caso de que estos no estuvieran facultados para ordenarla o proponerla o consideraran que fuera imposible, será cuando proceda decidir –siempre por parte de aquellos órganos– sobre la indemnización. Planteado en estos términos el asunto, tres serían las consecuencias que cabría extraer⁴. Primera, que ninguna opción puede existir entre readmisión y extinción indemnizada cuando se califica judicialmente a un despido como injustificado o improcedente, pues no cabe situarlas en idéntica posición. Segunda y como derivada lógica, que no cabe exclusión alguna de la readmisión en este tipo de despidos o ceses. Tercera, que, si existiera –como sucede en el caso español– un derecho a elegir entre las dos alternativas, no cabría atribuir la opción ni a empresario ni a trabajador, pues los únicos habilitados para ordenar la readmisión o, en su caso, para imponer la obligación indemnizatoria serían los tribunales nacionales.

⁴ Y que, de hecho, se han extraído por la resolución judicial citada en la nota anterior.

Mirada la cuestión desde este ángulo, ni que decir tiene que estos argumentos conducirían irremediabilmente a declarar la nulidad de lo dispuesto al respecto en el artículo 56 del ET en virtud de la aplicación del principio de jerarquía normativa de las normas internacionales derivado del artículo 96.1 de la Constitución española (CE)⁵. Ahora bien, como se ha dicho, el que antecede es un modo de interpretar el asunto. Otro, el que creo más correcto en términos jurídicos, pasa por entender que, aunque los tribunales nacionales españoles estén, ciertamente, facultados para realizar una «propuesta» de readmisión, ello no impide que alternativamente puedan dar la opción también por la extinción indemnizada del contrato, puesto que, de haberse querido por la norma internacional que la readmisión forzosa fuese la consecuencia primera y principal del despido sin justa causa, cabe pensar que así se hubiera señalado expresamente, máxime –si se tercia– cuando se tratase de despidos acometidos por causas prohibidas (art. 5 C158). Pero ello así no se contempla, puesto que, de la lectura atenta del artículo 12 del C158 (derechos del trabajador despedido), no cabe inferir –sino antes al contrario– que el modelo por el que apuesta el convenio sea el de la estabilidad real en el empleo con la readmisión de la persona trabajadora como bandera (Molina Navarrete, 2019, p. 152). Es más, ni siquiera aborda este planteamiento la –ya ratificada por España y, por lo tanto, plenamente vigente en nuestro país– CSE, puesto que en su artículo 24 tan solo dispone que:

[...] para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

Ciertamente, no es que pueda afirmarse que exista en este precepto un favor por la solución indemnizatoria cuando acontece un despido de tales características porque se habla de la posibilidad de «otra reparación adecuada», pudiéndose incluir, entre ellas, la opción por la restitución *in natura*. Así, de hecho, lo dictaminó el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), quien, en su decisión adoptada en septiembre de 2006, consideró que la readmisión puede incluirse «como uno de los modos de reparación de los que las jurisdicciones internas pueden disponer». No obstante, fijese en que a la readmisión se la tiene como un modo más de reparar el daño que ha sufrido la persona trabajadora despedida «sin razón válida», no, en modo alguno, el preferente.

⁵ Y en conexión con el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, que dispone que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

Por lo tanto, y en consecuencia, una cosa es que exista en el artículo 10 del C158 cierta inclinación por la readmisión y otra bien distinta es derivar de ahí que no pueda ofrecerse, como hace el ordenamiento laboral español, una alternativa indemnizatoria. Si la restitución *in natura* no es en la norma internacional (ni en la europea) un efecto que proceda siempre y en todo caso cuando acontece un despido sin justa causa, nada parece impedir, al menos en este contexto, que en el marco legal nacional cuando de los despidos improcedentes se trata se haga una doble propuesta y que, en el caso de los despidos nulos, se mejore este extremo por la norma interna, apostando claramente y ya sí porque el juez/la jueza «ordene» la readmisión⁶.

¿Cuál sería entonces la aplicabilidad práctica en el panorama legislativo español del artículo 10 del C158? Desde luego creo que no puede ser utilizado para que los órganos judiciales nacionales puedan, *motu proprio*, arrogarse una facultad que el legislador no les ha concedido, retorciendo hasta el extremo los contornos normativos para amoldarlos a cierta interpretación pretendidamente *pro operario* del precepto⁷. Dejando esto claro, la opción pasaría por interpretar que el mandato internacional instaura la denominada reparación por equivalente. Es decir, como el juez/la jueza nacional sí que está facultado, y, además, «en virtud de la legislación», para anular la terminación y ordenar la readmisión de la persona trabajadora en el caso del despido nulo o para, en su caso, proponer la readmisión y anular así la terminación del contrato en caso de extinciones declaradas como improcedentes (aunque ello dependa de la decisión de un tercero), el artículo 10 del C158 recordaría que, cuando resulte imposible ordenar o proponer la readmisión, lo que procede es decretar el pago de la indemnización a la persona trabajadora por causa de la extinción de su contrato de trabajo. Obligación esta que, como se sabe, certeramente contemplan tanto el artículo 110.1 b) de la LRJS como el artículo 286 del mismo cuerpo legal.

Cuestión distinta es que, como antes se ha mencionado, la opción de escoger entre una alternativa (la readmisión) u otra (la extinción indemnizada) corresponda, por regla general, a la parte empleadora. Ciertamente, ello en nada parece contradecir a lo dispuesto en el artículo 10 del C158 de acuerdo con la interpretación que de este precepto se realiza. Aunque la propuesta de readmisión derive del órgano judicial y este, además, ofrezca como alternativa la respuesta indemnizatoria, la norma internacional no parece obstaculizar en modo alguno, a mi parecer, que se otorgue la facultad de decidir entre una y otra alternativa a cualquiera de las partes. Ofrecerla al empresario como hace el ordenamiento español es fruto, eso sí, de una política legislativa tendente a –como también anteriormente se ha comentado–

⁶ En este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 17 de marzo de 2021 (rec. 85/2021).

⁷ Y se utiliza el adverbio «pretendidamente» de forma consciente, porque cabría preguntarse qué ocurriría si la persona despedida no quiere ser readmitida. ¿Cabría aun así que se impusiera por el órgano judicial la readmisión de modo forzoso sin valorar todas las circunstancias, incluida esta? Parece que no a la vista de lo juzgado en la STS de 8 de julio de 2013 (rec. 1928/2011).

dotarlo de cierto margen de flexibilidad a fin de que decida qué es lo que mejor le conviene, porque lo contrario se entiende que podría provocar en la economía un desequilibrio no deseado y perjudicial. Esta perspectiva, además, se refuerza con la decisión, tomada en el marco de la gran reforma efectuada en el año 2012⁸, de limitar el abono de los salarios de tramitación solamente a cuando se opte por la readmisión⁹. La eliminación de esta cuantía económica cuando se opta por la extinción indemnizada en verdad hay que entenderla desde el punto de vista de un contexto marcado por una profunda crisis económica, pero ocurre, sin embargo, que sus efectos son altamente perniciosos: si es la parte empresarial la que elige y si una opción, la extinción indemnizada, le puede salir más «barata» –permítase la expresión– que optar por la otra¹⁰, es fácil entender, con la norma en la mano y reabriendo cierto «viejo» debate, que se esté desincentivando que se tome la decisión de retomar la prestación de servicios (en el mismo sentido, Ginès i Fabrellas, 2013, p. 9). Y este planteamiento (al empresario se le permite elegir y, además, se le incentiva a escoger una alternativa que le puede resultar más rentable en términos económicos) quizá no sea el que mejor encaje con ciertas previsiones constitucionales, en especial (pero no únicamente), con el mandato contenido en el artículo 35.1 de la CE.

2.2. El diseño del derecho de opción desde la perspectiva constitucional: puntos a tener en cuenta para una (contra) reforma laboral

Como se conoce, es doctrina constitucional perfectamente asentada que el derecho al trabajo supone el reconocimiento a nivel constitucional del principio de estabilidad en el puesto de trabajo y la interdicción del despido *ad nutum*, así como de la existencia de una reacción adecuada contra tal despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se deja en manos del legislador¹¹. Y si ello es así, si existe tal favor al máximo nivel por la conservación del empleo de la persona trabajadora, pudiera pensarse que ni cabe opción alguna, ni que esta, de existir, se otorgue al empresario, ni que, desde luego, se incentive de la manera que sea la salida indemnizatoria. A mi modo de ver, no

⁸ Artículo 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁹ Actualmente, sin embargo, también se ha reconocido, aunque en sede judicial, que procede el abono de los salarios de tramitación cuando queda acreditada la imposibilidad de la readmisión en el acto de juicio y la persona trabajadora solicita expresamente la extinción de la relación laboral, y ello a pesar de que los artículos 110.1 b) y 286 de la LRJS guardan silencio al respecto. Por todas, SSTs de 17 de febrero de 2021 (rec. 1727/2018) y 12 de febrero de 2020 (rec. 2988/2017).

¹⁰ A estos efectos, debe recordarse, además, la rebaja del coste indemnizatorio que también se acomete en el marco de esa reforma estructural del año 2012, pasándose de 45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades a 33 días por año de servicio con el límite de 24 mensualidades.

¹¹ Por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 192/2003, de 27 de octubre, 20/1994, de 27 de enero, y 22/1981, de 2 de julio.

obstante, y respecto del primer problema (la existencia en sí del derecho de opción), no creo que pueda afirmarse que atente contra el artículo 35.1 de la CE una norma que permita escoger, ante un despido improcedente, entre el cese en el trabajo con derecho al abono de un monto indemnizatorio y la continuidad de la prestación de servicios, cuando esta debiera ser la solución primordial. Y no lo considero de tal modo porque el derecho al trabajo no es absoluto ni incondicionado, sino que, como es conocido, puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, entre otros y por lo que aquí interesa, el fomento de una política de pleno empleo¹². No puede desconocerse, de este modo, que con la opción legislativa tendente a instaurar un derecho de opción en caso de despido declarado judicialmente como improcedente se consigue, al tiempo, proporcionar una oportunidad de trabajo a la población que se encuentra en desempleo. Incide, además, en esta idea el hecho de que, aunque se ofrezca la posibilidad de escoger, lo cierto es que la norma estatutaria no oculta el favor por la estabilidad en el empleo, ya que, en un delicado equilibrio de intereses en juego, ordena que, cuando la persona titular de la opción no escoja, debe procederse a la readmisión como reparación por el cese improcedente. Estas consideraciones permitirían, en fin, confirmar, desde mi punto de vista, que el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE no entra en absoluto en conflicto con la previsión legislativa que instaaura el derecho de opción. La justificación de este resultaría ser legítima, en efecto; no obstruiría *per se* derecho alguno al trabajo y, desde luego, la medida vendría a ser proporcionada con respecto al fin perseguido, previéndose determinados mecanismos (la readmisión en caso de que no se optara) que contribuirían a mantener el equilibrio interno de la propia institución con respecto a otros bienes o derechos protegidos.

Esto dicho, que se abogue por considerar que el derecho de opción encaja en el marco constitucional, no quiere decir, ello no obstante, que se esté de acuerdo con que su titular sea, por regla general, el empresario. Se conoce, desde luego, que una de las limitaciones del mandato contenido en el artículo 35.1 de la CE puede venir de la mano de la libertad de empresa y del mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y de la defensa de la productividad¹³. Y si ello es así, es evidente que –de nuevo en el marco de ese frágil equilibrio al que antes se hacía referencia entre los diversos intereses en juego– las exigencias derivadas del artículo 38 de la CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades en el marco de la extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa. Entre tales facultades, y dentro de su libertad de configuración, el legislador ha optado por atribuir a la parte empleadora el derecho de opción en caso de despido improcedente en un claro intento por tutelar aquella libertad, pero también por incentivar ese pleno empleo al que más arriba se ha aludido.

¹² STC 119/2014, de 16 de julio. También Auto del TC (ATC) 43/2014, de 10 de febrero, que, sin entrar a considerar el plano colectivo del derecho al trabajo, incardina el derecho de opción en el margen de configuración atribuido al legislador ex artículo 35.2 de la CE.

¹³ STC 118/2019, de 16 de octubre.

La idea es ofrecerle al empresario la posibilidad de reducir las incertidumbres propias de la contratación, pues ante un despido calificado como de improcedente se le concede, aun con todo, la posibilidad de valorar si le conviene –si todavía considera rentable en términos económicos, pero incluso también personales– seguir contando con la persona trabajadora a la que había cesado. Limitación, por lo demás, al derecho al trabajo y, en concreto, a la estabilidad en el empleo que resultaría proporcionada de nuevo en atención a ese favor por la readmisión que se despliega en la norma estatutaria en caso de que la persona titular de la opción no escoja entre una y otra alternativa que se le ofrece.

Planteado el asunto desde esta perspectiva, es evidente que ningún problema de constitucionalidad existiría al atribuirle el derecho de opción al empresario. Con todo, no cabe olvidar que este, en el marco de los despidos improcedentes, es parte incumplidora y que, paradójicamente, es a ella a la que se le ofrece la oportunidad de escoger lo que mejor le convenga. Si bien se piensa, no deja de ser un contrasentido que se le atribuya por vía legal a quien ha sido condenado por sentencia la posibilidad de escoger el alcance de su responsabilidad. Es esta una *rara avis* en el derecho de obligaciones y contratos con un basamento muy claro de corte liberal y que, como se ha explicado, podría encontrar acomodo constitucional de interpretar que el legislador en este contexto está habilitado para intentar encontrar un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego. Pero quizá otro planteamiento es posible. Otro en el que la posición de desventaja de una de las partes no sea tan evidente ante –no se olvide– un despido sin causa. Porque si tanto el C158 como la CSE y el artículo 35.1 de la CE intentan tutelar a la parte más débil en la contratación frente a un cese injustificado, si esa es la filosofía última que impregna estas normas, tal vez la tan deseada armonía entre los derechos e intereses en conflicto pueda lograrse acometiendo una reforma estatutaria más decididamente *pro labore* que otorgue el poder de decisión no a la parte trabajadora en todo caso, sino a ambas partes en función de una variable en concreto, la dimensión de la empresa.

En efecto, ha de descartarse, a mi modo de ver, la primera opción (por cierto, avivada en los últimos tiempos por cierta corriente de pensamiento), porque de lo que se trata es de cohesionar el derecho al trabajo con la libertad de empresa. Ni una se entiende sin la otra, ni una debe de encontrarse en una posición de supremacía frente a la otra. Además, y aunque no sea un argumento netamente jurídico, abunda en esta idea el hecho de que apostar por esta solución en un momento económico tan sumamente delicado conduciría seguramente a una contracción de la economía y a provocar el efecto perverso de disminuir las contrataciones. Por ello, la propuesta que se realiza pasa por entender que el derecho de opción podría atribuirse bien al empresario bien a la parte trabajadora en función de las características de la empresa, esto es y ya por decirlo claramente, en función de si la organización tiene o no más de 50 personas trabajadoras en plantilla. Se trataría, como puede vislumbrarse, de extrapolar la filosofía que impregna otras normas estatutarias y establecer un régimen u otro en función de si la empresa tiene una mayor o menor dimensión. De esta forma, en las empresas de menos de 50 personas empleadas (las pymes, las que conforman la mayor parte del tejido productivo nacional y las que, en cierta forma, cuentan con un menor margen de maniobra), el derecho de opción se atribuiría a la parte empleadora, mientras que, en el

resto, la titular del derecho de opción sería la propia persona trabajadora¹⁴. En mi opinión, sería esta una mejor forma de tutelar y salvaguardar todos los intereses en juego; una forma que, además, podría seguir siendo proporcionada de acuerdo con el fin perseguido de continuar apostando por la readmisión en caso de que no se escogiera una u otra alternativa.

Pero aún existe, como ya se había adelantado, otro problema que convendría solventar, y más estando como estamos a las puertas de un nuevo (reformado) ET: la eliminación de los salarios de tramitación en caso de que el empresario opte por la extinción indemnizada. A mi modo de ver, queda devaluada y monetizada hasta el extremo la protección frente al despido con esta solución legislativa que es fruto de su tiempo, de una terrible crisis económica, solo superada por la actual, y que supuso tener que ofrecerle a la parte empresarial –que es quien, a la postre, crea empleo– ciertos incentivos para limar sus reticencias a la hora de contratar. Bien es verdad, no obstante, que la reforma legislativa en este extremo se declaró acorde con el marco constitucional a través del ATC 43/2014, de 10 de febrero¹⁵. A estos efectos y sin ánimo de entrar en detalle en el contenido de la mencionada resolución, el Alto Tribunal defendió que la supresión de los salarios de trámite en caso de que se optara por la indemnización era una medida que encontraba su correcta justificación en la exposición de motivos de la norma de reforma¹⁶ y que, a mayor abundamiento, ni entraba en contradicción con el artículo 35.1 de la CE ni con lo dispuesto en los artículos 14 y 24 de la CE.

De este modo y bajo el amparo «de la grave situación de crisis económica del país y de las altas tasas de desempleo» y la premisa de que «la reducción del coste del despido puede favorecer la creación de empleo y la aminoración de la segmentación del mercado de trabajo»¹⁷,

¹⁴ La alternativa, por cierto, aunque encajaría con el diseño de otras normas estatutarias, ya se contemplaba en el artículo 81, tercer párrafo, del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de contrato de trabajo.

¹⁵ Auto que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 3801/2013 planteada por el JS número 34 de Madrid en relación con diversos artículos del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

¹⁶ Que señalaba que:

[...] en caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.

¹⁷ Premisa o justificación que, como se apura en recordar el auto, fue ya admitida por el TC al resolver diversos recursos de amparo presentados en relación con una medida legislativa similar, introducida mediante Real Decreto-Ley 5/2002, en la que también el legislador decidió limitar el pago de salarios de tramitación a la opción por la readmisión y no extenderlo a la opción por la indemnización. Por entonces, el tribunal declaró la adecuación constitucional de esta previsión por no apreciar vulneración de los artículos 14 y 24.1 de la CE. Así, SSTC 84/2008, de 21 de julio, 122/2008, de 20 de octubre, 142/2008 y 143/2008, de 31 de octubre, y 85/2009, de 18 de febrero.

los principales puntos en los que se sustentaría la tesis de las magistradas y los magistrados consistirían, de una parte, en negar que la supresión de tal monto económico colisionase con las exigencias propias del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Ello, por dos argumentos básicamente. Primero, porque readmisión y extinción indemnizada no han de entenderse en modo alguno como situaciones homogéneas a las que deba dárseles *per se* un mismo tratamiento jurídico. Son situaciones diferentes (en un caso la relación laboral se mantiene en vigor y en el otro queda definitivamente extinguida) a las que «el legislador ordinario puede legítimamente atribuir consecuencias jurídicas distintas» [en este caso, la eliminación del débito salarial que suponen los salarios de trámite] sin vulnerar por ello derecho fundamental a la igualdad alguno. Segundo, porque el reconocimiento de tal cuantía a las personas integrantes de la representación cualquiera que sea la opción que escojan es una diferencia de trato que se justifica en las singularidades de su régimen jurídico y de la protección reforzada que se les debe dispensar a causa de la función que desempeñan en el seno de la organización.

Por lo que atañe a una hipotética vulneración al derecho contemplado en el artículo 35.1 de la CE, también es rechazada de plano en tanto que la supresión de los salarios de trámite cuando se opta por la extinción «constituye una posibilidad constitucionalmente legítima que queda dentro del margen de configuración atribuido al legislador *ex art. 35.2 CE*». Se defiende, además, que el efecto incentivador de la extinción como consecuencia de exigir salarios de tramitación en la reincorporación y no en la indemnización en ningún caso constituye «consecuencia necesaria, ya que en ningún momento queda impedida la posibilidad de optar por la readmisión». Como tampoco, en fin, queda impedida la posibilidad de que el empresario valore, a la hora de efectuar la opción, otros aspectos muy diversos:

[...] sin que el coste de los salarios de tramitación en la readmisión –cuyo alcance, además, queda limitado *ex art. 57 ET*– sea el único factor a considerar ni conduzca automáticamente a decantarse por el pago de la indemnización, cuya cuantía, calculada en atención al salario y antigüedad de cada trabajador, constituirá otro de los posibles elementos a tener en cuenta en la decisión de cada caso concreto.

Al hilo de esto y finalmente, se entiende que el hecho de que una opción pueda ser «más o menos atractiva en función de circunstancias diversas o el hecho de que en dicha elección pueda pesar más un tipo u otro de consideraciones son cuestiones todas ellas que afectan a la regulación material de los efectos del despido improcedente, pero que en nada limitan el alcance de su tutela judicial», por lo que ninguna vulneración del artículo 24 de la CE se produce. Se entiende, de esta forma, que el mandato constitucional no queda en entredicho, pues, en puridad, ningún impedimento existe en el texto del artículo 56 del ET para que la persona trabajadora «interponga la correspondiente acción de despido ante los tribunales y obtenga una sentencia en que se declaren las consecuencias previstas previamente por el legislador en función de la calificación de la extinción».

Para el tribunal, pues, la previsión normativa encontraba (encuentra) plenamente su encaje en el marco constitucional. Pero ¿y en el supranacional? La respuesta a esta cuestión

vino de la mano de un informe emitido por el Comité de la OIT en la 321.ª reunión celebrada el 13 de junio de 2014¹⁸. En él, el Comité recuerda, en primer lugar, que el artículo 10 del C158 (como el art. 24 CSE, debe añadirse) tan solo hace referencia al pago de una «indemnización adecuada» u «otra reparación que se considere apropiada», sin mencionar específicamente los salarios de tramitación. Sobre esa base, se entiende que, como la reforma legislativa no ha eliminado en sí el pago de una indemnización por la terminación de la relación de trabajo, no ha existido vulneración alguna del precepto internacional, por lo que para el Comité de Expertos de la OIT en este punto la supresión del abono de los salarios de trámite es perfectamente acorde con el marco internacional.

No parece, pues, desde estos planteamientos que pueda dudarse del encaje constitucional, internacional y europeo de una medida como es la supresión de los salarios de tramitación cuando se opta por la extinción indemnizada del vínculo contractual. Ahora bien, a mi modo de ver, puede razonablemente cuestionarse, como antes se ha adelantado, la concordancia de esta medida no ya con las normas supranacionales (si bien se mira, ninguna objeción cabe realizar al informe de la OIT), sino, más bien, con las constitucionales. Porque, al contrario de lo expuesto en el auto, existen sólidos argumentos, en mi opinión, como para reabrir o relanzar el debate y apostar por una reforma legislativa en este sentido. Veamos.

De modo indefectible, es fácil oponer, como hace el tribunal, a la tesis de la priorización, al menos en el plano legislativo, de una alternativa (la extinción indemnizada) frente a la otra (la readmisión), que ello es un acto meramente presuntivo, que el empresario mantiene aún intacto su derecho a optar por la readmisión y que, en realidad, lo que se hace por el legislador es, en el marco de sus facultades, ofrecer un trato diferente a dos realidades que no son en modo alguno semejantes, con lo que la previsión encajaría, a la postre, con las previsiones que derivan del mandato del artículo 14 de la CE. Es más, incluso es factible argumentar también que la medida no colisiona con una pretendida prohibición constitucional a la irregresividad de derechos, que no existe como tal en el texto constitucional (Sempere Navarro, 2012, p. 14). Pero, ello no obstante, aun pudiendo entenderse el esfuerzo argumentativo que sostiene este planteamiento¹⁹, de lo que creo que no cabe dudar es de que se desbordan los márgenes que impone el principio de igualdad y no discriminación cuando los salarios de trámite se abonan, sea cual sea la opción elegida, cuando la persona despedida es miembro de la representación de las personas trabajadoras.

Desde luego que puede sostenerse, como así se ha hecho, que ello deriva de la protección reforzada que debe dispensarse a tales personas habida cuenta del cometido que

¹⁸ Informe que viene a responder a la reclamación efectuada ante la OIT en mayo de 2012 por CC. OO. y UGT por posible incumplimiento de la reforma laboral al C158. https://www.ilo.org/gb/GBSessions/previous-sessions/GB321/ins/WCMS_247068/lang--es/index.htm.

¹⁹ Un planteamiento que conduce inexorablemente –debe insistirse– a la debilidad de un modelo de protección frente al despido ya devaluado de por sí con la rebaja del coste indemnizatorio.

desempeñan en la empresa. Pero, a mi modo de ver, este argumento decae de tener en consideración, primero, que tal posición privilegiada ya se sostiene confiriéndoles el derecho a elegir qué alternativa escoger (algo que a la persona trabajadora ordinaria le queda vedado por regla general habida cuenta de que su situación en la empresa no es ni mucho menos semejante a la de la persona integrante de la representación) y, segundo, que ninguna incidencia tiene en la elección que se plantee la persona representante que se abonen los salarios de trámite en tanto que los va a percibir en todo caso (del mismo parecer, Beltrán de Heredia Ruiz, 2013, p. 6). En mi opinión, pues, la solución a la que llega el TC no resulta ser tan acorde con las exigencias propias del principio de igualdad como en el auto se plantea. Si, según este principio, el tratamiento diferenciador es posible, pero siempre y cuando encuentre una justificación objetiva y razonable, no parece que esta pueda encontrarse cuando una prerrogativa como es el mantenimiento en todo caso de los salarios dejados de percibir no añade nada a la ya de por sí reforzada posición de las personas integrantes de la representación, que escogerán entre una u otra alternativa, no porque se les abone una determinada cuantía que siempre percibirán, sino más bien porque deseen o no permanecer en la empresa que los ha despedido de forma injustificada.

Desde este punto de vista, entonces, la percepción por las personas representantes de los salarios de trámite en caso de que sean cesadas de forma improcedente puede cuanto menos cuestionarse. No parece acorde con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación que unas determinadas personas –ya protegidas por el sistema– disfruten de tal prerrogativa cuando no existe justificación alguna, desde estos planteamientos, para negársela a otras, las personas empleadas en la empresa que no ostentan la condición de miembros de la representación, cuando el mismo, idéntico, perjuicio se les causa (la pérdida del salario desde la fecha de efectos del despido). Se aboga, por ello, porque una futura reforma estatutaria se replantee la legitimidad constitucional de una medida como la supresión de los salarios de trámite en caso de que se opte por la extinción indemnizada en los supuestos de despidos improcedentes y su mantenimiento cuando la persona despedida es miembro de la representación. El argumento de la amplia facultad con la que cuenta el legislador para moldear el diseño de la institución del despido debe, en mi opinión, decaer cuando parece que el mandato de igualdad no puede excepcionarse legítima y justificadamente en estos supuestos.

Ahora bien, no solo este motivo cuestiona el pretendido engarce constitucional de una medida como es la limitación de los salarios de tramitación en los supuestos de despidos improcedentes. A mi modo de ver, pueden esgrimirse otros dos más, relacionados, también, con el principio de igualdad. De un lado y como se ha visto, el auto se ampara en el artículo 14 de la CE para concluir que la eliminación para la opción indemnizatoria del débito salarial que deberían representar este tipo de salarios es perfectamente legítima en tanto que puede y debe darse un trato desigual a dos realidades jurídicas (readmisión y extinción indemnizada) cuyos efectos son completamente diferentes. Con este argumento podría estarse, en línea de principio, de acuerdo si no fuera porque, a fin de cuentas, no desaparece en los supuestos de opción por la extinción la *ratio legis* o el fundamento esencial que

justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación. Es decir, el cese injustificado en el trabajo se ha producido y ello es anterior a que al empresario se le otorgue la capacidad de elección. Este hecho, *per se*, ya debería ser suficiente como para que la parte empleadora incurriera en la responsabilidad de abonar, en todo caso, unos salarios que, por su conducta, la persona despedida no ha llegado a percibir. Pero, ligando ahora ya sí la cuestión al ámbito constitucional, aún hay más, porque deslizar el argumento del trato desigual justificado supone, en mi opinión, quedarse en la superficie del problema al no tenerse en absoluto en cuenta que tal medida provoca un efecto perverso totalmente indeseable desde el punto de vista de la igualdad y no discriminación: se distingue, sin razón aparente alguna, entre dos categorías de personas, las que tendrán, tras el proceso, un sostén económico gracias al percibo de los salarios de trámite y las que no lo tendrán y habrán sufrido un desgaste monetario que, posiblemente, ni podrán ver compensado con la exigua cuantía que les corresponda por desempleo, si es que logran acceder a la prestación²⁰. Es decir, la limitación de los salarios de trámite no solo atraviesa, en mi opinión, el derecho constitucional contemplado en el artículo 14 de la CE por el hecho de diferenciar, ya se ha visto, injustificadamente entre la situación en la que queda la persona integrante de la representación que es despedida y en la que queda quien no ostenta tal condición, sino también porque tiene el potencial para excluir de la protección y sin causa aparente alguna a determinados colectivos que, debido a su precaria situación, pueden quedar al margen de la prestación por desempleo (o, de percibirla, lo hacen en una cuantía mínima).

Pero aún restaría otro argumento que aportar para incidir en la afectación negativa que la limitación de los salarios de trámite tiene sobre el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 14 de la CE, pero, esta vez, interpretado de acuerdo con lo que dispone el artículo 9.2 de la CE. Ciertamente es que este último precepto en absoluto incorpora un derecho subjetivo a un trato diferente y más favorable, pero, no obstante, sí lo permite. Pues bien, si constitucionalmente el legislador queda habilitado para establecer cierta diferenciación compensatoria para equilibrar las disparidades de hecho y si entre el empresario y la persona trabajadora existe –no hace falta decirlo– una evidente desigualdad originaria que encuentra su fundamento tanto en la distinta condición económica de ambos como en su respectiva posición en la relación jurídica que los vincula, habrá que pensar que se ajustan a la Constitución y, no se olvide, a la finalidad tuitiva o compensadora del ordenamiento laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, medidas como la percepción de unos salarios que se han dejado injustamente de percibir desde el momento en que se ha acometido el despido calificado como de improcedente. El carácter compensador o igualador de las normas laborales, derivado del artículo 9.2 de la CE y leído este en combinación con el artículo 14 de la CE, exige ofrecer a la persona trabajadora, parte débil en la contratación, una tutela material, sustantiva y procesal, que la proteja frente a ciertas actuaciones abusivas o ilícitas procedentes de quien ostenta la posición de ventaja social y económica en la relación

²⁰ Hecho en el que incide el voto particular al auto emitido por el magistrado Valdés Dal-Ré, aunque ligando el problema a la vulneración del artículo 24.1 de la CE.

laboral; tutela que se resquebraja de adoptar el legislador medidas como la supresión del débito salarial cuando el empresario opta por la extinción indemnizada al ponerse trabas al contrapeso que, frente al poder empresarial injustificadamente utilizado, debería ser la percepción de la retribución perdida –permítase la expresión– desde la fecha de efectos del despido, durante la tramitación del procedimiento judicial y hasta que se dicte la sentencia que declara la improcedencia del despido.

La disonancia del diseño del derecho de opción con el marco constitucional que deriva de las exigencias propias del derecho a la igualdad y no discriminación creo que es evidente. Desde la perspectiva, pues, de los planteamientos que anteceden, puede concluirse sin mayores ambages que la limitación de los salarios de trámite debe revertirse más tarde o más temprano por el legislador estatutario, quien habrá de decidir si los retoma habida cuenta del trato desigual e injustificado que la medida dispensa a unas personas trabajadoras frente a otras y a estas frente a su empresario o si los mantiene tal cual, ya están a fin –creo que puede decirse claramente– de seguir apostando por un modelo de mercado corte liberal en el que el empresariado disfrute de ciertas ventajas que lo incentiven, aunque ello parezca paradójico, a contratar.

3. La cuantía indemnizatoria: ¿debe aplicarse rigurosamente el método de cálculo de la indemnización por despido improcedente contemplada en el artículo 56 del ET o cabe exigir una cuantía que compense globalmente por los daños ocasionados? El favor por los argumentos rupturistas con el *statu quo* establecido

Otro de los frentes abiertos que tiene la regulación actual del derecho de opción en caso de despido improcedente es, como se adelantó en la parte introductoria de este trabajo, si cabe exigir una indemnización adicional a la tasada legalmente cuando esta no tenga, por su escasa cuantía, una finalidad «disuasoria», y ello con base, de nuevo, en lo dispuesto en el artículo 10 del C158 y en el artículo 24 de la CSE. Ambos preceptos, si se recuerda, aluden a que la indemnización por despido «injustificado» o «sin razón válida» debe ser «adecuada». Nada, ciertamente, se señala en las normas sobre lo que deba ser esa indemnización adecuada; ello no obstante y a causa, especialmente, de la pandemia provocada por la COVID-19, se han ido sucediendo pronunciamientos judiciales²¹ que han terminado por concluir que el principio de integridad o adecuación indemnizatoria que exigen las normas supranacionales resultaría vulnerado si la cuantía resultante del cálculo tasado que prevé el artículo 56 del ET tuviera un escaso efecto disuasorio para el empresario

²¹ Entre otras, SSJS número 34 de Madrid 71/2020, de 21 de febrero, y número 26 de Barcelona 170/2020, de 31 de julio.

y si, además, quedaran sin resarcir los daños que el despido injustificado o improcedente le hubiera podido provocar a la persona trabajadora en su esfera personal y patrimonial. La «infracompensación» –al decir de estas resoluciones– estimularía el incremento de los despidos o ceses de carácter especulativo, pues, al límite, ningún esfuerzo financiero se le requeriría a la empresa para reparar la extinción injustificada efectuada. Todo ello, en fin, ha permitido a los órganos jurisdiccionales de instancia someter al control de convencionalidad lo dispuesto en el artículo 56 del ET sobre la indemnización tasada, decidir que el precepto estatutario no lo supera cuando la cuantía resultante del cálculo es de bajo importe (lo que sucede con frecuencia –debe añadirse– cuando la persona despedida tiene poca antigüedad en la empresa), dejar sin aplicación, por ende, el régimen ordinario y fijar una indemnización que, según su criterio, es lo verdaderamente disuasoria para la empresa y que compensa suficientemente a la persona empleada cesada, por incluir daños materiales o emergentes, lucro cesante y daños morales, por la pérdida de su ocupación.

Ciertamente y aunque aún está por ver qué pueda decir al respecto el TS, el debate está sobre la mesa. Por lo pronto, ya existen resoluciones de segunda instancia que niegan²² o, en su caso, matizan lo resuelto en la primera. Entre estas últimas²³, resulta ser paradigmática la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2021 (rec. 1811/2021), pues admite el abono de una indemnización complementaria a la legal tasada para que el *quantum* que percibe la persona trabajadora sea adecuado siempre que concurren tres circunstancias. En primer lugar, que exista «una notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua». En segundo lugar, que «sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato». Y, en tercer lugar, que «en el *petitum* de la demanda del trabajador despedido se concreten los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su *quantum*». Solo cuando los tres elementos concurren podrá excepcionarse legítimamente el régimen ordinario que prevé el artículo 56 del ET.

Ahora bien, si las resoluciones de instancia son objeto de crítica por la arbitrariedad en la que puede incurriarse por parte del juzgador (¿qué es lo disuasorio o adecuado y qué no lo es?), algo similar ocurre con los tres requisitos que, de manera cumulativa, se imponen para que pueda fijarse una indemnización adicional de carácter compensatorio. Así, por lo que atañe a la «notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua», habrá ocasiones en que ello sea efectivamente «manifiesto», evidente, pero en otras no tanto. ¿Qué hacer en esas ocasiones? ¿Cómo medir la suficiencia o no de la indemnización tasada? Porque esta, al haber sido diseñada conforme a los parámetros de salario y tiempo de prestación de servicios, no será la misma para aquellas

²² Por ejemplo, SSTSJ de Madrid de 1 y 18 de marzo de 2021 (recs. 596/2020 y 136/2021, respectivamente).

²³ Por citar algunas, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 1 de marzo de 2021 (rec. 103/2021), Cataluña de 23 de abril de 2021 (rec. 5233/2020) y de 20 de mayo de 2021 (rec. 5234/2020), y Navarra de 24 de junio de 2021 (rec. 198/2021).

personas cesadas que hayan permanecido un breve espacio de tiempo empleadas (incluso, puede que a tiempo parcial) que para aquellas otras cuya vida laboral en la empresa haya resultado ser más dilatada y estable. Como tampoco lo será para aquellas personas que perciban un salario superior respecto de otras que perciban, por las circunstancias que fueran, una cuantía salarial más baja. Con ello se quiere decir, en fin, que arduo puede ser el problema de delimitar, en ciertas ocasiones, cuándo la indemnización legal resulta ser insuficiente, habida cuenta de las múltiples variables que pueden incidir sobre ella. Quizá un modo de solucionar el problema pueda ser el de comparar la cuantía indemnizatoria cuestionada con la que percibiría, de ser cesada, una persona trabajadora de la misma empresa y centro de trabajo con el mismo tipo de contrato, que realice un trabajo idéntico o similar y cuya vida laboral se extienda en el tiempo de forma aproximada a la de la persona despedida. Pero, con todo, no sería la solución óptima en tanto que habría que tener en cuenta que sobre aquella pueden concurrir determinadas circunstancias (mayor o menor facilidad para acceder al mercado de trabajo por razones de edad, sexo o, incluso, estado familiar, si se piensa en el caso de la persona cabeza de familia de un hogar monoparental) que podrían hacerla, a ojos del juzgador y si se permite la expresión, merecedora de un mayor *quantum* indemnizatorio.

El segundo de los requisitos, por su parte, consiste en que, en el despido, el empresario debe haber incurrido, de forma «clara y evidente», en una «ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho». Solo estos casos habilitarían al juzgador a reconocer una hipotética indemnización compensatoria que excepcionaría el régimen ordinario previsto en el artículo 56 del ET. Ahora bien, la cuestión es determinar cuándo se apreciaría esa ilegalidad, ese fraude de ley o el abuso de derecho. ¿Bastaría con la inexistencia de causa? ¿Con acometer el despido sin el más mínimo respecto a las exigencias formales? Porque tales son los motivos que conducen a la declaración de improcedencia del despido y creo que, sin mayores inconvenientes, se pueden reconducir al concepto de ilegalidad, esto es, de contravención con las normas que regulan el despido. Al límite y siempre según las circunstancias que se aprecien, la falta de causa incluso podría acabar siendo calificada como un supuesto de abuso de derecho o de fraude de ley, técnicas contempladas en los artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil, respectivamente, y que, en todo caso, necesitan someterse a la más estricta comprobación de los elementos que se exigen para su constatación.

Finalmente, obsérvese con atención el último de los requisitos enunciados, puesto que, de consolidarse, implicará que la persona cesada habrá de demostrar, también, la concurrencia o relevancia de los daños y perjuicios aducidos en la demanda, lo que supondrá listar tales incidencias y evidenciarlas en juicio, y siempre más allá de los perjuicios que la pérdida del puesto de trabajo haya supuesto en tanto que los mismos ya estarían cubiertos, evidentemente, por la indemnización legal²⁴. En caso contrario, el juzgador no podrá apreciar que se está ante una situación o «escenario» excepcional que justifique que se tenga que fijar,

²⁴ STS de 20 de septiembre de 2007 (rec. 3326/2006).

por mandato del artículo 10 del C158 y artículo 24 de la CSE, una indemnización superior más adecuada que la fijada en el artículo 56 del ET.

Son muchos, pues, los interrogantes que derivan de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que se pueda reconocer una indemnización compensatoria adicional y muchos los inconvenientes procesales en los que se puede colocar a la persona cesada. Tal vez, para ello, mejor haber zanjado la cuestión aplicando, sin más, la legalidad vigente y sin posibilidad de régimen excepcional alguno. Ahora bien, dicho esto, creo que el planteamiento del debate es más que oportuno, porque obedece a una carencia normativa o regulatoria que ciertamente se ha detectado y que pone en jaque la idea misma de asegurar una protección eficaz contra el despido. A esta carencia se le puede hacer frente, ya se ha visto, con argumentos rupturistas con el régimen del despido que instaura el ET o, por el contrario, con argumentos continuistas, aunque preñados de las convenientes matizaciones. Tal es el dilema que actualmente se encuentra en sede judicial y que será interesante comprobar cómo va evolucionando.

Aportando mi opinión al respecto, son dos los interrogantes que creo han de responderse. De un lado, si ese débito indemnizatorio «adecuado» ex artículo 10 del C158 y artículo 24 de la CSE puede ser predeterminado por el legislador o si, por el contrario, debe fijarse para cada caso concreto por el órgano judicial. De otro, si la indemnización que resulta de un sistema de cálculo tasado es o no adecuada. Por lo pronto, ya se ha visto que se legitima desde el TC a quien legisla –y solo a este órgano– para perfilar los contornos de la institución en el amplio margen con el que cuenta dentro del marco constitucional. Y en el uso de esa facultad, se ha optado, en las sucesivas versiones del artículo 56 del ET, por instaurar un sistema de cálculo tasado sustentado en dos variables muy concretas y objetivas (tiempo de prestación de servicios y salario) que, además, se encuentra topado en determinadas cuantías máximas para evitar que el despido de las personas empleadas que mayor tiempo hayan permanecido en la empresa no le suponga a esta un esfuerzo económico ímprobo que termine, al límite, por descapitalizarla. En el marco, pues, que ofrece la norma constitucional, quien legisla puede perfectamente predeterminar el *quantum* indemnizatorio, diseñando una tarificación tasada a través de dos parámetros del todo punto constatables que ofrece –o esa es la idea– la necesaria seguridad jurídica a las partes²⁵.

Ahora bien, ello no responde a la pregunta de si esa indemnización fijada por el legislador y tasada y topada conforme a unos determinados parámetros objetivos resulta ser o no «adecuada» desde el punto de vista internacional y europeo. Veamos, según la RAE,

²⁵ Más allá de lo dicho, no cabe olvidar que existe la posibilidad, también creada por la norma ordinaria, de abonar a la persona trabajadora una indemnización complementaria en el caso de que concurren determinadas circunstancias, bien las previstas en el artículo 183 de la LRJS (lesión de derechos fundamentales), bien las previstas en el artículo 281.2 b) de la LRJS (incidente de no readmisión), siendo esta última cuantía también tasada (15 días de salario, con el tope de 12 mensualidades).

algo «adecuado» es algo «apropiado para alguien o para algo», significando «apropiado» que es «ajustado y conforme a las condiciones o a las necesidades de alguien o de algo». Pues bien, con base en ello, puede plantearse la siguiente pregunta: ¿es adecuado, es decir, ajustado a las necesidades de la persona trabajadora injustamente despedida, que se la repare únicamente por la pérdida de su empleo sin tener en cuenta o dejando de lado otros posibles perjuicios (daños morales, lucro cesante, daño emergente) que ese cese le haya podido acarrear? Parece que no. Parece que la predeterminación de la cuantía por parte de quien legisla, aunque tiene sus ventajas por la uniformidad de criterio que despliega, ocasiona, evidentemente, que queden sin reparar determinados daños producidos en la esfera personal y patrimonial de la persona trabajadora, daños que solo el juzgador está en posición de valorar. Es este el que, habida cuenta de su proximidad a los hechos, a las partes litigantes y a las pruebas, estaría capacitado, efectivamente, para tener en cuenta otras variables, como la posición personal en la que queda la persona despedida, que compensaran a esta por la globalidad de los perjuicios derivados de una decisión totalmente injustificada y no solo por la pérdida de su empleo.

Vista la cuestión desde este ángulo, ningún tope legal fijado por quien legisla habría de limitar el poder del órgano judicial en la cuantificación de los daños que irroga una decisión de cese improcedente. Para ser adecuada, ajustada, proporcionada, la indemnización a abonar habría de ser cuantificada no con base en unos parámetros predeterminados, sino con base en todas las circunstancias que puedan acontecer en el supuesto de hecho (en el mismo sentido, Baylos Grau, 2021, p. 11). Solo —entiendo— realizando una valoración en global, en conjunto, de todas ellas podría alcanzarse ese ideal de «indemnización adecuada» que prevén tanto el C158 como la CSE. Refuerza este planteamiento, además, el hecho de que el CEDS, máximo órgano de garantía del cumplimiento de la CSE, haya dictado una resolución en fecha 11 de febrero de 2020²⁶ en la que expresamente entiende como contraria a la normativa europea una previsión que fije un importe indemnizatorio máximo como reacción frente al despido improcedente o injustificado. Si se recuerda, en el contexto del ordenamiento laboral italiano, se denunciaba la vulneración del artículo 24 de la CSE por cuanto el órgano legislativo había previsto un mecanismo de cálculo de la indemnización por despido injustificado basado en unos tope máximos absolutamente desvinculados del perjuicio real sufrido. El Comité admitió a trámite la reclamación y determinó, en líneas generales, que:

[...] ni las vías jurídicas alternativas que ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del límite establecido por la ley vigente, ni el mecanismo de conciliación, tal como se prevén por las disposiciones litigiosas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y susceptible de disuadir para recurrir a los despidos ilegales.

²⁶ Decisión del CEDS sobre resolución de la reclamación colectiva número 158/2017 (Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia).

Se añade, además, que:

[...] cualquier tope o límite que pueda tener el efecto de que las indemnizaciones otorgadas no estén en relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasorias es, en principio, contrario a la Carta, como lo ha declarado también, en cierta medida, la Corte Constitución italiana en su Sentencia n.º 194/2018. En caso de tope de las indemnizaciones otorgadas como compensación por el perjuicio material, la víctima debe poder pedir reparación por el perjuicio moral sufrido a través de otras vías jurídicas y las jurisdicciones competentes para otorgar una indemnización por el perjuicio material y moral sufrido deben pronunciarse en un plazo razonable.

Ciertamente, la resolución se emitió en el contexto de un ordenamiento laboral muy específico y distinto al español, el italiano, pero, perfectamente, puede extrapolarse al nuestro. Y no solo porque el artículo 56 del ET plantea una situación comparable a la italiana, sino porque, además, tras la ratificación de la CSE y de su protocolo de reclamaciones colectivas, puede decirse que el papel del Comité se ha revalorizado con mucho en nuestro país (Molina Navarrete, 2021, p. 217). Si aún con anterioridad a este momento podían albergarse dudas al respecto²⁷, creo que ahora, en buena lid, ya no caben. Las resoluciones del Comité no son o no deben ser consideradas como algo accesorio o como algo con un valor puramente didáctico (Jimena Quesada, 2021, p. 211). Por imperativo constitucional y dado el carácter de interpretación auténtica de las decisiones que adopta este órgano sobre la CSE²⁸, nuestros sistemas legal y jurisdiccional habrían de tenerlas en cuenta y someterse a ellas de modo inexcusable (Salcedo Beltrán, 2021, p. 82), como así se hace con las sentencias que emanan del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Jimena Quesada, 2015, p. 104). El valor vinculante, pues, de las interpretaciones y resoluciones que dicte el Comité para delimitar el contenido de los preceptos de la CSE no debe ser, en la actualidad,

²⁷ Así, pueden citarse, entre otras, como resoluciones que niegan la eficacia vinculante de la interpretación realizada por el Comité, las SSTSJ de Cataluña de 31 de enero de 2020 (rec. 5840/2019) y Madrid de 15 de octubre de 2020 (rec. 283/2020) y 3 de noviembre de 2020 (rec. 587/2020).

²⁸ Señala la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que:

[...] tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el derecho comunitario derivado pueden constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 116/2006, de 24 de abril [...]; o STC 198/2012, de 6 de noviembre [...]).

puesto en duda, y ello con independencia de que tengan como destinatario a nuestro país o a otro u otros distintos (Salcedo Beltrán, 2021, p. 80)²⁹.

Los compromisos internacionales y europeos, en definitiva, no solo permiten, sino que obligan a una revisión del sistema de tarificación tasado de la indemnización por despido improcedente, puesto que, con su aplicación, no se reparan en su totalidad los daños generados por una decisión injustificada del empresario y, además, termina por crear dos tipos de personas empleadas, las que trabajan en sectores precarizados, de alta temporalidad y rotación (fuertemente feminizados, por otra parte) y el resto. No cabe aducir muchos argumentos para constatar que el diseño legal castiga irremediabilmente a quienes están empleados/as en los primeros y no en los segundos, es decir, en aquellos sectores o actividades en los que no es infrecuente gozar de un tiempo de permanencia mayor en la empresa, los salarios son más altos o se trabaja en mayor medida a tiempo completo (Baylos Grau, 2021, p. 13). Por lo tanto, la conclusión, visto el asunto desde esta perspectiva, se muestra sencilla: o bien se modifica o deroga la norma interna o, si ello no se lleva a cabo, se permite a los órganos judiciales, en aplicación del control de convencionalidad, que, responsablemente, den un paso al frente, dejen de aplicar el método de cálculo previsto en el artículo 56 del ET en lo que respecta a la indemnización y cuantifiquen esta conforme a todas las variables que, según las circunstancias del caso, se puedan presentar (tarea en la que habrían de sujetarse, eso sí, al rigor jurídico y no a la arbitrariedad irreflexiva o anudada a parámetros puramente ideológicos). El terreno, desde luego, es resbaladizo (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021) por el abandono de la seguridad que ofrece la indemnización tasada, pero es el coste por hacer frente a unos mandatos supranacionales, que, no se olvide, se han asumido voluntariamente.

A nadie se le puede escapar, sin embargo, que tener en cuenta otras circunstancias puede acarrear, como antes se ha dicho, para la persona trabajadora despedida la tarea de demostrar los perjuicios ocasionados y su relación con la decisión de cese tomada por el empresario, algo que, en ocasiones, podría resultar tremendamente dificultoso. Pero, con todo, no creo que la existencia de inconvenientes probatorios deba ser el argumento de fuerza que quepa oponer a la necesidad de observar los mandatos supranacionales. El empeño probatorio de la persona despedida habrá de ser, en su caso, debidamente complementado por la valoración e interpretación que de los hechos efectúe el juzgador, y ello sobre la base de criterios de equidad, de razonabilidad, no desde luego –y debe insistirse– desde la arbitrariedad, que no cabe, en modo alguno, prejuzgar. La decisión, pues, del órgano judicial habrá de contener una referencia objetivada del motivo (o motivos) por el que se concede una determinada cuantía económica y no otra, sin posibilidad

²⁹ Entre las sentencias de los órganos judiciales españoles que resuelven el supuesto planteado conforme a las decisiones o interpretaciones que de ciertos preceptos de la CSE realiza el Comité por cuestiones originadas en otros Estados, se encuentran las SSTSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2019 (rec. 3647/2019) y 19 de octubre de 2020 (rec. 44/2020).

de esgrimir únicamente, como así ha hecho alguna que otra resolución³⁰, razones de oportunidad (Molina Navarrete, 2020, p. 205).

Tras todo lo explicado, creo que también resulta respondido el segundo interrogante planteado, esto es, si la cuantía resultante de una indemnización tasada puede considerarse adecuada. La respuesta, siempre teniendo en cuenta el escenario que plantea el artículo 56 del ET, no puede ser otra que negativa. El *quantum* indemnizatorio que resulta de aplicar las reglas y los topes del precepto estatutario no puede considerarse adecuado ya no solo porque no repare la globalidad de los daños ocasionados por un cese injustificado, sino también porque no se ajusta el método de cálculo a los parámetros que fija el artículo 12 del C158. Y es que, en efecto, conforme a este precepto, las indemnizaciones por extinción injustificada han de establecerse «en función, entre otros, del tiempo de servicios y del monto del salario», por lo que la fijación de indemnizaciones en función de esos dos exclusivos criterios, con olvido del inciso «entre otros» como hace la norma interna, vulnera, claramente, en mi opinión, el tenor literal del precepto internacional. A mayor abundamiento, la rebaja del coste indemnizatorio efectuada en el marco de la reforma laboral del año 2012, aunque declarada acorde con el marco constitucional³¹, en absoluto contribuye a considerar como «adecuada» la indemnización que se perciba, en tanto que, en buena lógica, abaratar el incumplimiento en modo alguno puede considerarse como una medida que esté en sintonía con lo que se exige por las normas internacionales y europeas³². Por lo demás, no está de más reparar en que el carácter abierto, indeterminado, de la indemnización por cese improcedente, ajustado o proporcionado al daño causado entendido este en su globalidad, tendría la virtud de lanzar un determinado mensaje a la parte empresarial, pues, dicho en términos positivos, se incentivaría al empleador a tomar todas las medidas necesarias a la hora de despedir, lo que tendría su traducción, a la postre, en un mayor cumplimiento de las normas y reglas laborales³³.

Como puede constatarse, en fin, el posicionamiento que se sigue desde estas páginas es muy claro por opuesto a los posicionamientos más tradicionales; con todo, creo que no me equivoco al asegurar que no tiene visos de prosperar, primero, por su principal desventaja, la inseguridad jurídica que ofrece, en especial, al empresario, que no podría, de antemano, conocer el precio del despido que acomete, esto es, lo que le va a costar deshacerse de

³⁰ SJS número 26 de Barcelona 170/2020, de 31 de julio.

³¹ De nuevo, ATC 43/2014, de 12 de febrero, y, de nuevo, utilización del argumento de la potestad de quien legisla para establecer unas u otras cuantías a fin de compaginar todos los intereses en juego.

³² De hecho, el informe «Estadísticas de empleo y su coste. Datos 2015-2018», elaborado por el Ministerio de Trabajo, corrobora, por su parte, que la indemnización media por despido ha ido descendiendo de una forma muy progresiva, hasta tal punto que en 2018 llegó a 9.306 euros (frente a los 10.045 € de 2015). Y ello especialmente en tres sectores muy precarizados, comercio, hostelería y construcción.

³³ La adecuación de la indemnización por despido improcedente también se ha vinculado a un efecto disuasorio que pueda prevenir la toma de estas decisiones por parte del empresario. Así, decisión del CEDS de 8 de septiembre de 2016.

la persona empleada por la vía del cese improcedente, y, segundo, porque no parece que exista una voluntad ni política ni de los agentes sociales por modificar el *statu quo* establecido. Ni siquiera se reclama por las principales organizaciones sindicales del país retomar la indemnización anterior de 45 días de salario, aunque se estén dando pasos para derogar otros aspectos, quizá no tan lesivos o trascendentes, de la reforma laboral efectuada en el año 2012. Por ello, me aventuro a decir que lo que ocurrirá es que se mantendrá el sistema rígido de tarificación del coste del despido tal y como actualmente se encuentra, porque se garantiza con él el deseado ajuste empresarial en especial en épocas como la actual de crisis económica, excepcionándolo, si acaso, en determinadas y muy contadas ocasiones, en las que sí se aprecie, sin temor alguno a equivocación, la escasez en la cuantía percibida.

4. A modo de conclusiones

Con todas las cautelas con las que hay que plantear siempre los cambios, creo que existen, como se ha visto, aspectos del diseño del derecho de opción que pueden ser objeto de revisión para intentar mejorar la protección frente al despido, ya devaluada de por sí tras las sucesivas reformas que ha padecido el artículo 56 del ET. La vuelta de los salarios de trámite en toda su amplitud, esto es, también cuando se opte por la extinción indemnizada, es algo que no debería, hoy en día, cuestionarse, dado que existen sólidos argumentos, como se ha visto, para oponerse a la doctrina que, en su momento, emitió el TC a fin de convalidar una reforma laboral vista por algunas instituciones, organismos o personas como necesaria para contrarrestar los efectos de una profunda crisis económica. De igual modo, existe, en mi opinión, margen constitucional suficiente para plantear que el derecho de opción pueda ser ejercitado también por la persona despedida. ¿En qué circunstancias? Desde estas páginas, se ha aventurado una solución, tan legítima como otras que puedan pensarse; pero una solución, al fin y al cabo, que no alteraría ese delicado equilibrio al que tantas veces se ha hecho referencia entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo.

Más problemático puede ser apostar por un modelo de estabilidad real en el empleo como regla frente al despido improcedente. Cierto es que se parte de una decisión ilícita del empresario y a este, en buena lógica, no se le debería permitir escoger cuál deba ser el alcance de su propia responsabilidad. Ello no obstante, ni desde la perspectiva constitucional ni desde la supranacional pueden ofrecerse argumentos sólidos como para sustentar esta opción revisionista. Dicho esto, sin embargo, la convergencia de las normas internacionales (C158) con las europeas (CSE) sí que debe conducir al legislador a plantearse seriamente la eliminación del sistema de tarificación tasado que contempla el artículo 56 del ET. Además de distinguir (¿injustamente?) entre dos categorías de personas trabajadoras, lo cierto es que puede mostrarse rotundamente ineficaz para reparar los daños que ocasiona el despido improcedente (más allá de los perjuicios que ocasiona la pérdida del empleo) y, además, para disuadir al empresario de acometer este tipo de ceses, ya que, en el momento de tomar la decisión extintiva, acudirá más a la lógica del coste/oportunidad que a la reflexión y a la cautela.

Quizá sea un cambio, este último, que encuentre muchas reticencias a nivel político y empresarial, porque no se quiera mutar, de la noche a la mañana, un *statu quo* muy asentado en la tradición histórica laboralista y que permite realizar mejor los ajustes en la organización empresarial. Tal vez por ello, resulta difícil imaginar que pueda ponerse sobre la mesa, porque, de hacerse, requeriría de un cambio ideológico y cultural muy profundo y para el que, seguramente, no existe la debida preparación. Ahora bien, el problema es que no es esta una reforma que pueda quedarse en el debate del contexto académico. Los mandatos internacionales y europeos, en este sentido, exigirían, en la práctica, la adaptación legislativa del ordenamiento laboral a los requerimientos supranacionales o, si no fuera el caso, la adaptación judicial. Y, en este caso, no se trata, si se permite la expresión, de realizar un llamamiento a los órganos judiciales para actuar en rebeldía y desde la más absoluta arbitrariedad (preñada o no de tintes ideológicos), sino, más bien, para actuar desde el sentido de la responsabilidad y equidad y, en todo momento, en coherencia con lo que exigen los mandatos internacionales habida cuenta de lo que implica ejercer el control de convencionalidad de las normas. La inseguridad jurídica sería un problema, desde luego, pero todo cambio requiere de un inicio que, en mayor o en menor medida, puede ser traumático. Tal vez, en un contexto como el actual donde se suceden de manera rápida y progresiva los cambios en el escenario laboral, pues cambiante es también la sociedad en la que han de aplicarse estas normas, sea hora ya de acometer una reforma en profundidad de la institución del despido que se ajuste a una concepción de la persona que trabaja no como una mercancía, sino como un valor a considerar.

Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, Antonio. (2021). Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria. *Revista de Derecho Social*, 93, 7-16.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio. (2013). Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes. *Relaciones Laborales*, 7, 1-13.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio. (16 de septiembre de 2021). Compensación complementaria a la legal tasada por despido improcedente: importante acotación del TSJ de Cataluña para su reconocimiento. *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/09/16/compensacion-complementaria-a-la-legal-tasada-por-despido-improcedente-importante-acotacion-del-tsj-de-cataluna-para-su-reconocimiento/>.
- Ginès i Fabrellas, Anna. (2013). La regulación de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación en la Ley 3/2012: ¿por qué abaratar el incumplimiento? En *Las reformas del derecho al*

trabajo en el contexto de la crisis económica. *La reforma laboral de 2012* (pp. 1-18). Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- Jimena Quesada, Luis. (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 99-127.
- Jimena Quesada, Luis. (2021). Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2020. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 11(2), 163-241. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6056>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019). Actualidades y críticas del Convenio OIT n.º 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7, 125-180.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 185-208.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial «olvidado» del derecho al trabajo. *Revista de Derecho Social*, 93, 199-217.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021). *El Comité Europeo de Derechos Sociales: legis interpretatio legis vim obtinet en su máxima esencia y resistencia.* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 73-127.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. (2012). La eliminación de los salarios de tramitación y su ajuste constitucional (2002 y 2012). *Aranzadi Doctrinal*, 2, 1-14.