

LÓGICA Y ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

*Contratado FPU (Ministerio de Educación).
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LAS indemnizaciones por despido se encuentran, como muestra la última reforma laboral, en el centro del debate sobre el mal funcionamiento del mercado de trabajo. Se trata de una institución cuya regulación tiene importantes implicaciones jurídicas, pero que también requiere un análisis desde la perspectiva económica. En este trabajo se evalúa la coherencia (o más precisamente, la ausencia de ella) de la regulación de estas indemnizaciones en aquellos casos en los que el Derecho califica la extinción como improcedente. Para ello, se analiza el impacto económico de la existencia de estas indemnizaciones y, desde el conocimiento de esta realidad, se trata sistemáticamente la regulación existente en la materia y su efectiva puesta en práctica. A través de este estudio, en el que se comprueba la existencia de diversos elementos que alteran la lógica inicial y en el que se verifica la inexistencia de una lógica común, se detectan las incongruencias que la legislación o la interpretación jurisprudencial han ido generando, por medio de las sucesivas modificaciones de la primera y resoluciones de la segunda.

Palabras clave: coste del despido, sanción, efectos del despido, análisis jurídico-económico, dualidad del mercado de trabajo, igualdad, determinación de la cuantía y mercado de trabajo.

SENSE AND EXTENT OF COMPENSATION IN CASE OF UNFAIR DISMISSAL

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

*Contratado FPU (Ministerio de Educación).
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

THE dismissal awards are conceived as one of the main cause of distortions in the spanish labour market, as shows the content of the last reform of the Worker's Statute. The regulation of this institution has major implications from a juridical perspective but also from the economic analysis. This research examines the logics and the inconsistencies of the consequences established in the law for one specific situation: the dismissal legally described as «improcedente» (unlawful). To this end, economic implications of this payout are explained, in order to a better comprehension of the precise rules and practices in this aspect of labour law, which are systematically expounded. This paper states several deviations of the logic that is supposed to inspire the regulations of those awards. It also shows how judicial reviews and law reforms have caused incongruences when trying to solve concrete problems.

Keywords: dismissal cost, fine, dismissal effects, Law and Economics analysis, labour market duality, equity, payment fixation and labour market.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Los costes del despido en España y sus efectos.
 - 1. La situación de España.
 - 2. Efectos del despido en la literatura económica.
- III. La indemnización por despido improcedente en el Derecho español.
 - 1. El origen de las indemnizaciones por extinción.
 - 2. Naturaleza jurídica y fundamento actual de la indemnización.
 - 3. El contenido de la indemnización por despido improcedente.
 - 4. Criterios de determinación de la indemnización.
 - 5. Indemnizaciones tasadas e indistintas desde una perspectiva constitucional.
- IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El despido se ha definido, desde el clásico estudio del profesor ALONSO OLEA, como la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario ¹. Supone, desde luego, la ruptura de un vínculo obligacional, pero la significación social del contrato de trabajo hace que su relevancia para el trabajador sea mayor, y así lo contemplan la mayor parte de los sistemas normativos.

Esta decisión extintiva, como es sabido, es admitida por el ordenamiento jurídico en ciertos casos y en atención a ciertas razones que justifican la tutela del interés del empresario. Fuera de éstos, el despido es una conducta ilícita y como tal merece un reproche jurídico que se manifiesta en una determinada sanción. Ésta puede consistir bien en la obligación de readmitir, bien en el nacimiento de una deuda indemnizatoria.

El objeto de esta investigación es precisamente el análisis de esta indemnización desde una perspectiva general. La importancia de esta materia en el Derecho del Trabajo es mucha, y con acierto se ha dicho que la facilidad o dificultad para despedir es la pieza central que determina el equilibrio de poder entre empresario y trabajador. Sin embargo, y aun cuando los aspectos jurídicos sean el objeto principal de esta investigación, el interés de la cuestión excede de éstos: la existencia y la cuantía de costes de despido son aspectos en los que se centran las miradas a la hora de analizar el comportamiento del mercado de trabajo.

Un planteamiento estrictamente jurídico, que analice la indemnización por despido improcedente exclusivamente desde la perspectiva de la lesión de un derecho del trabajador —el derecho a no perder su empleo sin una justa causa— puede resultar correcto formalmente, pero estará dejando de lado un importante aspecto: la relación de trabajo es un vínculo en la que los intereses de las partes son esencialmente económicos. Sin negar que el interés del trabajador excede la mera obtención de un salario y siendo cierto que la participación en el sistema productivo incide en su estatus de ciudadanía, no puede olvidarse que el empresario cuando decide despedir, no lo hace desde una perspec-

¹ ALONSO OLEA, M.: *El despido: un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 10.

tiva expropiatoria. Su objetivo no es la expropiación de un derecho ni la lesión de los intereses del trabajador, sino obtener el máximo beneficio de su explotación económica. Con ello no pretende justificarse ni defenderse la legitimidad de los despidos sin causa suficiente en Derecho, sino simplemente resaltar el carácter parcial e incompleto de un análisis de las indemnizaciones por despido improcedente que no tenga en cuenta que la actuación del empresario no se moverá en la lógica de los derechos sino en la de los intereses.

El objetivo de este trabajo no es, por tanto, una revisión completa del despido, que requeriría un detallado análisis de la causalidad en todos sus elementos, ni tan siquiera del conjunto de indemnizaciones extintivas, que comprendería también las relacionadas con la normal terminación de los contratos temporales y los legítimos despidos por causas objetivas. Esta investigación se centra en la consecuencia que el ordenamiento jurídico prevé para una determinada conducta ilícita, como es la actuación del empresario de dar por terminada la relación laboral sin que para ello concurra una razón que avale tal actuación. La antijuridicidad de esta conducta y la existencia de una sanción, conocida de antemano por el empresario y que aun así no impide su comisión, plenamente voluntaria, lleva necesariamente a plantearse cuáles son sus móviles, cuáles son los incentivos y desincentivos que encuentra en la normativa para actuar de este modo.

Este análisis del empresario, individualmente considerado, no debe hacer perder la perspectiva más general de la economía en su conjunto. La suma de conductas patronales constituye, en la práctica, gran parte de la razón de ser del funcionamiento del mercado de trabajo, o, si se prefiere una nomenclatura menos economicista, de las relaciones laborales. Es preciso por ello plantear, aunque sea someramente, un análisis de los efectos agregados sobre variables macroeconómicas, como el nivel de desempleo o la productividad del trabajo, así como conocer la incidencia real de las indemnizaciones por extinción en la economía española, pues éste es el contexto en que ha de aplicarse la normativa en cuestión.

Es innegable que la cuantía y procedencia de las indemnizaciones por despido se encuentran en una posición muy destacada del debate público, siendo innumerables las propuestas de reforma² –algunas de ellas sólidamente argumentadas y sólidamente rebatidas– dirigidas a reducir las indemnizaciones, entendidas ahora no como la cuantificación monetaria del perjuicio causado, sino como un coste que el empresario debe soportar para extinguir relaciones laborales. Aun cuando es cierto que desde la lógica iuslaboralista es una sanción ante un ilícito y no una partida contable más³, es innegable que en la práctica el despido objetivo –que debiera ser el cauce para atender a las necesidades reales de las empresas para la reducción de sus plantillas– se usa en un número reducido de casos, por lo que la normativa para despidos improcedentes, que debiera ser excepcional, se convierte en la regla general, como ha reconocido el propio legislador y ha tratado de remediar en la última y reciente reforma laboral, operada por el Real Decreto-Ley 10/2010 y la posterior Ley 35/2010.

² CRUZ VILLALÓN, J.: «La regulación del despido: funciones y articulación jurídica», *Circunstancia*, vol. 20, 2009, pág. 1, en http://www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=978

³ A pesar de que la reciente Ley 35/2010, en la que el FOGASA asume parte de la cuantía, pueda dar lugar a confusión sobre su carácter. Sobre esta cuestión, DESDENTADO BONETE, A.: «La reforma del despido en la Ley 35/2010», en Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y Jesús R. MERCADER UGUINA (eds.): *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010; así como mi trabajo en esa misma obra.

II. LOS COSTES DEL DESPIDO EN ESPAÑA Y SUS EFECTOS

1. La situación de España

Es un argumento común afirmar que los altos niveles de desempleo que sufre y ha sufrido España en las últimas décadas se deben precisamente a las elevadas indemnizaciones que establece nuestra legislación, lo que supondría, en esta línea argumental, un desincentivo a la contratación. Al margen de la inexactitud de esta afirmación, que se estudiará más adelante con atención a la literatura económica y los estudios empíricos, parecería que al menos debiera existir una certeza de que, en efecto, el empresario español soporta un nivel desmesurado de gastos vinculados al despido.

En general, estas posturas se basan en los estudios ⁴ llevados a cabo en el ámbito internacional, entre los que pueden destacarse, por la importancia de las instituciones que los elaboran y la atención que reciben en los medios de comunicación, las publicaciones del Banco Mundial y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En ellas se realiza un esfuerzo de comparar realidades no homogéneas, estableciendo para ello criterios objetivos y fácilmente medibles en cada país ⁵. De este modo se acude a parámetros estandarizados, lo que, aunque facilita la comparación, no responde necesariamente al caso del trabajador real de cada una de las economías analizadas ⁶ y, en general, los análisis muestran que la variabilidad de los *rankings* es muy alta, debido a que los métodos de cálculo son muy sensibles a cambios o posibles errores ⁷.

Cabe por tanto descartar la afirmación categórica de que los costes del despido en España son, en términos comparados, desproporcionadamente altos, al menos sin un análisis más profundo. Se hace necesario analizar cuál es el coste real de los despidos en España, tanto en términos relativos como absolutos. La comparación con la Unión Europea (**gráfico 1**) muestra que el gasto real del empresariado español en pagos por razón de la extinción del contrato supone un 0,72 por 100 de los costes laborales totales, por debajo de la media de la Unión Europea y destacadamente por debajo de Austria, cuya regulación de los pagos por despido suele citarse como ejemplo en materia de costes de esta índole ⁸. De nuevo, resulta difícil afirmar que el sistema indemnizatorio español pueda ser la causa de los diferenciales de desempleo y productividad de la economía española.

⁴ En particular, por su relevancia internacional y el reconocimiento del prestigio de las instituciones que los elaboran, pueden destacarse OCDE, *OECD Employment outlook 2004*, y Banco Mundial, *Doing Business 2010*, 2010, pág. VI, en <http://www.doingbusiness.org/documents/fullreport/2010/DB10-full-report.pdf>

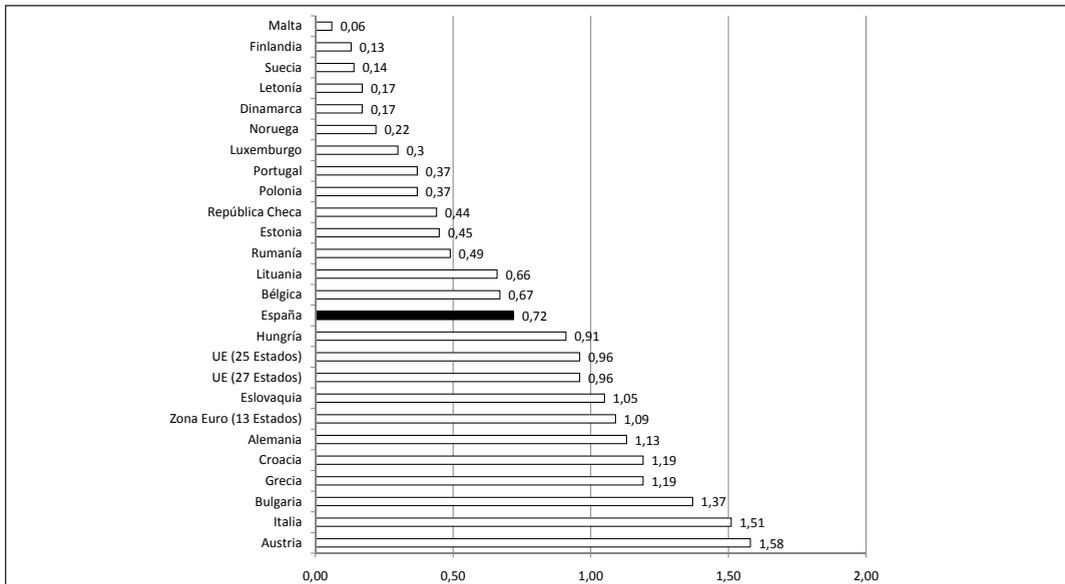
⁵ De hecho, el propio informe, en su presentación, expone entre sus limitaciones el hecho de tomar medidas objetivas y estandarizadas, «con el coste inevitable de la generalización» (*Ibid.*)

⁶ Especialmente crítico y acertado sobre esta cuestión, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Causalidad del despido disciplinario*, 1.ª ed. Civitas, 2009, pág. 27.

⁷ MALO OCAÑA, M.Á.: *Costes de despido y creación de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 1999, pág. 50.

⁸ Debe tenerse en cuenta que la estadística ofrecida es cuatrienal y aún no se han publicado los resultados de la correspondiente al año 2008. Dado que el sistema que se impuso en 2003 sustituye las indemnizaciones por despido por una aportación continua del empresario de 1,53 por 100 del salario a un fondo a nombre del trabajador, que éste puede percibir en ciertos supuestos extintivos pero cuya titularidad conserva aun fuera de los mismos, es de esperar que el gasto en extinciones progresivamente se aproxime a esta cifra. Al respecto, *vid.* KOMAN, R., SCHUH, U. y WEBER, A.: «The Austrian Severance Pay Reform: Toward a Funded Pension Pillar», *Empirica*, vol. 32, 3, 2005.

GRÁFICO 1. Pagos al trabajador por dejar la empresa como porcentaje del total de costes laborales.



FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos de la encuesta de costes laborales. Eurostat (2004).

En todo caso, no es posible desagregar a nivel comunitario las prestaciones efectivamente pagadas a los trabajadores cuando el despido es calificado como improcedente. Las comparaciones sobre normativa resultan poco esclarecedoras, pues aspectos como el preaviso o los salarios de tramitación son difíciles de tratar de un modo homogéneo. En todo caso, debe destacar que al menos desde la perspectiva objetiva de las indemnizaciones previstas para los diferentes trabajadores, modelo que toman las investigaciones de esta clase, España ocupa las primeras posiciones en cuanto a costes del despido ⁹.

El estudio completo del coste que supone para el empresario español el cumplimiento de la legislación de protección frente a los despidos tampoco ofrece resultados claros. Las fuentes de información son «pocas, dispersas, heterogéneas y, en definitiva, deficientes» ¹⁰, lo que sorprende dada la importancia que los agentes sociales le dan a la cuestión. Debe señalarse al respecto que estas lagunas de información traen causa en distintos factores, tales como la falta de explotación estadística adecuada de la documentación administrativa o la tradicional falta de reflejo de los datos acerca del despido en las estadísticas públicas.

En todo caso, sí que existen algunos datos que permiten estimar aproximadamente las indemnizaciones que se abonan, si bien no es posible la desagregación en razón del tipo de despido, lo cual sería de gran interés a la hora de determinar si efectivamente los costes que la indemnización por

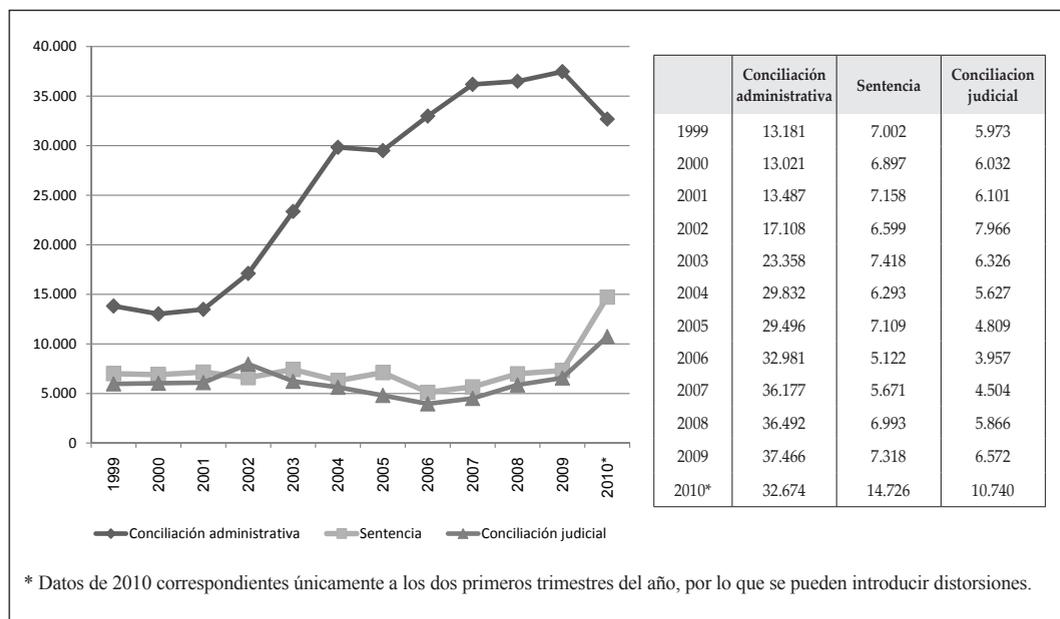
⁹ MALO OCAÑA, M.Á.: *óp. cit.*, pág. 48.

¹⁰ *Ibid*, pág. 53.

despido improcedente suponen una carga tan pesada para las empresas que justifique su reducción. Al respecto, el Boletín de Estadísticas Laborales ofrece información acerca del total de indemnizaciones acordadas en conciliaciones con avenencia, así como de las que se adoptan en el proceso especial de despido, ya sea en la propia sentencia o en conciliación en sede judicial.

La evolución que aparece en el **gráfico 2** puede llevar a engaño si no se analiza a la luz del régimen jurídico existente: el notabilísimo incremento que se muestra a partir de 2002 en las cantidades pactadas en conciliación es en realidad un efecto estadístico, al menos en parte. Ello se debe a que las reformas operadas en ese año permitieron que la conciliación no fuera requisito necesario para congelar los salarios de tramitación, de tal modo que un gran número de despidos, en los que el empresario era consciente de la inviabilidad de sostener su validez, son desde entonces reconocidos como improcedentes sin llegar al acto de conciliación y sin que ningún poder público tenga conocimiento de su cuantía, sin perjuicio de los deberes en materia tributaria que puedan derivarse de ella. Por tanto, todos los casos en los que el acuerdo (que generalmente será un simple allanamiento empresarial, o eventualmente una transacción entre empresario y trabajador) se alcance fuera de los sistemas oficiales de resolución de conflictos no se contemplan en el gráfico indicado, y es de suponer que entre estos casos se comprenderán los de aquellos trabajadores para los que la indemnización es más baja, dado el efecto que produjo la entrada en vigor de las reformas señaladas. En todo caso, el incremento de los dos últimos años tampoco puede entenderse sin tener en cuenta la situación de crisis económica, que ha incrementado notablemente el desempleo, afectando a trabajadores con mayores antigüedades y salarios y, por tanto, con derecho a una mayor indemnización.

GRÁFICO 2. *Indemnización media (en euros) reconocida según el foro.*



FUENTE: *Elaboración propia a partir del Boletín de Estadísticas Laborales (MTIN).*

Por otra parte, la información que se puede extraer de esta estadística es muy limitada, puesto que no desagrega a los datos en atención a los diversos factores que el legislador establece para la determinación de la cuantía: no se menciona, desde luego, ni la antigüedad ni el salario del trabajador, pero tampoco el tipo de contrato del trabajador (ordinario o de fomento del empleo) ni si la decisión empresarial se justifica como objetiva o disciplinaria. Teniendo en cuenta la posibilidad de transacción, tampoco es posible conocer si han existido pactos de algún tipo que supongan una reducción de lo previsto legalmente. Aunque los datos se refieren a despidos individuales, nada impide que el proceso sea «plural», es decir, que en él ejerzan sus acciones varios trabajadores despedidos, en cuyo caso se incrementará artificialmente la indemnización promedio, pues se ha obtenido como mero cociente entre el monto total abonado y el número de procesos ¹¹. Por todo ello, es necesario reiterar que son cifras que deben tomarse con suma cautela, pero que aportan una cierta información acerca de lo que cuesta despedir ¹², sin perjuicio de que la imposibilidad de desagregar más los datos impida dar una explicación precisa de las diferencias entre las indemnizaciones alcanzadas en conciliación y en el proceso judicial ¹³.

La situación del mercado de trabajo en España, en el contexto de la crisis económica global, muestra un comportamiento muy negativo del empleo, que se confronta con los muy buenos resultados durante la época de bonanza. En cifras, eso se traduce en que mientras que en el periodo 1996-2007 aproximadamente una tercera parte de los empleos creados en la Unión Europea ¹⁴ lo fueron en España, entre 2007 y 2009 el peso de los desempleados españoles pasó de un 16 por 100 a un 24 por 100, habiendo alcanzado su punto mínimo en septiembre de 2005, cuando sólo un 11,57 por 100 de los desempleados de la Unión Europea correspondían al mercado de trabajo español. Esta alta volatilidad, que dio paso al «milagro español», ha provocado ahora que diversas instituciones internacionales den la voz de alarma sobre la necesidad de introducir reformas en el mercado de trabajo, entre las que se recoge, junto a la reforma del sistema de prestaciones sociales o la reducción de salarios, la disminución de los costes del despido.

Análisis más concretos acerca del mercado de trabajo español coinciden en el reconocimiento de que la regulación actual requiere de reformas estructurales notables, si bien existen distintas posturas en cuanto a la dirección que deben tomar. En cuanto al diagnóstico, sin embargo, existen menos divergencias: es necesario incrementar la productividad del trabajo para evitar la pérdida de competitividad. A su vez, existe un consenso en cuanto a la necesidad de reducir las tasas de temporalidad. Esto supone no sólo un problema desde la perspectiva de la protección de la estabilidad del trabajo, sino sobre todo en cuanto que impide la cualificación de trabajador: la expectativa de

¹¹ A partir de 2010 se indica, además del número de asuntos, el número de trabajadores afectados, si bien un 20 por 100 de los juzgados no han aportado el dato, llevando al absurdo de que la estadística oficial muestre más asuntos resueltos en conciliación judicial que trabajadores afectados.

¹² Una información algo más precisa podría obtenerse de la explotación de los datos del INEM, al indicar la causa de extinción en su solicitud de prestación por desempleo. Fuera de esta fuente de información sólo quedarían quienes no la solicitaran. Al respecto, con datos para 1998, MALO OCAÑA, M.Á.: *óp. cit.*, pág. 56 y ss.

¹³ Las razones pudieran ser múltiples: desde la ya mencionada de los procesos plurales hasta el riesgo de que en el proceso el despido fuera declarado nulo, o, simplemente, aversión al riesgo por parte del empresariado en aquellos casos en los que el salario es alto, pues con la resolución del conflicto en conciliación, siempre que se consigne el pago, se detiene el devengo de salarios de tramitación.

¹⁴ Para disponer de datos homogéneos, nos referiremos aquí a la Unión Europea previa a las últimas ampliaciones (15 Estados).

una corta duración del contrato de trabajo desincentiva la formación y la cualificación pues ninguna de las dos partes puede tener la más mínima garantía de que obtendrá un rendimiento de la inversión que ello supone. Por otra parte, los trabajadores indefinidos tienen ciertas garantías acerca del mantenimiento de su empleo y por ello tampoco se ven incentivados a incrementar su productividad mediante la formación y recualificación, pues ante una mala situación económica los ajustes los soportan los trabajadores temporales¹⁵. La actual crisis así lo está demostrando, y mientras que el número de trabajadores con contrato temporal lleva reduciéndose desde el primer trimestre de 2007, habiendo sufrido reducciones interanuales superiores al 20 por 100, el número de indefinidos se ha mantenido prácticamente constante, sufriendo las primeras reducciones en términos interanuales en 2009, y nunca superiores al 2 por 100.

Estas altas tasas de temporalidad se han relacionado con el régimen indemnizatorio por extinción: al haber notables diferencias entre el coste de prescindir de un trabajador con contrato indefinido respecto a otro de naturaleza temporal estructural, la empresa opta por esta última vía para la contratación, y dado que la concatenación de contratos temporales supone la automática conversión de la relación en indefinida¹⁶, existirá una alta rotación.

La configuración actual de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral de los contratos indefinidos, con la distinción entre 20, 33 y 45 días de salario por año de servicio según el despido se deba a razones objetivas o resulte improcedente (en un contrato de fomento del empleo indefinido o en una relación indefinida ordinaria), unida al «uso institucional desviado» que se hace de la regulación del despido¹⁷, es también fuente de ineficiencias. La posibilidad de evitar los salarios de tramitación mediante el reconocimiento de la improcedencia junto con la incertidumbre que supone para el empresario discutir la procedencia del despido en un proceso¹⁸ hacen que en no pocas ocasiones se reconozcan indemnizaciones de 45 días en supuestos en los que la causa del despido realmente responde a la situación económica de la empresa. Esto encarece el coste del despido en casos en los que, ajustándose a una de las causas previstas como legítimas por el legislador, el empresario opta por abonar una indemnización mayor para reducir otros costes posibles derivados de la incertidumbre.

Estas circunstancias permiten aventurar que es la divergencia de regímenes indemnizatorios lo que genera un mercado dual, lo que incide negativamente en la productividad del trabajo y en consecuencia en la capacidad de generar empleo. Precisamente, la supresión de esta diversidad es lo

¹⁵ FELGUEROSO, F. y JIMÉNEZ, S.: «Sobre la propuesta para la reactivación laboral en España», *Circunstancia*, vol. 20, 2009, pág. 3, en http://www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=979

¹⁶ Esto sucede, al margen de los casos en los que se aprecie fraude de ley (en los que rige la presunción de que la relación es de carácter indefinido), cuando en un periodo de 36 meses el trabajador ocupa un mismo puesto de trabajo durante al menos 24 (art. 15.5 ET), conforme a la redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

¹⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: «La regulación del despido: funciones y articulación jurídica», *óp. cit.*, pág. 2.

¹⁸ Conforme a las estadísticas publicadas por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, desde 1999 se mantiene por encima del 70 por 100 la proporción de sentencias que en procesos de despido estiman total o parcialmente la pretensión del trabajador, y en los dos últimos años se acerca al 80 por 100. Debe tenerse en cuenta que dada la regulación de los salarios de tramitación sólo el empresario que tenga cierta confianza en salir victorioso mantendrá la procedencia del despido, por lo que el porcentaje señalado se limita a casos que el empleador ha considerado de cierta viabilidad jurídica.

que buscaban algunas de las propuestas de reforma ¹⁹, y lo que ha pretendido hacer, sin que haya transcurrido tiempo suficiente para valorar su eficacia, la reforma de 2010 ²⁰.

2. Efectos del despido en la literatura económica

La perspectiva iuslaboralista de los costes del despido suele partir de la base de que cuando se trata de decisiones contrarias a Derecho, la indemnización por despido (en este caso improcedente) cumple una función disuasoria, por lo que no sólo no resulta preocupante que genere elevados costes sino que incluso se entiende recomendable ²¹. Sin embargo, aunque esta afirmación pueda apoyarse desde una perspectiva teórica, la argumentación pierde fuerza cuando se observa la práctica real de los despidos en España, en los que cada vez son más elevados los reconocidos como improcedentes, lo que permite aventurar que las causas previstas por la ley no cumplen su función, y no permiten al empresario desprenderse de trabajadores por el cauce legalmente previsto ²².

Ello conduce a que en la práctica las indemnizaciones por despido improcedente sean la regla general, y que de hecho operen como un coste económico para el empresario. Por ello, debe analizarse teniendo en cuenta los efectos micro y macroeconómicos de la existencia de estas indemnizaciones, o lo que es lo mismo, la forma en la que afectan al comportamiento de los individuos –particularmente al empresariado– y las consecuencias sobre las variables agregadas de la economía (esencialmente el nivel de empleo, pero también otras como la productividad del trabajo).

2.1. Efecto sobre el comportamiento de los agentes

La lógica económica parte, razonablemente, de la suposición de que el empresario tiene como objetivo conseguir los máximos beneficios, y que, por tanto, despedirá a un trabajador, al margen de lo que establezca la legislación acerca de las causas que permiten tomar esa decisión, siempre que el beneficio neto que le genere sea menor que lo que le cueste prescindir de él: si la legislación no establece el deber de readmisión en caso de que el despido no se ajuste a las causas previstas por la mis-

¹⁹ Probablemente la más relevante, por su repercusión y contenido sea la «Propuesta para la reactivación laboral». Puede consultarse en <http://www.crisis09.es/propuesta>. Argumentadas críticas pueden leerse en CRUZ VILLALÓN, J.: «La regulación del despido: funciones y articulación jurídica», *óp. cit.* y especialmente BAYLOS GRAU, A.P.: «Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo», *Revista de Derecho Social*, 46, 2009.

²⁰ La forma en que dicha reforma pretende combatir la dualidad la desarrolló en las primeras páginas del capítulo VIII GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (eds.): *óp. cit.*, al que me remito.

²¹ DESDENTADO BONETE, A.: «Ideas para una reforma del despido», *Diario La Ley*, 7.368, 2010.

²² Esta insuficiencia de la definición de las causas de despido objetivo es igualmente reconocida por los autores; así se recoge, por citar trabajos recientes, en DESDENTADO BONETE, A.: «El despido, la crisis y la reforma laboral», *Diario La Ley*, 7.337 Ref. D-42, 2010. Igualmente, analizando brillantemente la propuesta de contrato único, GOERLICH PESET, J.M.: «¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol. 1, 2010. La reforma laboral de la Ley 35/2010 ha pretendido clarificar (y hacer más accesibles) las causas por despido; sobre esta cuestión resulta imprescindible la lectura de DESDENTADO BONETE, A.: «La reforma del despido en la Ley 35/2010», *óp. cit.*

ma, existirá un precio predecible por el empresario para terminar con la relación laboral ²³. Por lo tanto, desde la perspectiva práctica, el empresario no tomará en consideración la calificación jurídica del despido como una prohibición, sino como una fijación de un precio. Si el salario no es negociable a la baja, mantendrá un trabajador siempre que su remuneración supere los ingresos que genere para la empresa. Partiendo de la base de que cada trabajador adicional supone un aumento de beneficios algo menor que el anterior ²⁴, el nivel óptimo de empleados que escogerá un empresario será aquel en el que contratar a un trabajador más le suponga una reducción de beneficios, es decir, que lo que se vaya a incrementar la producción de la empresa no compense el salario que debe abonarle ²⁵. En este contexto, llegará un momento en el que el empresario habrá alcanzado el tamaño óptimo de plantilla y no deseará contratar ni despedir a nadie.

Sin embargo, la economía es dinámica y las circunstancias no se mantienen siempre idénticas, sino que por el contrario existen fluctuaciones, tanto a nivel general (en el conjunto del sector en el que opere la empresa) como particular (*shocks* que sólo produzcan efectos sobre ella). Ello va a suponer que, en caso de una fluctuación negativa que reduzca la productividad del trabajador, la empresa va a tener incentivos para el despido. Si los salarios permanecen fijos, habrá ahora en la empresa un número de trabajadores superior al óptimo para el empresario. Por ello, en ausencia de costes de despido, la empresa reducirá su plantilla en un número tal que vuelva a recuperarse este equilibrio. Debe hacerse notar que la situación descrita no implica que la empresa haya entrado en pérdidas: con los despidos el empresario no busca (necesariamente) reducir pérdidas, sino que puede estar simplemente buscando aumentar los beneficios. Ello se debe a que no estamos refiriéndonos a masa salarial frente a ingresos (netos de otros gastos no salariales), sino que se está planteando la cuestión en términos marginales.

La existencia de costes de contratación (selección de personal, cualificación...) y de despido (indemnizaciones, gestión del procedimiento, sanciones, procesos) va a incidir en estos resultados, pues se contratará menos en caso de mejoras temporales de la productividad (porque el tiempo que el empresario va a beneficiarse del nuevo empleado no será suficiente para cubrir unos y otros), pero también se despedirá menos ante crisis coyunturales (tanto por los costes directos de despedir como por los que supondrá volver a contratar cuando se supere la situación negativa) ²⁶. Desde un punto de vista teórico, no es posible por tanto anticipar si la existencia de costes de despido supondrá un efecto positivo, negativo o neutro sobre las políticas de contratación de las empresas ²⁷.

²³ Este precio podrá conocerse con certeza si las indemnizaciones se establecen en la ley de modo preciso, o con una mayor variabilidad si se deja al juez la valoración de las circunstancias concurrentes, pero en todo caso habrá un valor esperado de la indemnización para la toma de decisiones.

²⁴ En términos técnico-económicos, productividad marginal decreciente. Es una hipótesis de trabajo lógica, pues de no ser así todas las empresas contratarían a ninguno o a infinitos trabajadores (según éstos produjeran más o menos del salario que la empresa debe abonar). Una explicación intuitiva puede encontrarse en las limitaciones de capital físico (maquinaria, equipos informáticos, espacio, etc.), que hacen que si se incorpora un trabajador adicional, todos tengan menor capacidad para producir, porque cuentan con menos herramientas.

²⁵ En aras de la sencillez de la exposición se ignoran otros costes laborales ajenos al salario, pues no alteran los resultados que se exponen.

²⁶ BENTOLILA, S. y BERTOLA, G.: «Firing Costs and Labour Demand: How Bad is Eurosclerosis?», *The Review of Economic Studies*, vol. 57, 3, 1990, pág. 391.

²⁷ HOPENHAYN, H. y ROGERSON, R.: «Job turnover and policy evaluation: A general equilibrium analysis», *Journal of Political Economy*, 1993, pág. 917.

Los análisis existentes en la literatura económica son considerablemente más complejos, pues se plantean escenarios más realistas, que toman en consideración más variables que la simple decisión empresarial de despedir o conservar a sus empleados²⁸. En todo caso, los resultados de los análisis apuntan a que los costes de despido generarían un incremento significativo del desempleo y una leve pérdida de productividad, si bien algunas de las hipótesis de trabajo que emplean pueden suponer una desnaturalización de los resultados²⁹.

La complejidad normativa, con diversas modalidades de despido con sus correspondientes estructuras de costes, puede fácilmente operar de este modo. Por una parte, será necesario realizar un análisis jurídico de mayor o menor complejidad según los casos, con carácter previo al despido. Por otra parte, si es preciso justificar ante el trabajador, sus representantes o la autoridad laboral la concurrencia de determinadas causas válidas para el despido, a esta función deberán destinarse por la empresa recursos que de no existir tales costes habrían estado dirigidos a aumentar la producción. Por ello, aun cuando estos modelos puedan sobreestimar el efecto negativo sobre el empleo y la productividad de la existencia de costes de despido, sí que ponen de manifiesto que se introduce un elemento de distorsión en las decisiones empresariales, que hace perder eficiencia (y con ella bienestar) al conjunto de la economía.

2.2. Efecto agregado en la economía

Desde una perspectiva macroeconómica, existe una abundante literatura que ha analizado la relación entre las restricciones a la extinción unilateral por el empresario de la relación laboral y las tasas de desempleo. Partiendo de la lógica que hemos expuesto antes, se afirma que la existencia de indemnizaciones u otros costes de despido tiene un efecto neto negativo sobre el nivel de empleo de la economía.

En general, se usa como base para todos los estudios el trabajo de Edward P. LAZEAR³⁰, en el que se plantea un modelo que toma en consideración variables diversas que restringen el libre despido. El punto de partida es muy similar al que se ha analizado en la perspectiva microeconómica: la existencia de costes de despido supone, en este modelo, una transferencia de renta del empresario al trabajador que impide que se puedan pagar los salarios óptimos y contratar el máximo número de trabajadores, al tiempo que también será menor el número de despidos.

No obstante, resulta de interés el hecho de que señale que este resultado sólo se dará si existen fallos en el mercado de trabajo o en el financiero. Ello se debe a que, en otro caso, habría margen de negociación para que se alcanzara un acuerdo entre el trabajador y el empresario, de tal forma que

²⁸ En particular, puede consultarse el modelo de HOPENHAYN, H. y ROGERSON, R.: «Job turnover and policy evaluation...», *óp. cit.*, sobre el que se han hecho algunas variaciones. En particular, aplicándolo a España, DÍAZ-MORENO, C. y GALDÓN-SÁNCHEZ, J.E.: «How important is firm behavior to understand employment? Evidence from Spain», *Investigaciones Económicas*, vol. 23, 2, 1999. Obviamente no es el único posible, pero sirve para mostrar la lógica con la que operan, y resulta asimismo de utilidad para la mejor comprensión de los modelos generales macroeconómicos.

²⁹ Particularmente, se suele considerar la indemnización por despido no como un pago al trabajador, sino como una suerte de pago a fondo perdido, lo que ignora que el trabajador despedido (o eventualmente el Estado receptor de un impuesto o sanción sobre el despido) dispondrá de recursos que gastará o invertirá, generando nuevos empleos.

³⁰ LAZEAR, E.P.: «Job security provisions and employment», *The Quarterly Journal of Economics*, 1990.

anularan el efecto de la disposición legal. Sea cual sea la forma de fijar la indemnización, trabajadores y empresarios pueden llegar a acuerdos de modo que se neutralice esa transferencia de rentas ³¹.

No obstante, existen múltiples razones por las que este resultado no puede darse en la realidad. La falta de confianza, el mal funcionamiento de los mercados financieros o restricciones legales a cierto tipo de acuerdos pueden hacer inviable este tipo de negociaciones, en cuyo caso las indemnizaciones por despido sí que podrían tener efectos distorsionadores. Por ello, la existencia de indemnizaciones por despido no puede ser criticada desde la defensa a ultranza del mercado, sino sólo desde la asunción de que éste tiene graves imperfecciones que impiden que opere ³².

Aunque LAZEAR concluye que los costes de despido sí generan desempleo, estos resultados no son indiscutidos y existen autores que sostienen que las políticas de protección del empleo consistentes en la determinación de indemnizaciones para los trabajadores despedidos no tienen necesariamente estos efectos nocivos sobre el nivel de empleo, sino que simplemente reducen los flujos de entrada y salida manteniendo constante el nivel medio de personas empleadas. Los resultados de los análisis empíricos se atribuyen al hecho de que las diferencias en regímenes indemnizatorios suelen ir acompañadas de otros elementos (esencialmente estructuras de negociación salarial) que actúan en la misma dirección que se pretende atribuir a los costes de despido ³³.

Un segundo argumento que refuerza la posición de quienes niegan el efecto negativo de las indemnizaciones por despido es el derivado de la reducción de la rotación laboral. El trabajo se concibe desde la perspectiva económica como un factor de producción *cuasifijo*, lo que significa que una parte de sus costes es variable pero otra es fija ³⁴. Estos costes fijos implican que ante *shocks* temporales, con independencia de la existencia de costes de despido, lo más eficiente puede ser no despedir a trabajadores, pues la recontractación posterior a menudo no será posible y en todo caso acarreará un nuevo coste, que puede ser mayor que el ahorro por la diferencia actual entre productividad marginal y salario.

III. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. El origen de las indemnizaciones por extinción

La relación de trabajo, desde los primeros momentos del desarrollo del Derecho del Trabajo, se ha configurado, dada su naturaleza, como un vínculo de duración en el que los efectos se despliegan a lo largo de un periodo de tiempo por virtud de las obligaciones nacidas del contrato. De este

³¹ LAZEAR lo plantea en términos de un pago que realiza el trabajador al inicio de cada periodo y que si no es despedido. En caso de despido, lógicamente, lo obtiene en forma de indemnización. En casos de indemnizaciones fijadas en función de la antigüedad, puede entenderse como una reducción de salario que se compensaría con una cantidad pactada para el caso de que el trabajador abandone la empresa por una razón distinta del despido.

³² LAZEAR, E.P.: «Job security provisions and employment», *óp. cit.*, pág. 724.

³³ BLANCHARD, O.J.; SUMMERS, L.H.: «Hysteresis and the European Unemployment Problem», *NBER Macroeconomics Annual*, vol. 1, 1986.

³⁴ Oi, W.Y.: «Labor as a quasi-fixed factor», *The Journal of Political Economy*, 1962, pág. 539.

modo, surge la posibilidad de que la vida prevista del contrato se vea interrumpida por diversas circunstancias, entre las que se encuentra la voluntad de una u otra parte.

No es objeto de esta investigación profundizar en la evolución histórica de las indemnizaciones nacidas de la extinción del contrato, pero resulta necesario, a la hora de entender la naturaleza jurídica de las deudas que contrae el empresario con el trabajador por la terminación de la relación, analizar cómo se llega al régimen legal actual, pues como establece el artículo 3.1 del Código Civil, la inteligencia de la norma requiere, entre otras cuestiones, la previa comprensión de los antecedentes legislativos.

Con anterioridad al desarrollo del Derecho del Trabajo, con carácter ajeno a la lógica de las relaciones laborales e incardinado en el contrato civil de arrendamiento de servicios, imperó en nuestro Derecho el principio liberal de que la prohibición expresa de los arrendamientos de servicios de por vida habilitaba a cualquiera de las partes a dar por terminada una relación sin más exigencias que la buena fe.

Surge progresivamente, no obstante, la distinción entre despido ordinario, en el que no existe deber de indemnizar puesto que no daña quien se limita a llevar a cabo aquello a lo que tiene derecho³⁵, y despido extraordinario, en el que habiéndose comprometido el empleador a contar con los servicios de otra persona durante un periodo determinado o determinable, no cabe que prescindiera de él sin mediar una justa causa. Ahora bien, la forma en que el empleador debía llevar a cabo el despido se configura como una matización a la libertad de despido absoluta, pues el necesario preaviso, que nace primeramente sólo para los dependientes de comercio y progresivamente se extiende al resto de trabajadores por vía de acuerdos o de la costumbre, opera en cierto modo como una indemnización, o al menos como una mitigación del daño. Así pues, antes de que se estableciera norma general alguna que impusiera límites a la capacidad de despedir, ya contaba el trabajador con un cierto grado de protección: debía ser avisado con una cierta antelación o al menos abonársele los salarios correspondientes a la misma si la extinción de su contrato no obedecía a una causa justificada³⁶.

En los primeros años del siglo XX no se producen avances normativos de relevancia en esta materia, si bien es cierto que la doctrina destaca la evolución jurisprudencial, que trata de proteger al trabajador cuyo contrato no previera término, por la vía de reforzar las presunciones de necesidad de preaviso. El primer hito normativo se produce con la modificación del Real Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional, de 26 de noviembre de 1926 (Gaceta de Madrid del día siguiente), operada por el Decreto de 30 de julio de 1928 (Gaceta de Madrid del día 5 de agosto), en el que por primera vez se reconoce, con carácter general, la posibilidad del empresario de eludir la readmisión del trabajador despedido sin justa causa mediante el abono de una indemnización. En el plano de las indemnizaciones, se establece que si el empresario no readmitiera en el plazo de 48 horas desde la firmeza del fallo del Comité³⁷ al trabajador que no hubiera encontrado nueva ocupación, vendrá obligado a abonarle una

³⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «Concepto técnico-jurídico del despido», *Revista de Derecho Privado*, 1961, pág. 122. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928», *Revista de política social*, vol. 74, 1967, pág. 30, con expresa cita de la STS de 6 de Noviembre de 1914, entre otras.

³⁶ *Ibid.*, pág. 27.

³⁷ El real decreto-ley citado atribuye a los Comités Paritarios, con carácter de órganos de Derecho público, una serie de funciones, entre las que se encuentra la resolución de conflictos profesionales.

indemnización de entre 15 días y 3 meses de jornal, que se fija en atención al daño efectivamente sufrido, pues el Comité en la concreción de la cuantía debe atender a «la naturaleza del empleo, el tiempo que en él el obrero viniera prestando sus servicios, las cargas familiares del trabajador, la facilidad que exista en el oficio o profesión para colocarse nuevamente y todas las demás circunstancias del perjuicio ocasionado». Así, aunque dentro de unos límites mínimo y máximo que limitan la responsabilidad del empresario, se busca el resarcimiento del perjuicio sufrido por quien ha sido injustamente separado de su puesto de trabajo, atendiendo a la lógica del derecho privado: se abonarán tanto las cantidades que respondan al daño emergente –incluidos los salarios dejados de percibir, que han de pagarse en todo caso y no se computan en el límite de tres mensualidades– como el lucro cesante, que se cuantifica conforme a los criterios señalados.

Esta lógica –con variaciones en la cuantía máxima– se va a mantener a lo largo de gran parte del siglo XX, si bien se modifican los límites mínimo y máximo de la indemnización³⁸, sin que se den cambios sustanciales hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980. En éste no cambia radicalmente el modo de cómputo al sustituir el juicio discrecional del órgano resolutorio por una cantidad tasada y en principio fácilmente determinable, basada exclusivamente en el salario y el tiempo de servicio en la empresa, y que con distintas modificaciones se ha mantenido hasta hoy.

Desde la perspectiva que aquí interesa, debe destacarse que en la práctica, durante la vigencia del sistema de indemnización fijada discrecionalmente por el magistrado que conociera del despido, cuando se atribuyó al trabajador la opción de la restauración de la situación previa al despido o el abono de la indemnización, ésta siempre tuvo un carácter meramente formal³⁹, pues en caso de que el empresario rechazara la readmisión escogida por el trabajador simplemente se verá obligado al pago de una indemnización de al menos la misma cuantía que la fijada inicialmente, y en todo caso superior a seis mensualidades de salario e inferior a cuatro anualidades, de conformidad con el Decreto de 26 de octubre de 1956. Por tanto, puede afirmarse que desde 1926 a 1980 el sistema vigente en España, con las variaciones y matizaciones descritas, consistió en un despido decidido por el empresario, que en el caso de ser declarado injusto le obligaba a abonar una indemnización comprensiva de los salarios dejados de abonar y de una cantidad fijada discrecionalmente por el juez, apoyado en los criterios que para esta tarea le aportó el legislador, dirigidos a reparar el daño económico sufrido

³⁸ La Ley de 27 de noviembre de 1931 (Gaceta de Madrid del 28) de Jurados Mixtos Profesionales, en su artículo 53, reitera los criterios que han de valorarse para el cómputo pero amplía el límite superior hasta las seis mensualidades de jornal. El Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprobó el Texto Refundido del Libro I de la Ley del Contrato de Trabajo, en su artículo 81, consolida esta técnica de regulación y recoge el régimen jurídico que ya se había instaurado en 1941: se duplica de nuevo el tope máximo hasta un año de jornal, con la particularidad de que la opción entre el abono de aquella y la readmisión sólo corresponde al empresario en las empresas de menos de 50 trabajadores. Por otra parte, se suprime la mención a la cuantía mínima, por lo que nada impide que el magistrado la fije en una cantidad inferior a los 15 días antes señalados. Las sucesivas reformas normativas van a mantener la indemnización como respuesta frente al despido improcedente, con variaciones poco relevantes en lo que a la determinación de su cuantía se refiere, a lo largo de toda la dictadura franquista. Como excepción, durante el brevísimo paréntesis entre el 22 de abril y el 12 de octubre de 1976, estuvo vigente el artículo 35 de la Ley 16/1976, de 6 de abril, de Relaciones Laborales, en la que se estableció la readmisión como consecuencia necesaria del despido declarado improcedente y sólo excepcionalmente, por decisión judicial o acuerdo expreso entre las partes, resultaba admisible la indemnización, nunca inferior a 6 meses de salario ni 2 mensualidades por año trabajado y con un amplio tope de 5 anualidades. En la segunda de las normas citadas volvió a instaurarse la indemnización como consecuencia del incumplimiento del deber de readmisión, y se suprimió el límite inferior de 6 meses de salario.

³⁹ ALONSO OLEA, M.: *El Despido*, *óp. cit.*, pág. 171.

por el hecho de la pérdida del empleo. Puede por tanto afirmarse que en el modelo prima el interés meramente resarcitorio, de modo que frente a la actuación empresarial ilícita basta la reparación patrimonial, que por otra parte no alcanza la totalidad del daño ⁴⁰.

Desde una perspectiva teórica, merece particular atención la forma en la que los tribunales, durante este periodo, establecieron las cuantías indemnizatorias, pues el objeto de la exposición del sistema, al margen del interés histórico en cuanto que antecedente inmediato del actual sistema indemnizatorio, es el de analizar la viabilidad y utilidad de un sistema flexible de indemnizaciones en nuestro sistema, desde una perspectiva *de lege ferenda*, así como, en cierta medida, aportar un elemento histórico al análisis del objeto de la indemnización actualmente existente.

Un primer análisis de las normas que sucesivamente regularon la materia muestra el amplio margen de decisión que se otorga al juzgador, sin que se llevara a cabo en la práctica forense un ejercicio de concreción del método de valoración del daño de conformidad con los elementos que de acuerdo con la ley debían tomarse en consideración; lejos de ejercer una función homogeneizadora, lo que estimó reiteradamente el Tribunal Supremo es que este asunto no le correspondía, sino que la fijación de la indemnización corresponde exclusivamente al órgano de instancia. Así, en Sentencia de 2 de abril de 1946 ⁴¹, fijada la indemnización por debajo de un año (entonces el máximo legal) consideró «que si es cierto que el artículo 53 señala circunstancias en las que ha de inspirarse la decisión judicial, la ponderación de aquéllas no obedece a normas taxativamente imperativas, sino a las que dirigidas por criterio de prudencia libremente formado, se estimen acertadas, razón que impide que cuando el punto discutido se limita a sustituir el parecer del recurrente respecto a la circunstancialidad del caso para contraponerlo al que la magistratura entendió como justo, pueda el intento servir de fundamento legal al recurso de casación». Esta doctrina se reitera a lo largo de los años ⁴² e incluso se refuerza; en la Sentencia de 4 de mayo de 1976 ⁴³ se afirma «que es constante la doctrina legal fijada por esta Sala en reiteradas y conocidas sentencias que hacen innecesaria su concreta cita, afirmando que corresponde en exclusiva al Magistrado de Trabajo fijar el "quantum" de la indemnización que debe percibir el trabajador despedido, sin que se admita posible censura contra la cantidad señalada siempre que se halle comprendida entre el límite mínimo superior a los salarios de quince días y el máximo inferior a los de un año». Esta libertad de decisión judicial no parece conocer límites, hasta el punto en que en la doctrina del Supremo no parece apuntarse la posibilidad de revisión de una decisión arbitraria o irrazonable del órgano de instancia, pues expresamente se llega a afirmar que la observancia de los límites mínimos y máximos hacen «ineficaz cualquier recurso que se interponga contra la decisión judicial».

Esta situación mereció durante su vigencia algunas críticas de la doctrina, dada la inseguridad jurídica que supone este «predominio de lo discrecional» ⁴⁴, lógica consecuencia de las amplias atribuciones concedidas a los órganos judiciales de menor rango. En este contexto, puede afirmarse que

⁴⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 144.

⁴¹ R.Ar. 499/1946.

⁴² Entre otras, cabe citar, en el mismo sentido, Sentencias de 19 de diciembre de 1949 (R.Ar. 1639/1949), 22 de febrero de 1961 (R.Ar. 1605) o 30 de abril de 1975 (rec. 2470/1975).

⁴³ R.Ar. 3232/1976.

⁴⁴ MARAVALL CASESNOVES, H.: «El predominio de lo discrecional en la fijación de la indemnización por despido en el Derecho español», *Revista de Trabajo*, vol. 9, 1946.

las razones aportadas por el legislador para determinar la indemnización operaron con un carácter interpretativo muy lato, pues más que discrecionalidad judicial existía una libertad absoluta.

En todo caso, ya durante el tiempo en que estuvo vigente el sistema de indemnización libremente fijada por el juez, se plantearon alternativas para fijar baremos que permitieran ajustar daño e indemnización dentro de la previsibilidad y la limitación de la variabilidad. En 1946, el profesor MARAVALL CASESNOVES ya recogió una propuesta para fijar una serie de criterios que, partiendo de la antigüedad del trabajador en la empresa, operaran como factores objetivos de corrección en determinados porcentajes en atención al número de personas a su cargo y la edad del trabajador.

En defensa del sistema previo a la aprobación del ET, debe resaltarse que no es extraño en el Derecho comparado, pues presenta interesantes semejanzas con el sistema británico de indemnizaciones por despido⁴⁵, en el que se atiende a una doble indemnización, compensatoria y básica, que responden a criterios semejantes a los que aparecían en nuestro Derecho. Con ello, y con la incorporación de la necesidad de explicitar los argumentos que conducen al juez a su decisión y la posibilidad de control de la discrecionalidad que hoy resulta fuera de toda duda, pueden alcanzarse resultados más justos (en el sentido de dar a cada cual lo que corresponde); por otra parte, y a imitación del citado Derecho, puede establecerse un límite máximo para evitar sentencias excesivamente perjudiciales para las empresas que respondan a fines más próximos a la punición que al resarcimiento.

2. Naturaleza jurídica y fundamento actual de la indemnización

El despido, como institución, fue definido con acierto por el profesor ALONSO OLEA como la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario⁴⁶. Al margen de la discusión terminológica que al respecto pueda existir en la doctrina acerca del alcance del término –en particular, acerca de si bajo tal calificación pueden englobarse resoluciones, terminaciones o desistimientos, e incluso la extinción por causas objetivas– lo cierto es que en nuestro ordenamiento hay diversos modos por los que el empresario puede dar por terminada, sin intervención ajena ni control previo, la relación de trabajo, sin perjuicio de las consecuencias que de tal acción se deriven⁴⁷.

En algunas de estas situaciones, caracterizadas por un reproche de antijuridicidad desde los textos normativos que llevan a la calificación de improcedencia, se ha establecido, en algunos casos como opción para el empresario y en otras –marginales– para el trabajador, un deber de pago fijado en una cantidad predeterminada por el legislador que atiende exclusivamente al tiempo de servicio del trabajador y al salario percibido.

⁴⁵ La regulación de la materia se encuentra en la Ley de Derechos de los Empleados de 1996 (*Employment Rights Act 1996*). Un imprescindible análisis doctrinal es UPEX, R.V.: *The law of termination of employment*, 7.^a, Bristol: Jordans, 2006. Igualmente resultan de interés las reflexiones sobre la materia en DEAKIN, S. y MORRIS, G. S.: *Labour Law*, 4th Revised edition, Hart Publishing, 2005.

⁴⁶ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, pág. 10.

⁴⁷ Esta concepción amplia del término despido, que por otra parte no tiene especiales consecuencias prácticas, es la recogida en la STS de 24 de mayo de 1995 (R.Ud. 3848/1994).

En la regulación vigente estos supuestos son, como es sabido, aquellos en los que la causa alegada para poner fin a la relación laboral por parte del empresario o bien no es cierta⁴⁸, o siéndolo no es suficiente para justificar la decisión adoptada. En este punto, y con la excepción de los contratos para el fomento de la contratación indefinida⁴⁹, cuando el despido es calificado como improcedente, el empresario –si no readmite al trabajador–, deberá abonar una indemnización consistente en 45 días de salario por año de servicio, y en determinadas circunstancias, también los salarios dejados de percibir hasta el momento en el que se le notifique la resolución judicial en la que se declare la improcedencia. Esta indemnización, que en el caso de los citados contratos de fomento de la contratación indefinida se reduce a 33 días de salario por año de servicio si la causa alegada para la extinción es objetiva, es exactamente la misma que para el caso en que la terminación del contrato se produzca por resolución judicial que declare el incumplimiento del empresario de sus deberes laborales en los términos del artículo 50, por expresa remisión de éste.

Ahora bien, este mandato normativo plantea, al margen de las interesantes cuestiones relativas al cómputo y fijación de la cuantía, importantes dudas jurídicas acerca de la función que desempeñan estos pagos en el ordenamiento y su inserción en el conjunto del sistema, lo que va a determinar las acciones de las que dispone un trabajador para reclamar frente al empresario.

La evolución de las normas relativas al despido en nuestro Derecho ha ido progresivamente normalizando la facultad extintiva del empresario como un derecho del mismo, dentro de su libertad para organizar la actividad económica, en el marco de la otra libertad más amplia, la de empresa, reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española (CE). Esta facultad, no obstante, no es absoluta, sino que se confronta con el derecho al trabajo, que reconoce igualmente la Norma Fundamental en su artículo 35, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho⁵⁰. La conciliación de ambos principios requiere un cierto equilibrio, en el que no puede admitirse sin más un despido acausal, y en el que en todo caso el trabajador ha de percibir una indemnización por la ruptura del contrato. En el caso del despido improcedente, la actuación empresarial está fuera de los límites de la libertad de empresa, pues al no comprenderse sus razones en las permitidas por el legislador, no supera el canon de la proporcionalidad que la lesión del derecho al trabajo requiere, como bien constitucionalmente protegido. Cuestión distinta será que al empresario se le permita reparar el daño mediante una prestación económica, pero ello no puede entenderse en ningún caso como una suerte de modalidad alternativa para liberarse de sus obligaciones o un precio por extinguir. Como tempranamente dijera el profesor PÉREZ BOTIJA, «la indemnización por despido es una consecuencia de la relación onerosa y sinalagmática del trabajo; debe encontrarse su explicación lógica en esto y en sus obligaciones primarias (prestación y contraprestación) o secundarias (resarcimiento de daños)»⁵¹.

⁴⁸ La referencia a la certeza debe entenderse aquí simplemente referida a la verdad procesal, es decir, a la que se alega y prueba en el proceso, en caso de impugnación de la decisión extintiva.

⁴⁹ Introducidos en nuestro ordenamiento por la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Derecho, trabajo y despido», en Jaime CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (ed.) *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 31.

⁵¹ PÉREZ BOTIJA, E.: *Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943, págs. 95-96.

En la configuración actual del régimen jurídico, desde el ET de 1980, aunque se precisa la existencia de una causa para llevar a cabo el despido, la ausencia de la misma no supone necesariamente la readmisión, sino que se concede expresamente al empresario ⁵² una opción para readmitir o indemnizar en el caso de que el despido haya sido calificado improcedente.

La interpretación que han llevado a cabo los tribunales acerca del alcance de este poder empresarial de dar por terminado el contrato, ha llevado a la doctrina a hablar de un «libre desistimiento indemnizado» ⁵³ o de un «despido libre pagado», calificación que se justifica esencialmente en dos puntos: ⁵⁴ la descausalización y la desjudicialización.

En primer lugar, se afirma que se ha producido esta descausalización del despido, por cuanto que desde la reforma operada por el Real Decreto-Ley 5/2002, mitigada en cierta medida por la Ley 45/2002, se permite e incluso se propicia que el propio empresario, sin necesidad de impugnación por parte del trabajador, reconozca la improcedencia del despido, o lo que es lo mismo, la inexistencia de causa bastante para sostener la validez conforme a una de las causas reconocidas por el ordenamiento laboral. Con ello logra el empresario la llamada «congelación» de los salarios de tramitación, de tal modo que en la práctica se suprime cualquier control jurisdiccional, pues salvo que defienda la nulidad, el trabajador no tendrá interés alguno en emprender un proceso en el que nada puede obtener porque ya le ha sido reconocida íntegramente su pretensión. Al respecto, debe tenerse también en cuenta que, desde la reforma de 1994, no cabe la declaración de nulidad por fraude de ley ⁵⁵, y por tanto la causa inexistente o manifiestamente falsa tendrá los mismos efectos que la que siendo tenida por verdadera y suficiente por el empresario no sea considerada como tal por el órgano jurisdiccional.

Este régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo ha sido calificado duramente por algunos sectores doctrinales, habiéndose llegado a considerar el despido como «violencia del poder privado» ⁵⁶, en alusión a un régimen de autotutela permitida por el Derecho más allá incluso de la propia legalidad: no es que se permita al empleador aplicar por sí solo las leyes para hacer valer sus derechos o poderes, sino que se va un paso más allá al autorizarle a que las contravenga y por sí mismo abone las indemnizaciones correspondientes.

Esta situación, al margen de las visiones más o menos críticas que pueda merecer, sitúa la indemnización por despido en un lugar muy destacado de esta institución, ya de por sí clave en el Derecho del Trabajo. El estudio de la misma requiere analizar su fundamento real en nuestro ordenamiento, así como el alcance y contenido que tiene o puede llegar a tener, a la vista de los distintos problemas que plantea y los intereses jurídicos y económicos que están presentes en la misma.

Antes de continuar con este análisis, es preciso señalar que la extinción antijurídica de las relaciones contractuales de tracto sucesivo no es exclusiva del Derecho del Trabajo, sino que aparece también

⁵² Salvo en el caso del representante legal de los trabajadores y del delegado sindical, a quienes en caso de despido improcedente les corresponde la opción.

⁵³ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 27.

⁵⁴ LAHERA FORTALEZA, J.: «Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, rec. 1689/2007)», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 2009, pág. 46.

⁵⁵ LUJÁN ALCARAZ, J.: «¿Despido improcedente o desistimiento?», *Aranzadi social*, 3, 2003, pág. 79.

⁵⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *óp. cit.*

en el Derecho común. Específicamente, en las obligaciones de hacer personalísimas, que son las que más se asemejan a la que nace del vínculo laboral ⁵⁷, aunque se busca el cumplimiento específico mediante multas punitivas, el artículo 709 de la LEC, en caso de que el condenado no se avenga a cumplir transcurrido un año desde el primer requerimiento, opta por la indemnización del valor de la prestación.

La particularidad del Derecho del Trabajo en relación con el régimen general del incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho privado radica, por tanto, en dos puntos: en primer lugar, se otorga directamente la opción al infractor sin necesidad de posponer las consecuencias de la falta de voluntad de continuar con el contrato; por otra parte, y esto es sin duda lo más relevante, en el carácter tasado y objetivo de la indemnización, que permite anticipar con precisión el resultado del proceso cuando el incumplidor se allana ⁵⁸ y reconoce la antijuricidad de su conducta. Se facilita así notablemente que los conflictos se resuelvan extrajudicialmente.

3. El contenido de la indemnización por despido improcedente

Establece el artículo 56 del ET que, en caso de despido improcedente, si el empresario optara por la extinción del contrato, deberá abonar «una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades» y «una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación».

Son dos pues las partidas a las que tiene derecho el trabajador improcedentemente despedido: una indemnización –calificada así por el propio legislador– fijada objetivamente en base exclusivamente a dos parámetros (tiempo de servicio y salario) y el abono de los llamados salarios de trami-

⁵⁷ En el ámbito de la relación de trabajo, es evidente que la prestación del trabajador tiene esta naturaleza, siendo ésta una de las notas que precisamente lo caracterizan. Es cierto, no obstante, que en el caso del empresario esta afirmación no es tan clara, pues expresamente se permite y regula la sucesión de empresa en el ET (art. 44), de tal modo que la extinción de la persona del empresario, a diferencia de la del trabajador, no implica por sí misma el fin de la vida del contrato. No obstante, no parece posible alcanzar por vía judicial una solución equiparable a la que en la Ley Procesal Civil se establece para la ejecución de sentencias de hacer no personalísimas –art. 706 LEC–, pues dado el carácter complejo de la relación laboral carecería de toda lógica el cumplimiento específico a costa del empresario que ilícitamente hubiera resuelto: no parece razonable establecer como condena que un trabajador despedido ilícitamente sea empleado por un segundo empresario a costa del primero. En puridad, el carácter personalísimo de la prestación en la relación de trabajo se da desde una perspectiva más económica que jurídica: aunque el Derecho exige que el vínculo del trabajador se establezca con una persona concreta (física o jurídica) y ésta puede variar a lo largo de la vida de la relación, lo que permanece necesariamente es la unidad productiva. De hecho, el propio ET admite esta postura, al referirse a la sucesión de empresas como «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria». De este modo, desde una lógica económica, puede afirmarse que el vínculo es estrictamente personal entre la persona del trabajador y la organización productiva, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico requiera de un ente con personalidad al que imputar derechos y obligaciones, que es precisamente la figura del empresario que asume la titularidad de aquella organización.

⁵⁸ El carácter transaccional y no allanatorio de esta decisión fue declarado por la STS de 27 de octubre de 2009 (rec. 3672/2008). Anteriormente, en sentido contrario, STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2002 (rec. 2891/2002) FJ, 4.º. A favor del carácter de allanamiento, y aplicando la doctrina de los actos propios, la STSJ de Canarias de 3 de junio de 2008.

tación, sobre cuya naturaleza (salarial o indemnizatoria) el legislador guarda silencio. Se trata de una tutela resarcitoria, que como tal tiene por objeto neutralizar un daño patrimonial, pero no eliminar la causa del mismo⁵⁹.

La existencia de una indemnización implica necesariamente un bien jurídico protegido que ha sido dañado, y para cuya reparación se abona una cantidad en dinero con el objeto de restablecer el patrimonio del titular de dicho bien jurídico⁶⁰. Este daño, en el caso del Derecho laboral se presume y cuantifica *iuris et de iure*, por lo que se ha declarado reiteradamente por la jurisprudencia que es incompatible con cualquier otra acción de responsabilidad contra el empresario, en el mismo u otro orden jurisdiccional, sin perjuicio de la existencia de algunas excepciones. Se hace preciso, por tanto, delimitar el alcance de protección de la indemnización prevista en el artículo 56.1 del ET, para determinar con claridad cuáles son los daños que potencialmente cubre, y por extensión cuáles son susceptibles de reclamación autónoma, si es que los hubiera.

4. Criterios de determinación de la indemnización

El ET establece, en el precepto que venimos citando, un único pago en respuesta a los perjuicios que ocasione el despido, en principio disciplinario improcedente, si bien esta regulación se extiende por todo el ordenamiento laboral. De este modo, hay una remisión expresa en otros supuestos de extinción por decisión del empresario (art. 53.5 ET) o por iniciativa del trabajador ante un incumplimiento grave del empresario (art 50.2 ET), consistente en los señalados 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades. Resulta claro que la culpabilidad (o el grado de la misma) no constituye en este régimen legal un factor de moderación de la responsabilidad por la infracción de la ley o el contrato, sino que las consecuencias de la extinción se deducen de manera automática de la propia norma⁶¹.

Esta extensión tiene pleno sentido, toda vez que la declaración de improcedencia del despido o el reconocimiento de la existencia de alguna de las causas que conforme al artículo 50 del ET permiten al trabajador extinguir el contrato –de modo análogo a lo previsto en el art. 1.124 CC– son consecuencia de una actuación ilícita del empresario que o bien pone fin a la relación laboral, o bien fuerza al trabajador a ponerle fin ante un incumplimiento⁶². En todo caso, se trata por ello de supuestos en los que el empresario incumple el contrato, ya sea por ponerle fin sin haber causa bastante para ello (o al menos no poder acreditarla), ya sea por hacer imposible la continuidad de la prestación de servicios del trabajador.

⁵⁹ GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M.P.: «Salarios de tramitación», en Luis Enrique DE LA VILLA GIL (ed.), *Estudios sobre el salario*, 1.ª ed., ACARL, 1993, pág. 539.

⁶⁰ El nacimiento de la acción y la existencia del daño aparecen indisolublemente unidos, así, la STS (1.ª) de 31 de octubre de 2007 (rec. 3219/2000) afirma con claridad: «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquél»; por tanto, sin daño no hay responsabilidad.

⁶¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo», *Revista de Derecho Social*, 29, 2005, pág. 56.

⁶² Sobre las causas que permiten acudir a esta vía, y que como indicamos son semejantes a un despido, resulta de interés, por su claridad, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Extinción del contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, II, Civitas, 2000.

La simetría con el régimen del artículo 1.124 del Código Civil, ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 3 de abril de 1997⁶³, afirmó que dicho precepto se encuentra transcrito al ordenamiento laboral por el artículo 50 del ET y que opera, en consecuencia, como norma especial, siendo por ello totalmente inviable la reclamación de cantidades por esta vía, ante el mismo u otro orden jurisdiccional⁶⁴.

De este modo, aun cuando no hubiera ningún daño indemnizable o éste fuera mínimo, ante la ilicitud de la conducta del empresario, el trabajador tiene derecho a percibir la indemnización, pues no operan las normas civiles, sino únicamente el régimen previsto en el ET⁶⁵.

Esta doctrina se ha mantenido y se ha ido haciendo progresivamente más explícita, hasta llegar a afirmar que «la indemnización por despido improcedente (a la que el art. 50.2 ET asimila a la que devenga la resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimientos relevantes del empresario) es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen *ex lege* por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual que nos ocupa, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar»⁶⁶.

En definitiva, la regla general –para la que en la propia ley y en la interpretación jurisprudencial existen importantes excepciones que a continuación se analizan– impone que ante un incumplimiento grave del empresario (entendiendo incluida dentro de esta expresión, y como manifestación máxima de la misma, la decisión extintiva unilateral alegando causas inexistentes o insuficientes) que tenga como consecuencia última la terminación del vínculo laboral, la consecuencia será el nacimiento de una deuda pecuniaria que consta de las dos partidas antes señaladas, y que responde a criterios estrictamente objetivos, sin que quepa valorar en ningún caso condición particular alguna.

4.1. Supuestos admitidos de mayor indemnización

a) Vulneración de derechos fundamentales del trabajador

La exclusión de la indemnización de daños adicionales a los cubiertos por la suma de salarios de tramitación y la cantidad correspondiente al tiempo de servicio y salario del trabajador despedido no es absoluta. La reforma operada por la LOIMH⁶⁷ recoge expresamente en el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral la compatibilidad de las indemnizaciones por lesión de derechos fundamentales

⁶³ (Rec. 3455/1996).

⁶⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Extinción del contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)», cit., pág. 1.085 y ss.

⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: «El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo: comentario a la STS de 11 marzo 2004», *Repertorio de jurisprudencia*, Aranzadi, vol. 6, 2004.

⁶⁶ STS de 11 de marzo de 2004 (rec. 3994/2002); en términos muy similares se pronuncia la STS de 25 de noviembre de 2004 (rec. 6139/2003).

⁶⁷ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (disp. adic. decimotercera).

con las relativas a la extinción del contrato que pudieran corresponder, en la línea de lo ya establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006⁶⁸, superando la doctrina anterior, que sólo admitía indemnizaciones adicionales en caso de despido nulo, pero no en el caso del artículo 50 del ET. Con esta norma, al margen de otras consideraciones, se satisface ampliamente el cumplimiento de la Directiva Comunitaria 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006⁶⁹, en cuyo artículo 18 se prohíbe expresamente la imposición de topes máximos fijados a priori, recogiendo el mandato que ya contenía el artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 febrero de 1976 –aunque de manera menos clara– y que de hecho fue objeto de interpretación en los términos de la actual norma por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de agosto de 1993.

La mencionada Sentencia de 17 de mayo de 2006 supone un primer caso de admisión de la compatibilidad, pero mediante un razonamiento jurídico en el que se niega que suponga un cambio de la doctrina unificada existente hasta la fecha. En particular, lo que se argumenta es la compatibilidad de las acciones en las que expresamente se reclame la reparación de un derecho fundamental, señalando que no es suficiente con la exigencia de restauración de cualquier otro bien jurídico, o con base en otro fundamento distinto que la tutela de los referidos derechos. Esta argumentación, rechazada en el voto particular por los mismos magistrados que lo formularon a la Sentencia de 2004 en la que se recoge la doctrina anterior⁷⁰, opta por ignorar el clásico principio de *iura novit curia* que, en una interpretación generosa del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), habría permitido reorientar lo pedido al fundamento jurídico correcto, pues tanto en uno como en otro caso lo que se dañó es la salud psíquica del trabajador, obviamente protegida por el artículo 15 de la CE. En todo caso, esta resolución, como las posteriores, limita la tutela adicional a la indemnización tasada a los casos en los que se vulneren exclusivamente estos derechos. Sin embargo, parece una construcción jurídica más coherente⁷¹ la realizada por DESDENTADO BONETE en el voto particular a la sentencia de 11 de marzo de 2004. En ella argumenta el magistrado que «la indemnización prevista en el artículo 50.2 del ET repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños (...) que la conducta empresarial ha provocado en el actor (...)». Añade además, en coherencia con los argumentos que ya había expuesto en una publicación anterior⁷², que cada uno de los daños debe ser objeto de su propia reparación, pues de otro modo el empresario, causante de un daño por consecuencia de una conducta ilícita, estaría exonerándose de su resarcimiento, no cubierto por la indemnización legal, que se limita a cubrir el daño de la pérdida del puesto de tra-

⁶⁸ Rec. 4372/2004.

⁶⁹ Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁷⁰ En ambos casos el voto particular fue formulado por DESDENTADO BONETE, en la segunda de las resoluciones conjuntamente con GULLÓN RODRÍGUEZ, quien junto a VARELA AUTRÁN y RÍOS SALMERÓN se adhirió a la oposición en 2004.

⁷¹ De hecho, así lo refleja la doctrina, ya antes del reconocimiento de la compatibilidad de la indemnización por extinción con las derivadas de la lesión de derechos fundamentales por parte del Tribunal Supremo. Entre otros, SEMPERE NAVARRO, A.V. y BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: «El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo...», *óp. cit.*, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo», *óp. cit.*, pág. 68.

⁷² DESDENTADO BONETE, A. y PUEBLA PINILLA, A.D.L.: *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, 1.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 172.

bajo, como pone de manifiesto el hecho de que el trabajador podría haber optado por ejercer simplemente una acción de cesación de la conducta lesiva mediante el proceso de tutela de derechos fundamentales, renunciando a la extinción pero exigiendo la correspondiente indemnización.

La jurisprudencia más reciente, tras la entrada en vigor de la LOIMH, ha superado ya de modo definitivo cualquier tipo de restricción a las reclamaciones por lesión de derechos fundamentales en el seno de los procesos de despido. En este sentido, la propia Sala de lo Social aplica la doctrina establecida en 2006, entendiendo que la reclamación de daños adicionales por esta vulneración es plenamente laboral, y no incurre en una doble responsabilidad por unos mismos hechos. De este modo, no es una acción resarcitoria de Derecho común lo que se ejercita, sino que se fundamenta en un derecho inserto plenamente en el ordenamiento laboral y que nace en la propia Constitución.

b) La acumulación de indemnizaciones en la sucesión de contratos temporales

La interpretación restrictiva que el Tribunal Supremo ha venido llevando a cabo acerca de la posibilidad de percibir por parte del trabajador, en un proceso por despido (o el análogo de extinción del art. 50 ET), cualquier cantidad superior a las previstas expresamente en el artículo 56.1 del ET, no impide que en el caso descrito en el título sobre estas líneas sí que se permita un resultado en el que el trabajador obtiene una cantidad mayor de la que le correspondería por la extinción.

En los casos en los que, bien por tratarse de contratación temporal fraudulenta, bien por entrar en juego el artículo 15.6 del ET y entenderse como indefinida la relación del trabajador con la empresa para la que ha prestado servicios en las condiciones que en tal precepto se indican, corresponde al trabajador despedido la correspondiente a la calificación de improcedente, los tribunales, tanto en el nivel de los Tribunal Superior de Justicia como en el propio Tribunal Superior, no descuentan las cantidades percibidas por las extinciones de cada uno de los contratos temporales que hayan venido realizándose.

El problema no radica en la percepción de esas cantidades con ocasión de las terminaciones (reales o ficticias) de los sucesivos contratos temporales, pues no es más que una consecuencia lógica de la apariencia de buen Derecho que pretenderá generar el empresario. Dado que pretende encubrir un verdadero vínculo indefinido, como ha afirmado el Tribunal Supremo, «tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos»⁷³, pues para que el finiquito tenga esta eficacia debe recogerse en el mismo la voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción⁷⁴, y todo ello «ha de estar sujeto a las reglas de interpretación de los contratos, que esta-

⁷³ STS de 8 de marzo de 2007 (rec. 175/2004), que ha sido calificada por algún autor como un paso más en este proceso de búsqueda de la contratación indefinida, al rechazarse que puedan suponer ruptura de la continuidad interrupciones que en algunos casos superaron los dos meses: SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Indemnización por despido tras contratos sucesivos. Comentario a la STS de 8 de marzo de 2007», *Repertorio de jurisprudencia*, Aranzadi, 7, 2007.

⁷⁴ STS de 24 de junio de 1998 (rec. 3464/1997), en doctrina ampliamente reiterada; y recientemente en la STS de 21 de julio de 2009 (rec. 1067/2008) y las múltiples que cita.

blecen los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados»⁷⁵.

Establecida la mera función liquidatoria de deudas pendientes del finiquito pero no extintiva del contrato de trabajo si no se dan los señalados requisitos, en los casos de fraude en la sucesión de contratos temporales o mera conversión en fijos *ex* artículo 15.6 del ET, cabe plantearse qué papel juegan en la indemnización por extinción las cantidades que con esa misma función y con base en el artículo 49.1 c) del ET haya pagado el empresario.

Desde una perspectiva de la teoría general del negocio jurídico, es obvio que tales pagos no debieron haberse realizado, pero caben dos posibles soluciones, con diversas consecuencias prácticas. En primer lugar, cabría entender que se trata de un acto que carece de causa –o que la causa es ilícita, es indiferente a estos efectos– y, por tanto, en aplicación del artículo 1.275 del Código Civil, no podría producir efecto alguno, en cuyo caso el pago de dicha cantidad sería nulo de pleno derecho, y por tanto imprescriptible⁷⁶ y apreciable de oficio por el órgano judicial. En consecuencia, el órgano judicial, al calcular la indemnización que debiera abonarse, habría de detraer lo ya pagado, e incluso en caso de que el empresario optara por la readmisión, podría llegar a darse el (poco probable) supuesto en que el trabajador tendría que devolver las cantidades indebidamente percibidas al empresario. La segunda opción, más razonable a mi juicio, es entender que lo que existe es un error, que como vicio del consentimiento determinará únicamente la anulabilidad y en todo caso debería ser alegado por el empresario en un proceso separado, dado el carácter de proceso especial de cognición limitada que tiene el proceso de despido.

Por último debe hacerse mención al caso ya apuntado de contratación temporal lícita y plenamente ajustada a Derecho en la que la conversión en fijo ocurre únicamente por la prolongación en el tiempo del vínculo, pues en este caso el pago no se debe a un error, sino a un deber cierto y legítimo impuesto por el artículo 49.1 c), y por tanto válido en el momento en que se realiza. El problema del enriquecimiento injusto, no obstante, sigue existiendo, pues en el caso de que el empresario opte por la indemnización (o cuando dicha opción le corresponda al trabajador) se abonará una cantidad tasada por un daño que ya ha sido resarcido. Si, como señala con insistencia el Tribunal Supremo, la indemnización tasada prevista en la ley satisface todos los daños derivados de la extinción, y no cabe cuantía alguna adicional (más allá de la prevista para el caso de lesión de derechos fundamentales), la coherencia exige que tampoco en este caso pueda percibirse dos veces una indemnización por el mismo daño –la extinción del contrato de trabajo– especialmente si, en los casos de los sucesivos contratos temporales precedentes, se presume la continuidad en el vínculo a los efectos del cómputo del tiempo de servicio. De hecho, mientras que en el caso de daños accesorios es discutible la identidad de razón entre las indemnizaciones solicitadas (como de hecho discute, tal y como se ha expuesto, una parte de la doctrina y de la propia Sala de lo Social), en el caso de las previstas en la letra b del artículo 56.1 c) y

⁷⁵ STS de 30 de septiembre de 1992 (rec. 516/1992), igualmente citada abundantemente, por lo general unida a la anterior.

⁷⁶ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en el orden social los órganos judiciales son reacios a aplicar los amplios plazos del Código Civil, que al ser Derecho supletorio se modulan al ámbito del Derecho laboral. Así, sería aquí razonable aplicar el plazo de un año establecido con carácter general en el artículo 59 del ET, e ignorar la regla de la imprescriptibilidad de los actos nulos del Derecho civil, como de hecho ya ocurre en el caso de los despidos o sanciones nulas, que no sólo son prescriptibles sino que disponen de un plazo muy breve para su impugnación.

49.1 c) del ET, ésta es evidente. Dicha identidad de razón, de hecho, permite que el empresario lo alegue en el propio proceso de despido o en su ejecución, pues sólo con el pago de la indemnización del artículo 56 del ET nace el derecho a recuperar las cantidades anteriormente pagadas, siendo la compensación un cauce que por economía procesal debe preferirse. Este derecho a recuperar las cantidades abonadas está sujeto también, lógicamente, al plazo general de prescripción de un año, por lo que las cantidades entregadas con más antelación no podrán ya ser reclamadas, del mismo modo que el trabajador tampoco puede exigir el abono de las cantidades que hubieran dejado de abonársele.

Cualquier otra solución supone una sanción encubierta al empresario que carece de fundamento legal, aun en el caso de contratación temporal fraudulenta, pues ya constituye una infracción grave conforme a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 7.2), que puede acarrear una multa de entre 626 y 6.250 euros en función del grado en que se entienda cometida, y no cabe sancionar, como es sabido, dos veces un mismo hecho.

c) La compatibilidad con las prestaciones por incapacidad

El reconocimiento de una situación de incapacidad permanente (en los grados de total, absoluta o gran invalidez), como situación que impide la prestación de la actividad laboral, puede dar lugar, por medio de una póliza privada de seguro, a una indemnización que resarza el perjuicio patrimonial que supone la pérdida de capacidad de producir, y consecuentemente de generar ingresos como fruto del trabajo. Este contrato de seguro, con independencia de quien resulte ser el tomador, puede configurarse bajo la modalidad de seguro de lucro cesante –arts. 63 a 66 LCS⁷⁷–, en cuyo caso el riesgo que se cubre es la pérdida de ingresos futuros, o como un seguro de accidentes o enfermedad (arts. 100 a 104 LCS y 105 a 106 LCS, respectivamente), en cuyo caso la indemnización responde al daño emergente, causado por el siniestro en sí mismo, y consecuentemente consistirá en una suma única.

En el primero de los casos, no se plantean especiales problemas respecto a la compatibilidad con la indemnización prevista en el artículo 56.1 del ET, toda vez que los daños a los que se refieren una y otra cantidad están claramente diferenciados, por lo que no se incurre en la expresa prohibición de enriquecimiento injusto prevista en el artículo 26 de la Ley de Contrato de Seguro, que impide que el asegurado perciba una cantidad superior al valor del daño sufrido. En caso de que el seguro se realice bajo la modalidad de accidentes, se plantea la cuestión de si el daño cubierto por éste comprende también el de la pérdida del puesto de trabajo que se deriva de la incapacidad, o si por el contrario son conceptos independientes y por tanto compatibles.

Debe hacerse notar, en relación con este problema, que en principio no debería darse esta situación, toda vez que en caso de un accidente que suponga la incapacidad permanente para el trabajo en cualquiera de sus grados, el contrato podría quedar extinguido por virtud del supuesto recogido bajo la letra e del artículo 49.1 del ET. No obstante, las situaciones descritas en este precepto requieren una previa calificación jurídica, que no es inmediata, sino que puede dilatarse en el tiempo, especialmente cuando el INSS deniega el reconocimiento de tal situación y es en sede judicial donde se

⁷⁷ Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.

produce la decisión que admite la incapacidad, sin perjuicio de la retroacción de los efectos. Esta dilación puede determinar que, vigente la relación laboral, se produzca un hecho que genere el derecho al reconocimiento de un grado de incapacidad que permita la extinción conforme a la regla citada, pero que antes de que se haya declarado la misma el empresario proceda por cualquier otra causa al despido del trabajador. En este caso, si el despido es reconocido o declarado improcedente y la empresa opta por la indemnización, surge el problema que antes se ha apuntado: la concurrencia de dos títulos indemnizatorios con ocasión de la extinción, uno fundado en el perjuicio causado por la improcedencia de la decisión extintiva y el segundo (aunque nacido con anterioridad) en el daño que supone el devenir incapaz para la prestación de servicios en la empresa.

Una primera postura, sostenida inicialmente por el Tribunal Supremo ⁷⁸, analizando una prestación complementaria a la pensión a cargo de la empresa y su compatibilidad con la indemnización, concluye que no son ambas compatibles y que, por tanto, debe deducirse de la primera lo ya abonado para evitar un enriquecimiento injusto del trabajador. De este modo, se ordena que el trabajador no perciba el citado complemento hasta que con los pagos que fueran correspondiendo se cubran las cantidades recibidas por despido improcedente. Esta primera postura del Alto Tribunal parte del reconocimiento de que, de haberse producido los efectos de la incapacidad cuando ésta se produjo, el trabajador no habría sido despedido improcedentemente, sino que su contrato se habría extinguido dada su imposibilidad para el trabajo, y, de este modo, realiza una suerte de regularización de la situación para ajustar así los hechos pasados a lo que deberían haber sido en caso de que no se hubiera dado la anómala situación expuesta.

Esta doctrina sufrió expresa rectificación en 2005 ⁷⁹ estableciendo la compatibilidad de ambas indemnizaciones; el Tribunal Supremo atiende ahora a la naturaleza de una y otra indemnización, de tal modo que se afirma que «la indemnización por despido cubre el daño producido por privación injusta del empleo, que tenía ese carácter en el momento que se acordó, mientras que la indemnización reclamada en este proceso repara los daños derivados de un accidente de trabajo, que han limitado de forma permanente la capacidad de trabajo de la actora no sólo en lo que afecta a su empleo en la empresa, sino respecto a todos los empleos de su profesión habitual». En consecuencia, al tener ambos pagos una causa válida en Derecho, no cabe hablar de enriquecimiento injusto, y aunque se reconoce que la empresa de haber conocido la futura incapacidad no habría abonado la indemnización, se sostiene que lo sucedido deriva de la actuación de la empresa «quizá con alguna precipitación o falta de previsión», por lo que debe soportar la consecuencias.

La doctrina que se ha asentado en estas sentencias implica, por tanto, la plena compatibilidad de las indemnizaciones por despido con toda clase de prestaciones complementarias que traigan causa de hechos que de haberse resarcido en el momento temporal adecuado habrían llevado consigo la extinción no indemnizada. Es cierto, no obstante, que hay en estos casos una decisión ilegítima del empresario, que como tal merece reproche, por más que la situación del trabajador no se vea realmente afectada, toda vez que o bien percibe por razón del accidente de trabajo una suma superior a la propia de la indemnización, o bien un complemento a su pensión, según la clase de prestación

⁷⁸ STS de 9 de diciembre de 1999 (rec. 4467/1998).

⁷⁹ STS de 4 de mayo de 2005 (rec. 1899/2004), reiterada en las SSTS de 28 de junio de 2006 (rec. 438/2005) y de 29 de junio de 2009 (rec. 2489/2008).

reconocida en el convenio colectivo. Sin embargo, deducir de la falta de ajuste a Derecho de la decisión del empresario un deber de pago, aun cuando el daño ya haya sido resarcido, supone atribuir a la indemnización por despido un carácter sancionatorio, una especie de condena en daños punitivos, que nuestra jurisprudencia no le ha reconocido. De hecho, dado el carácter objetivo de la misma, es irrelevante la buena o mala fe con la que actúe el empresario, y no contempla el ET modulación de ninguna clase en atención a las razones del empresario, más allá de los casos de vulneración de derechos fundamentales, como ya se ha visto.

Es acertada, desde luego, la descripción que el Alto Tribunal hace de una y otra sumas indemnizatorias, pues la prestación percibida por encontrarse el trabajador en una situación de incapacidad permanente responde a un daño mucho más intenso y que se proyecta en el futuro, mientras que la indemnización por despido improcedente se refiere al daño causado por un despido que ya se ha realizado y a los perjuicios que directamente se deriven de él, pero ignora la situación en la que quede el trabajador de cara a potenciales puestos de trabajo, a diferencia de lo que ocurría en la legislación previa al ET, en la que este factor era específicamente mencionado por el legislador para la determinación de la indemnización. Sin embargo, esta circunstancia no puede ser la determinante a la hora de admitir o rechazar la compatibilidad, toda vez que el daño que produzca per se la extinción de la relación laboral está inherentemente unido a la situación de incapacidad permanente, y no puede hacerse depender su indemnización de que en el momento en que el empresario tome su decisión aún no conozca que el trabajador no podrá prestar en el futuro sus servicios.

Por ello, resulta difícil compartir el cambio de criterio jurisprudencial: si el siniestro que da derecho a la indemnización o el hecho causante que habilita el derecho a la prestación complementaria ya había ocurrido y el fundamento del mismo es la lesión hacia el futuro por no poder prestar servicios el trabajador y por tanto no poder generar ingresos, lo más coherente es entender que desde ese momento la pérdida del empleo ya no es un daño, toda vez que ya está reconocido y cubierto adecuadamente. Ello no obsta a que el empresario, en el seno de la relación que de hecho sigue vinculándole con el trabajador, pueda cometer conductas antijurídicas que lesionen distintos bienes jurídicos susceptibles de indemnización, pero éstos deberán ser reclamados por su propio cauce, y no limitados por el artículo 56.

d) Otros supuestos

Al margen de las situaciones analizadas, es preciso mencionar dos supuestos en los que el trabajador, como consecuencia de la extinción improcedente de su contrato de trabajo, puede percibir una indemnización superior, si bien no alteran la lógica del sistema, pues se trata en ambos casos de reglas contenidas expresamente en normas y con el objetivo de contemplar alguna particularidad.

El primero de estos supuestos es el caso de que el empresario incumpla la obligación de readmitir al trabajador que deba cumplirse en sus propios términos⁸⁰. En esta circunstancia, la Ley de

⁸⁰ Aunque no se indica expresamente en la ley, deben entenderse también comprendidos en este supuesto los casos en que el Convenio Colectivo establece la readmisión con carácter obligado (como es el caso del art. 29 V C. Col. Laboral Autónomo de Centros y Servicios de Atención a Personas Discapacitadas de la Comunidad Valenciana, publicado en el DOCV de

Procedimiento Laboral (LPL) establece un específico procedimiento para la «ejecución de sentencias firmes de despido» en el Capítulo III del primer Título del Libro IV. En este caso, dada la naturaleza personal de la relación, la ley se limita a imponer la obligatoriedad para el empresario de continuar abonando los salarios y cotizaciones sociales que corresponderían si el trabajador hubiera sido efectivamente admitido y que se permita en su caso el normal desarrollo de las funciones sindicales o de representación de los trabajadores que viniera realizando. No se imponen, por el contrario, multas coercitivas, a diferencia de lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 711 y 712) y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 112) e imponía el artículo 282 de la anterior LPL⁸¹, ni en ningún caso indemnizaciones específicas.

Fuera de los casos en los que la ley considera precisa la ejecución de la sentencia en sus propios términos, el artículo 279 de la LPL añade a la obligación general de indemnizar el despido conforme a las reglas expuestas, la posibilidad al juez de imponer una indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año de servicio con un tope máximo de 12 mensualidades. A pesar de lo poco frecuente de esta situación, resulta destacable que aquí el legislador sí deja libertad al juez para valorar las circunstancias del caso y establecer la cuantía que se ajuste a las mismas. Ello se desprende del verbo modal empleado («podrá fijar») y sobre todo del establecimiento de ambos parámetros de fijación de la indemnización como topes y no como una cuantía fija y automáticamente determinada por la ley.

Un efecto adicional de la indemnización que surge en este caso es el efecto constitutivo de la declaración judicial, pues mientras que con carácter general el despido tiene efectos desde su fecha (y así se tiene en cuenta en la determinación del tiempo de servicio), en el caso de la no readmisión la opción ejercitada en su momento implica la extensión de los efectos favorables del contrato de trabajo al tiempo posterior, de tal modo que, tal y como declara expresamente el artículo 279 de la LPL, el auto que dicte el juez «declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución».

El segundo supuesto al que hay que hacer mención en este punto es el relativo a las disposiciones específicas contempladas en el convenio colectivo o en el propio contrato del trabajador. La norma contenida en el artículo 56.1 del ET es una norma de Derecho necesario relativo, por lo que nada obsta a que sea mejorada por las vías señaladas, aunque ello nunca puede hacerse como contraprestación de las garantías legales o de la creación de causas de extinción diversas de las previstas por la ley⁸².

En relación con los pactos indemnizatorios que se establezcan⁸³, ya sea por contrato o por disposición de convenio colectivo, debe señalarse que no es posible una interpretación extensiva, por

29 de enero de 2009) u otorga el derecho a optar al trabajador (art. 102 del V C. Col. Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, BOE de 16 de enero de 2010) o a una comisión designada al efecto (art. 46 VI C. Col. para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DOC-LM de 11 de junio de 2009).

⁸¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 abril. En particular, se fijaba la obligación de imponer una multa diaria de entre uno y cuatro días de salario del trabajador despedido, atendiendo a las circunstancias del despido, la capacidad económica de la empresa y el puesto del trabajador. En todo caso, nunca tendría carácter indemnizatorio, sino estrictamente sancionador por lo que el receptor de las mismas era el trabajador sino el Tesoro Público.

⁸² ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1990, pág. 50.

⁸³ A estos habría que equiparar las concesiones expresas y unilaterales del empresario sobre la materia.

lo que se aplicarán exclusivamente a las causas extintivas previstas en los mismos⁸⁴. En todo caso, la libertad para la configuración de los mismos es casi total, siempre que respete el mínimo legal. Por tanto, cabrá el establecimiento de cantidades a tanto alzado, que supongan un incremento de días por año de servicio, en atención a los resultados conseguidos en la empresa o cualquier otro parámetro, siempre que no resulte directa o indirectamente discriminatorio, en el sentido estricto de la palabra⁸⁵. Por supuesto, el pacto puede también consistir en la mera supresión de los topes máximos del Estatuto, o en la fijación de un criterio distinto de cálculo, siempre que garantice que al menos se obtendrá la indemnización prevista por el ET.

En todo caso, debe destacarse que los pactos de esta naturaleza no son demasiado frecuentes, sin perjuicio de que tampoco puedan considerarse como inexistentes. En general, en las relaciones laborales comunes suelen darse en casos de trabajadores muy cualificados, a modo de cláusulas de blindaje similares a las propias de los contratos de la relación laboral especial de Alta Dirección. Un análisis de la jurisprudencia sobre la cuestión muestra que los problemas suelen surgir con cuestiones relacionadas más con la propia existencia del pacto o la procedencia de aplicación al caso concreto que sobre su licitud o naturaleza, por lo que en el ámbito de este estudio no merecen mayor atención.

La negociación colectiva, por su parte, no suele recoger este tipo de acuerdos, lo que tampoco debe extrañar: el incremento de los costes de extinción cuando ésta es calificada como improcedente supondría un aumento de los gastos relacionados con el trabajo, por lo que necesariamente el empresario, dentro de su capacidad de negociación, sólo estaría dispuesto a concederlo a costa de reducir otras partidas, de tal modo que supondría una transferencia de renta del conjunto de trabajadores afectados por el convenio hacia aquellos despedidos improcedentemente. En la práctica, los escasos acuerdos que suponen un incremento de la indemnización lo hacen por vías indirectas o de reconocimiento de situaciones específicas, como puede ser la equiparación de la antigüedad al tiempo de servicio, cuando la empresa reconoce aquella al inicio de la relación, o la corrección del salario que ha de tomarse como base con el objetivo de evitar que disposiciones destinadas a limitar ciertos complementos a quienes alcancen cierto grado de vínculo con la empresa perjudiquen la cuantía de la indemnización⁸⁶.

4.2. Supuestos de exclusión o reducción de la indemnización

a) Salarios de tramitación

No se ha prestado en este trabajo hasta ahora especial atención a la partida prevista en el párrafo b) del artículo 56.1 del ET, que comprende «una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improce-

⁸⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *óp. cit.*, pág. 59.

⁸⁵ En caso de que estableciera distinciones no justificadas pero que no supusieran distinción por los motivos prohibidos por el artículo 14.2 de la CE, debe entenderse que serían admisibles, pues la interdicción de la arbitrariedad se limita a los poderes públicos.

⁸⁶ Artículo 32 del XII C. Col. estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE 9 de enero de 2007), en el que se incorpora un trienio a los trabajadores despedidos improcedentemente entre los años cuatro y seis de relación laboral, dado el periodo de seis años que el convenio establece como carencia para el devengo de estas partidas.

dencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación».

En apariencia, el objeto de esta partida es claro: resarcir al trabajador por la pérdida de ingresos que sufre desde que es efectivo el despido y hasta que tiene conocimiento de la resolución judicial que declara la improcedencia del despido, de tal modo que hasta ese momento su patrimonio queda en la misma situación que habría estado de no haberse producido el despido, dejando al margen el valor económico que pueda tener el hecho de mantener una relación laboral indefinida y estable. Este objetivo se ve reforzado por el hecho de que se deduzcan los ingresos obtenidos del trabajo en otra actividad distinta, que no se produciría de tener una finalidad sancionadora o de clase distinta que el resarcimiento del daño efectivamente producido.

Los hechos expuestos anteriormente llevan a pensar que es una cantidad que, al responder claramente a un daño real, objetivo y fácilmente cuantificable, no debería generar especiales problemas jurídicos ni controversias. Sin embargo, la realidad muestra precisamente lo contrario, y ha sido esta vía por la que más se ha atacado la cuantía indemnizatoria.

Al margen de la controversia que se dio en su momento⁸⁷, hoy parece una cuestión pacífica⁸⁸ en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal el carácter indemnizatorio de los llamados «salarios de tramitación»⁸⁹, dado que no retribuyen trabajo alguno, sino que resarcen de un perjuicio causado al trabajador por un hecho —el despido— que tiene por sí mismo fuerza extintiva⁹⁰. Se trata de una suma que responde a la necesidad de «compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente»⁹¹.

El régimen jurídico de los mismos en la actualidad, fijado por la Ley 45/2002⁹², establece como punto de partida, para el caso de que el despido sea declarado improcedente y con independencia de que se opte por la readmisión o por la indemnización, el deber de abonar «una cantidad igual a la suma de salarios dejados de percibir» hasta la fecha de notificación de la sentencia.

La ubicación sistemática de estas líneas en el presente trabajo puede hacer intuir que las diferentes modulaciones que de este precepto se hacen, ya sea en el texto de la ley o en interpretación juris-

⁸⁷ Al respecto, vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Naturaleza de los salarios de tramitación y responsabilidad del empresario principal», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol. V, 1998.

⁸⁸ HERRAIZ MARTÍN, M.: *El despido nulo: causas y efectos*, Aranzadi, 2008, pág. 163.

⁸⁹ El punto de inflexión lo marca la STS de 26 de diciembre de 2000 (rec. 4595/1999) que con expresa rectificación de la anterior doctrina afirma que la suma a que se refiere la letra b del apartado primero del artículo 56 del ET «son en realidad indemnizaciones por despido, y no contraprestaciones o contrapartidas del trabajo realizado».

⁹⁰ HERRAIZ MARTÍN, M.: «Los salarios de tramitación en los despidos declarados improcedentes a la luz del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», *Tribuna social*, 220, 2009, pág. 68.

⁹¹ STS de 14 marzo de 1995 (rec. 2930/1994), en doctrina confirmada por la de 18 de abril de 2007 (rec. 1254/2006).

⁹² Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Supone en gran medida una rectificación de las modificaciones normativas introducidas por el RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, homónimo.

prudencial, tienden a limitar el alcance de los mismos. En efecto, antes de entrar en los supuestos de expresa reducción a la hora de determinar la cuantía que ha de establecerse como indemnización, es necesario detenerse en el punto de partida y valorar qué salario debe tomarse en cuenta para el cálculo.

Una interpretación literal («salarios dejados de percibir») y sistemática debería conducir a la conclusión de que, para su cómputo, es necesario realizar una ficción y determinar qué retribución salarial habría percibido el trabajador injustamente despedido en caso de haber permanecido en la empresa. Ello es así por cuanto que expresamente ha declarado el Tribunal, como ya se ha visto, que es el perjuicio de no recibir su salario lo que se indemniza. En consecuencia, si se determina que la razón le asistía con independencia de cuál sea la opción finalmente adoptada por el empresario, éste debe restituir al trabajador a la situación patrimonial en la que se encontraría de no haberse producido el despido.

La jurisprudencia, sin embargo, ha entendido que se produce una suerte de petrificación del salario de referencia: conforme a la doctrina del Tribunal Supremo «no puede sostenerse su actualización debida a los sucesivos incrementos salariales producidos por disposición legal o por convenio colectivo, pues el incremento posterior no afecta a la indemnización del despido fijada en la sentencia, ni a los salarios de tramitación o de sustanciación devengados después de la misma. Porque las cantidades indicadas son compensaciones o indemnizaciones tasadas, previamente fijadas por la ley, como ya se ha dicho, que no *restitutio in integrum*; y permanecen inalterables como tales indemnizaciones de daños y perjuicios»⁹³.

Esta interpretación restringe la noción de «salarios dejados de percibir» por la de «tantos meses de salario como transcurran», y lleva al extremo el alcance del carácter tasado de la indemnización. Es indiscutible que la misma lo está, toda vez que se fija con precisión cuál debe ser la cuantía con relación a una referencia objetiva, como es el salario dejado de percibir. Sin embargo, eso no implica que todos los sumandos de la operación aritmética a que se refiere la letra b del artículo 56.1 del ET tengan que ser idénticos. Antes al contrario, una comparación de la redacción de las dos partidas contempladas en dicho precepto muestra con claridad la diferencia entre una y otra: mientras que la primera se fija en relación a un módulo que se cuantifica en relación al salario, para a partir del mismo establecer un daño de carácter no estrictamente patrimonial y de difícil valoración, en el caso de los salarios de tramitación está atendiéndose a un lucro cesante fácilmente cuantificable. Ello no guarda relación alguna con el carácter salarial o indemnizatorio, como se ha defendido, pues tanto en uno como en otro caso los salarios de tramitación deben responder a los efectivamente dejados de percibir: en el primer caso, puesto que esa era la prestación debida por el empresario, y en el segundo, que es el relevante dada la calificación que esta partida tiene, porque es el perjuicio que efectivamente se causa, salvo que como el propio legislador contempla, el trabajador obtenga un nuevo empleo⁹⁴.

Esta idea se ve reforzada por el hecho de que, pese a ser una indemnización tasada, el propio legislador modula en atención al daño real que se causa, y en el mismo precepto que establece esta parte de la indemnización fija como límite temporal para el devengo el momento en el que el traba-

⁹³ STS de 7 de diciembre de 1990. Doctrina reiterada en la STS de 30 de enero de 1991.

⁹⁴ En contra de esta argumentación, DURÁN LÓPEZ, F.: «Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo (Comentario a las Sentencias de TS 4.ª de 7 de diciembre de 1990 y 13 de marzo de 1991)», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol. 1, 1991, pág. 370.

jador hubiera encontrado otro empleo. De este modo, la prohibición de contemplar los incrementos que naturalmente habrían afectado al salario supone una restricción al restablecimiento del perjuicio causado por la conducta ilícita del empresario; cuestión distinta es que la estimación de los incrementos salariales se debe realizar con cautela, siempre vinculada a lo establecido por el convenio colectivo o al menos la variación interanual del índice de precios al consumo, sin que sean admisibles en este punto las meras expectativas de promoción profesional.

Esta reducción de los salarios de tramitación, no obstante, sólo tendrá verdadera relevancia cuando el proceso se desarrolle a lo largo de un periodo muy dilatado en el tiempo, por lo que esta doctrina no supone en la práctica una reducción de alcance general en la tutela de los intereses de los trabajadores.

Mayor importancia cuantitativa presenta la realizada por la Ley 45/2002, al permitir la llamada «congelación» de los salarios de tramitación o incluso impedir su devengo mediante el depósito en el Juzgado de lo Social de la cantidad correspondiente a la indemnización que le corresponda al trabajador, en virtud de lo dispuesto en el párrafo a del artículo 56.1 del ET, reconociendo la improcedencia del despido. De esta forma, efectuado el depósito, si éste se ha hecho correctamente, comprendiendo tanto la indemnización del apartado a como los salarios de tramitación que se hayan devengado ⁹⁵, queda liquidada toda responsabilidad.

Esta reducción de los salarios de tramitación debidos llega en la redacción actual de la ley a su máxima expresión posible, pues puede llegar a anularse totalmente si la consignación se realiza dentro de las 48 horas siguientes al despido, de acuerdo con la redacción vigente del párrafo segundo del artículo 56.2 del ET.

La reducción de la cuantía de esta partida indemnizatoria se integra en la lógica de favorecer los procesos extrajudiciales de resolución de conflictos, incentivando la evitación del proceso, si bien desde la doctrina se ha llegado a invertir este argumento para atribuir a estas reformas una voluntad meramente negativa: la de evitar posibles incentivos al continuar el litigio en sede judicial ⁹⁶.

El fundamento de la norma es claro y su contenido resulta coherente con el mismo. Si ante una determinada controversia jurídica una de las partes se aviene a cumplir íntegramente con las pretensiones de la otra, el proceso queda sin objeto. De esta forma, el trabajador, salvo que discuta la existencia de otra fuente de obligaciones que le otorgue derecho a una mayor indemnización, no podrá exigir una cuantía superior a la que el empresario ha consignado. De este modo, decae la expectativa a la que antes se hacía referencia, y el trabajador ya tiene la certeza de que la relación laboral extinta no revivirá, por lo que el daño que los salarios de tramitación están llamados a reparar no llega a producirse.

Esta solución, aun cuando tiene por consecuencia reducir un coste para las empresas y adelantar los efectos económicos derivados de la pérdida del puesto de trabajo, con el consecuente perjuicio

⁹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Las reformas en materia laboral de la Ley 45/2002», en Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (ed.), *La Ley 45/2002 de Reforma de la Protección por Desempleo: La «reforma» de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo*, 1.ª ed, Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 104.

⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: «Ofrecimiento de la indemnización por despido en la conciliación procesal y reducción de la cuantía de los salarios de tramitación», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 1996, pág. 287.

para los intereses del trabajador, supone una racionalización interesante desde la perspectiva del funcionamiento del mercado. No debe olvidarse que la litigiosidad tiene un coste social importante, por cuanto supone que las partes tengan que dedicar tiempo y recursos a la preparación y desarrollo del proceso y muy especialmente por la gratuidad de la justicia ⁹⁷: el coste que supone la organización judicial no es pequeño, por lo que la supresión de los procesos en los que la única función del órgano jurisdiccional es la constatación de un ilícito y la declaración de la cuantía de una indemnización que era previamente conocida en todos sus extremos por ambas partes debe ser bienvenida.

Es cierto que surge el problema de la conceptualización del despido como causal, al eliminarse de hecho todo reproche a la conducta del empresario y todo control judicial de las razones de la decisión cuando ésta no esté viciada de nulidad. Se ha llegado así a decir que se le autoriza para llevar a cabo un «despido causal sin causa pagado» ⁹⁸ e igualmente se ha criticado que premia al infractor y castiga al empresario de buena fe, pues mientras que al primero se le ofrece una solución sencilla y poco costosa, quien ha despedido desde el convencimiento de estar obrando dentro de los márgenes que le ofrece el artículo 49 del ET se encontrará ante el dilema de defender lo que cree justo, arriesgándose a ser condenado a una indemnización mayor, o simplemente renunciar a la tutela judicial en aras de la certeza de una indemnización limitada a los 45 días por año trabajado ⁹⁹.

Las críticas al sistema se basan, además, en la interpretación flexibilizadora del concepto de consignación, que se ha relajado para, atendiendo a su espíritu, admitir cualquier forma de pago que permita al trabajador aceptar o rechazar el abono de la indemnización, y en el caso de considerarla conforme a Derecho, que ésta pase inmediatamente a su patrimonio, sin necesidad de ningún acto de gestión específico ¹⁰⁰.

El trabajador lógicamente podrá no aceptar la consignación efectuada, bien por considerar que el despido es nulo, bien por entender que la cuantía es insuficiente, por error o por malicia, en cuyo caso acudirá a un proceso cuya iniciación está plenamente justificada, pues ahora sí existe una controversia jurídica real sobre la que el órgano judicial debe pronunciarse.

En este caso, el empresario no viene obligado por la doctrina de los actos propios, y que consecuentemente puede sostener la procedencia de la decisión extintiva, a pesar de haber reconocido previamente la improcedencia, especialmente si el trabajador demandante reclama la nulidad, pues ello abriría el debate sobre el fondo ¹⁰¹. La justificación de esta permisividad con el empresario se sustenta en el hecho de que el ofrecimiento de la indemnización se ha calificado como transaccional, de tal modo que más que un reconocimiento de la improcedencia lo que hay es un ofrecimiento para hacerlo a cam-

⁹⁷ No debe confundirse el beneficio de justicia gratuita con la gratuidad la justicia. Mientras ésta se refiere al hecho de que es el Estado quien sufraga los costes de todo el personal y medios materiales, el primero comprende el derecho subjetivo a tener asistencia letrada, que se reconocerá en los casos que prevea la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita; en el orden social es extremadamente amplio, al reconocerse a todos los trabajadores y beneficiarios del sistema de la Seguridad Social.

⁹⁸ LAHERA FORTALEZA, J.: «Las paradojas del despido libre pagado...», *óp. cit.*, pág. 49.

⁹⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: «Los salarios de tramitación: mito y realidad», *Actualidad Laboral*, 12, 2003, pág. 221.

¹⁰⁰ Así, se ha aceptado el pago mediante cheque bancario (STS de 6 de marzo de 2008, rec. 4785/2006), pero no por medio de transferencia (STS de 21 de marzo de 2006, rec. 2496/2005).

¹⁰¹ BORRAJO DACRUZ, E.: «Los salarios de tramitación...», *óp. cit.*, pág. 222.

bio de evitar el proceso. Esta calificación jurídica implica que es posible, asimismo, la reducción de la cuantía indemnizatoria, pues no se trata de una renuncia de derechos sino un pacto transaccional en virtud del cual, ante el resultado incierto del proceso, el trabajador se aquieta con una indemnización menor de la que le correspondería en caso de que los tribunales declararan la procedencia ¹⁰².

Es necesario por último, en este ámbito, hacer una referencia somera a la responsabilidad del Estado en el abono de los salarios de tramitación, pues el artículo 57 del ET establece, en redacción recuperada ¹⁰³ por la Ley 45/2002, que, en el caso (por lo demás común) de que procediendo el pago de los salarios de tramitación por ser declarado el despido improcedente (no así nulo), la sentencia se dictara transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda, el empresario podrá reclamar al Estado el abono de las cantidades que se devenguen a partir de la superación de este plazo. No es esta una cuestión que deba ser objeto de estudio aquí, pues lo cierto es que en nada afecta al *quantum* indemnizatorio. Se trata simplemente de una concreción del principio de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública por un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia. Sin embargo, el obligado frente al trabajador es únicamente el empresario, que no podrá reclamar al Estado sino después de haber abonado las cantidades debidas, toda vez que antes no hay daño que pueda reclamar. El trabajador sólo tendrá acción contra el Estado en vía de subrogación, ante la imposibilidad de apremiar bienes del empresario ¹⁰⁴.

b) Contratos de fomento de la contratación indefinida

El contrato de fomento de la contratación indefinida nació como consecuencia del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad y el Empleo (AIEE) suscrito por los principales agentes sociales el 7 de abril de 1997, con la vocación de alcanzar un equilibrio entre los intereses de las organizaciones empresariales, interesadas en reducir los costes del despido, y los de la representación de los trabajadores, en un contexto de elevada temporalidad (una tasa del 34% de los asalariados) con una elevadísima rotación (dos terceras partes no alcanzaban una duración de 3 meses), en un entorno de una evidente descausalización de ciertos contratos temporales ¹⁰⁵. Para ello se propuso un contrato para determinados colectivos en el que se redujo la indemnización por despido objetivo cuando éste fuera calificado como improcedente a 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades, lo que fue recogido en las reformas legislativas aprobadas ese año ¹⁰⁶. La medida, pretendidamente limitada en cuanto a su

¹⁰² BALLESTER LAGUNA, F.: «Finiquito y reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido con acuerdo de una indemnización inferior a la establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 13, 2009, pág. 13.

¹⁰³ Pues había sido suprimida, junto con los salarios de tramitación en caso de optarse por la indemnización, por el Real Decreto-Ley 5/2002.

¹⁰⁴ RÍOS SALMERÓN, B.: «La reforma del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002: despídos y protección del fondo de garantía salarial», en Antonio V. SEMPERE NAVARRO (ed.) *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002: análisis de la Ley 45/2002, de 12 diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003 (Monografías Aranzadi), pág. 101.

¹⁰⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El AIEE y su traslación legislativa: significación general y condicionantes específicos», en Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ (ed.), *Las reformas laborales de 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 21.

¹⁰⁶ Primero mediante Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, y después, tras el trámite parlamentario correspondiente, por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, con el mismo nombre.

vigencia en relación a los desempleados a los que les era de aplicación y dirigida a colectivos muy concretos, ha ido progresivamente ampliándose hasta su práctica total generalización¹⁰⁷.

En la actualidad, por tanto, el contrato para el fomento de la contratación indefinida, cuya regulación se mantiene en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, se configura como una modalidad de contrato de duración determinada al que sólo pueden acceder quienes cumplan determinados requisitos (que abarcan prácticamente a la totalidad de los desempleados) y que se caracteriza principalmente por una reducción de la indemnización para el solo caso de que el despido por causas objetivas sea calificado o reconocido¹⁰⁸ como improcedente, que opera como se ha visto mediante una reducción tanto en el factor por el que se multiplica el tiempo de servicio como el máximo que puede llegar a percibirse.

El régimen jurídico de las indemnizaciones por despido improcedente derivado de esta legislación plantea, desde una doble perspectiva, una situación de diferenciación para los trabajadores que, estando vinculados por un contrato de fomento de la contratación indefinida con su empresa, son despedidos improcedentemente alegando la concurrencia de causas objetivas.

El primer término de comparación lo han de constituir, lógicamente, los trabajadores que ante el mismo hecho extintivo tienen derecho a una indemnización mayor por ser su contrato indefinido de naturaleza ordinaria o común. En este caso, es preciso evaluar si el alcance del artículo 14 de la CE impide o restringe de algún modo este régimen jurídico, para lo que es preciso tener en cuenta la interpretación que ha venido realizando el Tribunal Constitucional. Al respecto, debe decirse que es preciso que exista un término de comparación válido, una persona en la que ante la misma situación tenga un tratamiento distinto, lo que aquí habría que buscar en el trabajador ordinario despedido en idénticas circunstancias. Es cierto que en reiteradas ocasiones se ha sostenido que no son comparables quienes se encuentran en una situación jurídica diferenciada, pero en este caso es preciso tener en cuenta que la calificación del contrato lo único que hace es establecer la distinción entre dos trabajadores cuyo vínculo es indefinido y que al margen de la indemnización que aquí se analiza presentan idénticos derechos y deberes en su relación laboral. No obstante, no es suficiente el tratamiento diferenciado para que una norma sea contraria al derecho de igualdad, sino que se exige la irrazonabilidad de la medida, o lo que es lo mismo, que ésta no responda a la protección de un bien jurídico y que las renuncias que la tutela de éste genere sean proporcionadas.

El análisis de la finalidad de esta norma es, como expresamente se reconoce en la misma y de forma particularmente precisa en el propio nombre de la modalidad contractual, el fomento de la contratación indefinida para personas con particulares problemas en el acceso a un puesto de trabajo estable. Se trata de una medida que se enmarca dentro de un ámbito más amplio de medidas, entre las que también se recogen otros incentivos para el empresario (esencialmente a través de bonifica-

¹⁰⁷ La Ley 35/2010 sólo excluye a parados de menos de un mes de inscripción interrumpida que no estén en alguno de los múltiples supuestos que se recogen.

¹⁰⁸ La posibilidad de equiparar el reconocimiento de la improcedencia a la declaración judicial de la misma, aunque no se recogía explícitamente, parece obvia por la remisión en bloque al régimen del artículo 56.1 del ET. En este sentido lo interpretaron los distintos TSJ sin que llegara a ser preciso el análisis por parte del TS (SSTSJ de Madrid de 3 de abril de 2001 –rec. 385/2000–, de Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 2003 –rec. 3240/2002–, de Cantabria de 17 de noviembre de 2005 –rec. 1013/2005– y de Extremadura de 11 de enero de 2007 –rec. 759/2006–). En todo caso, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

ciones en las cuotas de Seguridad Social ¹⁰⁹). Por ello, aunque los datos muestran que la temporalidad se ha mantenido elevada ¹¹⁰, no puede calificarse la decisión del legislador como arbitraria o irrazonable: parece asumible la afirmación de que en igualdad de condiciones el empresario estará más dispuesto a contratar a un trabajador si los costes de una hipotética extinción calificada como improcedente son menores. Debe tenerse en cuenta que la ponderación de derechos en este caso no se realiza en perjuicio de un sujeto para beneficiar a terceros (como ocurre por ejemplo en el caso de las jubilaciones forzosas insertas en un plan de empleo ¹¹¹) sino del propio trabajador, que en cuanto integrante del colectivo para el que se permite la celebración de esta clase de contratos tendrá mayor facilidad para acceder a un puesto de trabajo estable. En consecuencia, no parece que pueda entenderse vulnerado el derecho a la igualdad por este motivo.

El segundo aspecto en el que existe un tratamiento diferenciado es el que se deriva de la diferente situación en la que queda el trabajador despedido improcedentemente cuando la causa es objetiva y cuando es disciplinaria, pues para este último caso se mantiene el régimen más protector del artículo 56.1 del ET.

La improcedencia del despido supone la declaración de que no existe causa legal para llevar a cabo el mismo, y por tanto es una actuación ilegítima que debe ser reparada. La decisión extintiva puede haberse fundado en un causa cierta y suficiente pero que no puede ser probada, en una causa que siendo verdadera no es suficiente para justificar el despido [infracciones del código disciplinario que conlleven sanciones inferiores, simples mejoras económicas cuando no exista riesgo alguno para la viabilidad de la empresa, ausencias justificadas en menor número de las exigidas por el art. 52 d)...] o sin causa alguna admisible en Derecho ¹¹². El origen de esta distinción, buscada ya desde el AIEE de 1997 en el que expresamente se distingue entre uno y otro despido atribuyéndoles las distintas consecuencias que aún hoy recoge la ley, podría ser razonable desde una presunción absoluta de buena fe. Así, si se parte de la base de que, ante decisiones empresariales de despido adoptadas realmente por causas objetivas, la empresa se encontrará con que con frecuencia las mismas son calificadas como improcedentes (bien por ser la causa insuficiente conforme al artículo 52 ET, bien por no poder probarse), una indemnización elevada podría disuadirle de contratar o, en su caso, hacerlo acudiendo a modalidades de duración determinada. Dado que lo que se pretende con la reducción de los costes del despido es potenciar precisamente el empleo y la contratación indefinida (como muestra la propia denominación del acuerdo de los agentes sociales), sólo es necesario reducir los costes del despido en esta situación, pues en cualquier otro caso la reducción de la indemnización no supondría ventaja

¹⁰⁹ Sobre esta cuestión, en relación con la reforma operada por la Ley 5/2006, de 9 de junio, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo», en Jesús CRUZ VILLALÓN (ed.), *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, 2006, pág. 250 y ss.

¹¹⁰ El máximo nivel de temporalidad (35,16% de los asalariados) se alcanzó en el tercer trimestre de 1995. A partir de ahí la tasa tiende a reducirse, hasta alcanzar un 31% en 2007. Sólo a partir de 2008, y por efecto de la rápida destrucción de empleo en sectores como la construcción y la hostelería, intensivos en trabajo temporal, se muestra un descenso más acelerado de la tasa de temporalidad, si bien ello no supone un incremento de la estabilidad sino del desempleo (datos de la Encuesta de Población Activa, INE).

¹¹¹ STC 22/1981, de 2 de julio.

¹¹² Lógicamente siempre habrá algún motivo; debe tenerse en cuenta que si el motivo ataca los Derechos fundamentales del trabajador despedido, ya sea aquel exteriorizado o simplemente se deduzca del comportamiento empresarial u otras circunstancias, determinará la nulidad y no la mera improcedencia del despido.

alguna desde la perspectiva del mercado de trabajo, sino que tan sólo generaría una transferencia de renta del trabajador despedido al empresario.

Este razonamiento, al margen de que la simplificación de las consecuencias de la regulación de la indemnización por despido pueda llevar a conclusiones erróneas, podría ser aceptable siempre que el empresario declarara los verdaderos motivos del despido, pues de otro modo resulta evidente que, ante una decisión extintiva que se sabe improcedente, o aun que se sospecha que puede llegar a ser declarada como tal, se verá tentado a afirmar que se ha debido a causas objetivas ¹¹³.

Es preciso traer aquí a colación la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la posibilidad de aplicar la regla general del fraude de ley ¹¹⁴ a aquellos despidos en los que el empresario extinguiera la relación laboral a pesar de ser plenamente consciente de que no concurre ninguna de las causas previstas en la ley. Con carácter general, la misma se ha acotado en la jurisprudencia civil afirmándose que «exige la concurrencia necesaria de una serie de actos, que pese a su apariencia de legalidad, violan, aunque no frontalmente sí por otras vías indirectas, el concepto ético o el contenido jurídico de las normas, en la procura de ventajas, logros o intereses propios con daño y perjuicio deliberado o aprovechado para personas ajenas y que son las destinatarias de tales efectos negativos, por consecuencia de constatadas infracciones de deberes jurídicos, que pretenden cobertura legal, al acomodarse a la letra de la ley, pero vulnerando su sentido, espíritu y la filosofía de rectitud y adecuada ordenación social que la debe inspirar» ¹¹⁵.

En aplicación de esta regla, podría considerarse que el despido en el que el empresario declara una causa que conoce falsa no es otra cosa que un intento de elusión del artículo 49 del ET, que exige la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en él para la extinción del contrato de trabajo. Por tanto, la opción por la indemnización al trabajador no es otra cosa que el resultado prohibido por el ordenamiento, que se trata de justificar en una norma de cobertura prevista para otro fin. Sin embargo, no ha sido ésta la postura del Alto Tribunal, sino que ha llevado a cabo la construcción jurídica del concepto de «despido fraudulento» mucho más restrictiva.

La doctrina unificada ¹¹⁶ parte de una interpretación histórica de Ley 7/1989, de 12 abril, de bases de procedimiento laboral, que al regular los posibles pronunciamientos judiciales en el proceso por despido, no recogió la posibilidad de que la decisión empresarial fuera declarada nula por fraude de ley. Al establecerse que «el juez calificará el despido de procedente, improcedente o nulo», añadiendo a continuación el inciso «de conformidad con lo dispuesto en las leyes», lo que pretendía el legislador era excluir cualquier otra calificación del despido y, particularmente, la de despido por fraude de ley que venía admitiendo la jurisprudencia. En consecuencia, entiende el Tribunal Supremo

¹¹³ De «elogio de la mentira» califica esta regulación LAHERA FORTALEZA, J.: «Las paradojas del despido libre pagado...», *óp. cit.*, pág. 49.

¹¹⁴ Establece el artículo 6.4 del CC que «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

¹¹⁵ STS (1.ª) de 30 de mayo de 1994, doctrina reiterada en la STS de 21 de julio de 2006.

¹¹⁶ La argumentación básica se recoge en casación por unificación de doctrina en las SSTS de 2 de noviembre de 1993 (rec. 3669/1992) y 19 de enero de 1994 (rec. 3400/1992).

que la regulación del actual artículo 108 de la LPL supone una exclusión expresa de la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil y que, por tanto, acreditada la no concurrencia de la causa alegada por el empresario, es irrelevante cuál sea ésta, si es que existe, salvo el supuesto de que pueda ser subsumida en los casos expresamente previstos para el despido nulo.

En contra de esta construcción podría argumentarse, en todo caso, que la regla contenida en el artículo 6.4 del Código Civil busca la eficacia general de las normas y está prevista precisamente para los casos en que una determinada ley ha omitido un supuesto concreto que permite que, mediante una aplicación torticera de la misma, se eluda el cumplimiento de otra norma¹¹⁷. Por tanto no parece adecuado entender que una determinada ley prescinda sin más de este instituto, dado que no es sólo una regla de interpretación o resolución de conflictos aparentes entre normas, sino una auténtica garantía de la integridad del ordenamiento y de la seguridad jurídica. Los efectos del fraude de ley no son, por sí mismos, la nulidad del despido en el sentido previsto por el artículo 108.2 de la LPL y el 55.5 del ET, sino que determinarán simplemente la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir. En este caso, como la norma de amparo es la disposición adicional primera de la Ley 21/2001, y la norma eludida el artículo 56.2 del ET, por tanto, no se trata de calificar el despido nulo por fraude de ley, que efectivamente es una figura atípica en nuestro Derecho, sino simplemente de situarlo en sus justos términos: si el despido no se ha debido a una causa objetiva en los términos definidos en la ley (aunque el empresario haya errado en la calificación jurídica) sino que los hechos que se establecen son simplemente ficticios o manifiestamente ajenos al ámbito del despido objetivo, no podrá aplicarse el «tipo reducido» de indemnización¹¹⁸. Consecuentemente, en su caso, tampoco operará la congelación de los salarios de tramitación, pues no se habrá consignado la cantidad debida.

En caso de no aceptarse esta aplicación del fraude de ley, la distinción entre unos y otros despidos improcedentes de los trabajadores contratados en la modalidad de fomento del empleo presenta un difícil encaje en el artículo 14.1 del CE. Ello se debe a la necesidad de justificar las diferencias de trato de quienes se encuentran en la misma situación, lo que en este caso resulta al menos complicado. Lo cierto es que la calificación de improcedencia del despido no significa otra cosa que la declaración de que, para el Derecho, no concurre causa que lo justifique: no hay graduación posible. Por ello, resulta arbitrario e irracional fundamentar una distinta consecuencia jurídica en una causa declarada inexistente, lo que conlleva la vulneración del derecho a la igualdad.

4.3. Imposibilidad de readmisión y derecho a la indemnización

En nuestro Derecho del Trabajo el legislador ha establecido que, en el caso de que el despido sea declarado improcedente, como regla general, el empresario tendrá derecho a optar entre la readmi-

¹¹⁷ En esta línea, aunque como última de una serie de opciones de mayor radicalidad en defensa del fraude de ley como mecanismo de tutela del trabajador improcedente y acasualmente despedido, AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El denominado "despido improcedente" como alternativa a la extinción por causas objetivas y al despido colectivo: reflexión crítica y límites», *Revista de Derecho Social*, 48, 2009.

¹¹⁸ En general, dado el principio general de presunción de buena fe, siempre corresponderá la prueba del fraude de ley a quien lo alegue, de tal modo que su aplicación debiera ser restrictiva, en la línea de lo que la jurisprudencia social venía llamando, hasta la resolución citada en la que se sienta nueva doctrina unificada, el despido fraudulento.

sión del trabajador o el pago de la indemnización correspondiente, con el abono en su caso de los correspondientes salarios de tramitación. Sin embargo, distintas circunstancias pueden hacer que la readmisión sea imposible, bien por razones relacionadas con la persona del trabajador, bien con la propia existencia del contrato.

En este punto se hace preciso determinar la naturaleza jurídica de la elección del empresario, acudiendo para ello a la distinción que la doctrina iuscivilista hace entre las obligaciones alternativas –reguladas en los arts. 1.131 a 1.136 CC– y las facultativas, no recogidas en el texto legal ¹¹⁹. La principal diferencia entre unas y otras radica en que, mientras que en las primeras todas las obligaciones son debidas desde el primer momento y el deudor queda liberado con el cumplimiento de cualquiera de ellas a su elección, en las facultativas, sólo una es debida, aun cuando se permite que quien la debe pueda liberarse de ella mediante la realización de otra distinta. En consecuencia, si la obligación deviene imposible, quedará liberado el deudor por aplicación del artículo 1.184 del Código Civil, pues la realización de la prestación facultativa –en este caso la entrega de una suma de dinero– nunca se debió, sino que simplemente se configura como una forma de liberarse del deber de readmisión, que es a lo que realmente le obliga la sentencia condenatoria.

Por el contrario, la calificación de ambas obligaciones como facultativas supone una consecuencia bien distinta. De conformidad con el artículo 1.136 del Código Civil, si de las distintas obligaciones sólo una subsiste posible, será ésta la que deberá cumplir. En consecuencia, la calificación de la opción de uno u otro modo va a determinar que, no siendo posible la readmisión del trabajador por cualquier razón, el empresario quede liberado de toda responsabilidad o, por el contrario, se vea obligado a satisfacer la indemnización de 45 días de salario por año de servicio al trabajador.

La respuesta jurisprudencial a este problema se encuentra en la STS de 29 de enero de 1997 ¹²⁰, en la que, muestra de la complejidad del problema, ambas posturas fueron mantenidas, habiendo optado la mayoría por considerar que se trata de obligaciones facultativas y que, en consecuencia, ante la imposibilidad de readmitir el empresario estará obligado a indemnizar, y formulándose dos votos particulares en contra. En esta resolución se da respuesta a un supuesto específico de imposibilidad de readmitir: el caso de los contratos temporales que en el momento de la declaración de la improcedencia hubieran llegado ya a su fin.

La postura rechazada se sostuvo, en primer lugar ¹²¹, desde la base de lo que se ha llamado «despido dentro del despido», en la lógica de que durante la sustanciación del proceso por despido se produce un hecho que por sí mismo habría sido bastante para extinguir el contrato de trabajo. Esta extinción hipotética recupera actualidad con la declaración de improcedencia del primer despido, pues si no se trata de una causa que opere ipso iure, se ha de admitir que el empresario tendría la facultad de emitir la declaración de voluntad necesaria para lograr la extinción, y por tanto, cabe afirmar que se está produciendo una desviación en caso de obligar a indemnizar. Para los firmantes

¹¹⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Indemnización por despido declarado improcedente en contrato ya extinguido por otra causa», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol. 19, 22, 2003, pág. 692.

¹²⁰ Rec. 3461/1995, sentencia dictada en Sala General.

¹²¹ En el primero de los votos particulares, defendido por DESDENTADO BONETE con la adhesión de GIL SUÁREZ.

de este voto particular, el daño cubierto por la indemnización es el derivado de la no readmisión, por lo que siendo ésta imposible no queda nada que resarcir. Sin embargo, continúan argumentando, no puede dejarse sin acceso a la impugnación de dicha extinción al trabajador, por lo que construyen la ficción de que, mediante la alegación de cualquier causa que ponga fin al contrato, el empresario está llevando a cabo una denuncia implícita del término o plazo que podrá, en su caso, ser discutida en el seno del proceso por el trabajador.

En el mismo sentido, el segundo de los votos particulares ¹²² rechaza el carácter alternativo de las obligaciones contenidas en el artículo 56, sobre la base de que en nuestro ordenamiento la obligación de readmitir no tiene carácter absoluto, de tal forma que incluso en los supuestos de nulidad existe la posibilidad de sustitución por una indemnización cuando no se logre la ejecución en sus propios términos, como muestra a su juicio el artículo 282 de la LPL. Entienden los firmantes de este segundo voto particular que el fundamento de la indemnización se encuentra en el incumplimiento de la obligación de readmitir, y por tanto, no es exigible una vez desaparecida ésta por imposibilidad de realización.

En defensa de esta argumentación también se ha afirmado ¹²³ que la misma llevaría al absurdo de dotar de mayor severidad a la obligación derivada del despido improcedente que del nulo, pues en éste, al no existir posibilidad de indemnización sustitutiva de la readmisión, siendo ésta imposible, nada podría reclamar el trabajador, frente a quien siendo objeto de despido improcedente puede reclamar, conforme a esta doctrina, la indemnización prevista en el artículo 56 del ET. Del mismo modo se señala la contradicción que supondría la situación en que el fallecimiento se produjera inmediatamente después de la opción, en cuyo caso no habría posibilidad de reclamar nada, dando lugar, a juicio del magistrado, a una situación «inconsistente».

Frente a estos argumentos puede señalarse que las sucesivas modificaciones del régimen jurídico del despido improcedente hacen difícil reconocer en nuestro ordenamiento una preferencia del legislador por la readmisión, pues la regulación establecida por la Ley 45/2002 parece favorecer en mayor medida la extinción, al liberar al empresario de la deuda por salarios de tramitación como «premio» por su celeridad en la entrega o consignación precisamente de la indemnización ¹²⁴. En relación con las paradojas o incongruencias que señala, debe recordarse que, mientras en el despido improcedente la indemnización estará tasada limitada, en el caso del despido nulo no hay ningún obstáculo a la exigencia del resarcimiento de todos los daños sufridos, especialmente si se tiene en cuenta la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de tutela de indemnizaciones por lesión de derechos fundamentales.

Del mismo modo, en relación con la posibilidad de que la causa de imposibilidad acaezca con posterioridad a la readmisión, es cierto que crea una situación anómala en la que, siendo viable la opción del empresario por la readmisión, después de notificar el empresario su decisión a favor de

¹²² De MARÍN CORREA y con adhesión de BRIS MONTES.

¹²³ De nuevo el Magistrado DESDENTADO BONETE en voto particular, en esta ocasión en relación con la STS de 13 de mayo de 2003 (rec. 813/2002), en la que la imposibilidad de la readmisión deriva del fallecimiento del trabajador. En este caso cuenta con la adhesión de GIL SUÁREZ, IGLESIAS CABERO, MARTÍNEZ GARRIDO y BOTANA LÓPEZ.

¹²⁴ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Indemnización por despido declarado improcedente en contrato ya extinguido por otra causa», *óp. cit.*, pág. 694.

ésta, el trabajador que se viera imposibilitado para ello (o sus descendientes) no tendría derecho a exigir la indemnización alternativa, toda vez que una vez que el empresario ha escogido, desaparece la posibilidad de cumplimiento por medio de la indemnización. No obstante, siendo esto cierto, no supone una inconsistencia de una posición doctrinal, sino la mera actualización de un riesgo, que puede darse con independencia de la existencia de procesos de extinción procedentes, improcedentes o nulos: el fallecimiento del trabajador tendrá múltiples efectos negativos para su esfera patrimonial sin que eso pueda servir como argumento para suprimir la responsabilidad del empresario por haber obrado ilícitamente en la terminación de un contrato.

La tesis defendida por la mayoría de la Sala, que se ha mantenido constante hasta la fecha ¹²⁵, analizando como antes se ha expuesto la aplicación de la indemnización del artículo 56 del ET en aquellos casos en que el despido improcedente afecta a un trabajador vinculado hasta entonces a la empresa por un contrato de duración determinada, parte de la base de que los efectos de la improcedencia del despido, recogidos en el citado precepto del ET, son los mismos con independencia de la naturaleza temporal o indefinida de la relación laboral a la que afecte. Distinta es la cuestión de que, en el caso de las relaciones de carácter temporal, puede ocurrir que cuando se dicte sentencia en la que se declare que el despido no se ajustó a Derecho, la vida del contrato ya haya llegado a su término. En tal caso, entiende la mayoría de la Sala que desaparece una de las obligaciones alternativas, en los términos expuestos, quedando por tanto como consecuencia necesaria la condena al abono de la indemnización. En este punto, se mantiene la coherencia con la forma en que el Tribunal Supremo viene entendiendo la indemnización por despido del artículo 56.1: si se trata de una cantidad que se abstrae de toda realidad concreta del trabajador, su entorno, o la conducta empresarial, y nace en la cuantía que determina la ley por el sólo hecho de producirse un despido no autorizado por el ordenamiento, se habrá producido el derecho a percibirlo o a ser readmitido, eliminando así el daño que genera el hecho de la terminación sin causa bastante o legítima por decisión del empresario.

Esta doctrina puede extenderse a cualquier otro supuesto en el que las circunstancias hacen imposible la opción por la readmisión, como es típicamente el otro supuesto antes expuesto de muerte del trabajador, al que puede equiparse sin especiales problemas el caso de invalidez permanente total ¹²⁶ o de la jubilación ¹²⁷.

4.4. La reducción de costes en la reforma de 2010

Con la vocación de reducir la dualidad del mercado de trabajo, el Real Decreto-Ley 10/2010 y posteriormente la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, han establecido la asunción de parte de la cuantía de la indemnización por despido por parte del FOGASA,

¹²⁵ Entre otras, STS de 22 de abril de 1998 (rec. 4354/1997) y la más arriba citada STS de 13 de mayo de 2003, y en gran número entre las Salas de lo Social de los TSJ.

¹²⁶ STSJ de Galicia de 31 de marzo de 2009 (rec. 455/2009), *sensu contrario*. En esta resolución se da precisamente la circunstancia que el voto particular de la STS de 13 de mayo de 2003 alertaba. El TSJ rechaza el recurso de la actora demandante que pretendía la aplicación de la doctrina recogida en dicha sentencia cuando su incapacidad permanente fue declarada con posterioridad a la opción de la empresa, que resulta plenamente válida por no ser, en el momento de la elección, ninguna de las prestaciones imposibles.

¹²⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 de junio de 2005 (rec. 4251/2004).

siempre que la extinción se produzca por causas objetivas, y en tanto no se desarrolle la creación de un Fondo de Capitalización de (lejana) inspiración en la legislación austriaca.

Conforme a la disposición transitoria tercera de la citada ley, el Fondo se hará cargo del pago de la cantidad equivalente a ocho días por año de servicio, siempre que se trate de contratos indefinidos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, esto es, el 18 de junio de 2010. Esta medida, muy controvertida en lo que se refiere a los despidos calificados o reconocidos como improcedentes (pues no depende de la calificación jurídica de la extinción), ha hecho a algunos autores cuestionar que sea compatible con la naturaleza sancionadora de las indemnizaciones en los supuestos señalados, al asumirse desde un organismo público (pues ésta es su naturaleza, con independencia del origen de sus fuentes de financiación) parte de su abono ¹²⁸.

Desde mi punto de vista, no obstante, al margen de los defectos técnicos que pueda tener la norma, la misma debe entenderse en el sentido ya mencionado de las diferentes vocaciones del legislador al regular las extinciones, en las que en lugar de articular una lógica coherente se establecen, por una lado, normas que buscan flexibilizar la salida del mercado de trabajo y, por otro, aquellas que pretenden la protección del trabajador. En este caso, ante los problemas que causa la dualidad de indemnizaciones, se opta por una fórmula intermedia, que responde a un razonamiento más económico que jurídico, pero que no debe analizarse desde la perspectiva de la indemnización por despido como institución jurídica sino como mero coste económico ¹²⁹.

Por otra parte, dada su aplicación limitada por la fecha del contrato y la causa declarada por el empresario para el despido, resulta de aplicación todo lo expuesto sobre estas materias en relación con el contrato para el fomento de la contratación indefinida, sin que resulte necesario por ello extenderse aquí en mayor medida.

5. Indemnizaciones tasadas e indistintas desde una perspectiva constitucional

5.1. Baremos, arbitrariedad e indiferenciación

La llamada «discriminación por indiferenciación», «vulneración de la igualdad por indiferenciación», «desigualdad por un exceso de igualdad» ¹³⁰ o incluso «desigualdad por suprainclusividad» ¹³¹ ha sido el argumento de múltiples demandas de amparo constitucional, pero el Tribunal Constitucional sistemáticamente ha denegado el mismo sobre la base de que no cabe entender que el artículo 14 de la CE alcance a proteger un derecho a la desigualdad. No obstante, por la vía de la interdicción

¹²⁸ DESDENTADO BONETE, A.: «La reforma del despido en la Ley 35/2010», *óp. cit.*

¹²⁹ Estas cuestiones, junto con los problemas que se derivan del esbozo de Fondo de Capitalización, los analizo con cierto detalle en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización», en Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y Jesús R. MERCADER UGUINA (eds.), *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010.

¹³⁰ Expresión empleada en la STC 135/1994, de 4 de octubre, para negar la existencia de un derecho a la misma.

¹³¹ En expresión de RUIZ MIGUEL, J.A.: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Luis GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), *El Principio de Igualdad*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2000, pág. 167.

de la arbitrariedad sí que se ha entendido, en supuestos ciertamente excepcionales, que una norma podría llegar a ser inconstitucional, al ser irracional tratar del mismo modo dos circunstancias de hecho entre las que no hay identidad de razón ¹³².

Las líneas anteriores parecen haber expuesto una situación clara de rechazo a la posibilidad de que una norma, como es la que fija las indemnizaciones por despido, pueda incurrir en vicios de inconstitucionalidad por el hecho de no atender a circunstancias particulares de los trabajadores, como por otra parte sí hacían las normas anteriores al ET de 1980. Sin embargo, debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha mantenido formalmente la misma postura de rechazo sin fisuras, pero que cuando se han dado situaciones en las que razones de justicia material exigen reconocer la diferencia, ha buscado caminos indirectos por los que llegar a la declaración de inconstitucionalidad.

Es destacable que, incluso en casos en los que finalmente se confirmó que las normas supuestamente vulneradoras de derechos no conculcaban la Constitución, se entró al fondo de la cuestión, más allá del rechazo superficial de la pretensión por buscar un reconocimiento legislativo de la diferencia fáctica. Para ello la jurisprudencia ¹³³, sin profundizar en el trasfondo jurídico, ha trasladado en algunas ocasiones la cuestión desde la perspectiva de la igualdad formal del artículo 14 de la CE a la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la CE, con la consiguiente exclusión de la vía del amparo para su tutela. En todo caso, ese reconocimiento de que una norma puede incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por no atender suficientemente a la diversidad de la realidad, va a permitir que el tribunal entre a valorar si es razonable que se ignoren en la ley circunstancias fácticas relevantes, como el hecho de haber cumplido el reo condena por un delito anterior a la hora de apreciar la reincidencia ¹³⁴ o la imposición de un régimen homogéneo de inversiones para todas las Comunidades Autónomas con independencia de su régimen competencial ¹³⁵.

Sin embargo, a los efectos de analizar la indemnización por despido improcedente, que como se ha desarrollado en páginas anteriores se determina en una cuantía modulada en atención exclusiva a dos circunstancias del trabajador (tiempo de servicio y salario) con exclusión de cualquier otra, la jurisprudencia que mayor interés presenta, y que por otra parte ha sido objeto de estudio detallado por parte de la doctrina, es la relativa a la baremación de los daños derivados de accidentes de circulación.

Es sabido que la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados ¹³⁶ estableció, con carácter imperativo, un sistema de indemnizaciones tasadas que, con base en unas tablas de gran nivel de detalle, determinaban la indemnización que habría de percibir la víctima en caso de accidente,

¹³² Esta cuestión se trata en MERCADER UGUINA, J.R.: «El marco teórico del principio de igualdad», en Luis Enrique DE LA VILLA GIL Lourdes LÓPEZ CUMBRE (eds.) *Los principios del derecho de trabajo*, CEF, Madrid, 2003. Sobre el mismo tema, resulta de interés COBREROS MENDAZONA, E.: «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 2007. Yo mismo he analizado el tema en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto?: igualdad y no discriminación en la indiferenciación», *Justicia Laboral*, 36, 2008.

¹³³ Puede encontrarse una relación de las mismas en GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Valencia, 2004, pág. 332 y ss., si bien lo reiterativo de los argumentos de las mismas, que coinciden con lo que aquí se expone, hace innecesaria su reproducción.

¹³⁴ STC 150/1991, de 4 de julio.

¹³⁵ STC 135/1992, de 4 de octubre.

¹³⁶ Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

introduciendo en sus propias reglas criterios de modulación. La importancia de la misma está fuera de toda duda, y no son sus reglas ajenas a la rama social del Derecho, pues sus disposiciones son empleadas por nuestra jurisprudencia, aunque con carácter meramente orientativo, a la hora de determinar las indemnizaciones que corresponden en virtud de accidente de trabajo, dada la equivalencia entre los daños que causan éstos y los previstos por la Ley 30/1995¹³⁷.

Este sistema indemnizatorio, que resulta por tanto mucho más flexible que el establecido por el legislador para resarcir los daños de la indemnización por despido improcedente, fue sin embargo impugnado por diversos órganos judiciales, argumentando la vulneración del derecho a la igualdad, la tutela judicial efectiva, una incursión del legislador en la arbitrariedad que le está prohibida por el artículo 9.3 de la CE y, finalmente, la vulneración del artículo 117 de la CE, en cuanto que limitadora de la función de los jueces al restringir su capacidad para valorar los daños, todo lo cual suponía además un ataque a los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica reconocidos en el artículo 15 de la CE, dado que no se permite su reparación integral. Si se entendiera que un sistema de determinación de la indemnización tan complejo y completo como es el establecido para los accidentes de circulación es arbitrario y más aun vulnera el artículo 15 de la CE, en mayor grado será inconstitucional por vulneración del artículo 35 de la CE la sencilla baremación del artículo 56 del ET.

A los efectos que aquí interesan, debe señalarse que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 181/2000, de 29 de junio, convalidó con carácter general la validez del sistema como medio establecido por el legislador para resarcir determinados daños, descartando con acierto que el hecho de que sólo se aplique a una realidad jurídica concreta –los accidentes derivados de la circulación de vehículos a motor– pueda suponer por sí misma una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley. En este sentido, nada obsta a que, en el ámbito concreto del Derecho laboral se establezcan de la misma manera los criterios que en particular han de atender los órganos judiciales para resarcir el daño sufrido por el trabajador como consecuencia del despido contrario al ordenamiento. El deber de los jueces de juzgar y ejecutar lo juzgado ha de entenderse siempre dentro del pleno sometimiento al imperio de la ley, por lo que la baja discrecionalidad concedida a los jueces no puede suponer por sí misma razón suficiente para estimar la inconstitucionalidad de la ley analizada.

En particular, y llevando a cabo de forma implícita el juicio de igualdad que antes se ha descrito, se declara que «la decisión del legislador de establecer, con carácter vinculante, un sistema legal de predeterminación y cuantificación tasada de las indemnizaciones», que escape del régimen general de libre valoración judicial y *restitutio in integrum*, encuentra justificación (y por tanto supera el control de «razonabilidad» que exige la igualdad para el establecimiento de regímenes jurídicos distintos) en «una serie de particularidades necesitadas de soluciones jurídicas diferenciadas». Así, siguiendo con la aplicación de esta doctrina, en el marco de las extinciones del contrato de trabajo, no puede negarse que la particular situación de desequilibrio entre las partes contratantes, unido al hecho de que se trata de un daño contractual con importantes repercusiones en la esfera privada y pública, y teniendo en cuenta los efectos que sobre la economía general presenta esa materia, son razones suficientes para admitir que el legislador establezca las normas específicas que tenga por conveniente, siempre

¹³⁷ DESDENTADO BONETE, A.: «El daño y su valoración en los accidentes de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, vol. 79, 2009, pág. 97.

que con el concreto sistema que establezca no vulnere otros preceptos o principios constitucionales. Es por tanto admisible, conforme a los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional y que son perfectamente trasladables al régimen de responsabilidad por extinción improcedente, la técnica de delimitación apriorística de los conceptos dañosos y su cuantificación económica.

Una vez establecida la posibilidad de que el legislador establezca sistemas particulares de determinación de responsabilidad, continúa el tribunal valorando el fondo del asunto, en concreto la exigencia que en orden a la determinación de responsabilidades patrimoniales pueda derivarse de los derechos a la vida y a la integridad física y moral reconocidos en el artículo 15 de la CE. Concluye diciendo que únicamente es preciso que establezca unas «pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad» del ser humano y que mediante dichas indemnizaciones se atienda «a la integridad de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas». No tiene por tanto un alcance ilimitado a cualquier reclamación que se relacione directa o indirectamente con la lesión de estos derechos, sino tan sólo al daño en los mismos: la tutela del artículo 15 se agota en la fijación de técnicas que compensen la lesión corporal o moral en sí misma, y no otros efectos que sobre el patrimonio se sufran como consecuencia de estas lesiones. Tampoco en este punto es la ley enjuiciada merecedora de reproche, como tampoco puede serlo el artículo 56.1 del ET.

Volviendo al plano del análisis de la igualdad, cuestión que presenta el mayor interés a los efectos de este estudio, el Tribunal Constitucional reitera su negativa a aceptar la viabilidad de las pretensiones basadas en la «discriminación por indiferenciación», si bien se limita a la mera aplicación del sistema de baremos, y descarta que pueda haber vulneración del Derecho reconocido en el artículo 14 de la CE por el hecho de establecerse un sistema cerrado y prefijado para los daños personales y dejarse a la libre valoración judicial los daños materiales, pues no existe un término de comparación válido, ya que la norma se aplica por igual para todos los sujetos que estén en sus concretas circunstancias.

Sin embargo, esta compleja resolución termina por admitir el acierto de una de las críticas efectuadas por los jueces que plantearon las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en el proceso. La Ley 30/1995, entre otras muchas cuestiones, establecía la indemnización del lucro cesante derivado del accidente con base en una cantidad fija por día de baja determinada en función de que requiriera o no hospitalización, con un máximo de 18 mensualidades, sobre la que debía aplicar un coeficiente de corrección en función de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, que en ningún caso superaría el 75 por 100. Entiende el tribunal que, en el caso de que el daño se haya producido por hechos imputables exclusivamente a la culpa del conductor del vehículo (en caso de dolo la propia ley excluye los límites del baremo y permite la plena libertad de valoración para el órgano judicial), resulta arbitrario y contrario en consecuencia al artículo 9.3 de la CE hacer soportar parte del daño a la víctima, que sí es admisible en los restantes supuestos, dada la finalidad socializadora del daño que inspira la ley, especialmente en los casos en los que la responsabilidad se configura como objetiva. Específicamente se argumenta que «la concreta fórmula utilizada en este punto por el legislador para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del *quantum indemnizatorio*, lo que unido a la falta de reconocimiento

autónomo de los perjuicios económicos derivados de las lesiones temporales hacen necesario declarar la inconstitucionalidad del precepto por vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad. Ahora bien, los efectos de la declaración se limitan a los casos de actuación negligente del causante del daño sin concurrencia de culpas con la víctima. Para reforzar más su fallo, declara el Alto Tribunal que los citados factores de corrección suponen además una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto que «el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño (...), con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado (...) vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la CE».

En definitiva, el tribunal continua desplazando el juicio de la igualdad a la arbitrariedad y limitando a los supuestos de culpa exclusiva del conductor el alcance de cuándo la limitación de la indemnización es arbitraria. La discusión teórica acerca del límite entre preservación de la igualdad e interdicción de la arbitrariedad es antigua ¹³⁸, y no les falta razón a quienes defienden que la vulneración al derecho a la igualdad es tal por ser arbitraria ¹³⁹, lo que por otra parte se deriva de la propia doctrina del Tribunal Constitucional: por definición, la arbitrariedad no es otra cosa que el «acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho» ¹⁴⁰. De hecho, se ha llegado a afirmar que el acto del legislador no puede ser sino discriminatorio, pues lo arbitrario será el autor ¹⁴¹; de ahí que la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la CE se dirija a los poderes públicos y no a las normas de ellos emanadas. Pero lo cierto es que los elementos que invitan a la confusión van más allá pues, en los párrafos que se han transcrito más arriba, el propio tribunal fundamenta la vulneración de ese principio en la imposibilidad de que al amparo de la norma se lleve a cabo «una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño» y el ataque a la Tutela Judicial lo halla en el «impedimento insuperable para la adecuada individualización». Es, por tanto, el propio tribunal el que, por vías ajenas a la igualdad, está asumiendo la defensa de un derecho a la diferenciación, que no es en todo caso generalizable, de la misma manera que aplica restrictivamente el derecho a la igualdad formal del artículo 14 de la CE por medio del juicio de razonabilidad.

En todo caso, debe señalarse que la declaración de inconstitucionalidad con base en los argumentos señalados no ha sido pacífica, y de hecho así lo ponen de manifiesto los votos particulares a la misma, e incluso las reflexiones anteriores que ya antes habían sido publicadas, en las que, aun reconociendo la imposibilidad de exclusiones arbitrarias de responsabilidad civil por lucro cesante en supuestos excepcionales, se afirmó que al salir de la ratio de la norma lo procedente es la integración de la laguna (y por tanto la valoración del daño) y no la declaración de inconstitucionalidad ¹⁴². Analizando esta sentencia se afirmó incluso que la misma «concede al legislador patente de corso

¹³⁸ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: «Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 20, 60, 2000, pág. 281.

¹³⁹ RUBIO LLORENTE, F.: «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995», *La Ley*, 1, 1997, pág. 1.976.

¹⁴⁰ En definición de la Real Academia Española.

¹⁴¹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: «Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial», *óp. cit.*, pág. 282.

¹⁴² RUBIO LLORENTE, F.: «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995», *óp. cit.*, pág. 1.974.

para cercenar el derecho de la víctima a la reparación del daño en los ámbitos en los que previamente haya mejorado su posición con una regla de responsabilidad objetiva, respecto al más gravoso régimen general de responsabilidad por culpa del artículo 1.902 del CC»¹⁴³.

A pesar de ello, los sucesivos asuntos que han llegado a conocimiento del máximo intérprete constitucional relativos a esta misma cuestión han mantenido esta línea argumental, rechazando que sea contrario a la Norma Fundamental ignorar en el ámbito indemnizatorio a los hermanos mayores de edad de la víctima¹⁴⁴, sosteniendo la intrascendencia constitucional de la imposibilidad de individualizar los daños al margen de las tablas de valoración, ya sean éstos de los llamados morales¹⁴⁵ o de naturaleza patrimonial ligados al lucro cesante durante la baja cuando el daño no es causado con culpa exclusiva del conductor¹⁴⁶.

5.2. La aplicación de la doctrina del Constitucional a las indemnizaciones por despido

La semejanza entre el baremo introducido en la cuantificación de daños para los accidentes de circulación y la regla de cuantificación indemnizatoria del artículo 56.1 del ET, tal y como la ha interpretado el Tribunal Supremo, no resulta, a la luz de lo expuesto en páginas anteriores, demasiado compleja¹⁴⁷. Está claro que, en uno y otro caso, el legislador atiende a una realidad social concreta y a cambio de una objetivación del daño, garantiza en todo caso una indemnización determinada por la ley con precisión, de tal modo que para su individualización simplemente se requiere la aplicación de una serie de operaciones aritméticas: como el causante responde «siempre», vale que lo haga sólo por una parte del daño causado¹⁴⁸. Esta clase de reglas se encuadran dentro la libertad del legislador para ponderar los distintos intereses, principios y valores en juego, entre los que destacan, por una parte, la reparación del daño y, por otra, la seguridad jurídica y la socialización de ciertos riesgos.

Con carácter general, la postura del Tribunal Constitucional resulta la única aceptable, pues no podría admitirse que resulte contrario a la Norma Fundamental que el legislador determine los modos en que deben valorarse ciertos daños, especialmente cuando, por tratarse de bienes jurídicos ajenos al mercado, su cuantificación económica no sea clara, existiendo por tanto el riesgo de una gran variabilidad, con el peligro que ello supone para la equidad y eventualmente incluso

¹⁴³ PINTOS AGER, J.: «¿Qué ha cambiado tras la STC 181/2000, de 29 de junio, sobre el baremo?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 1, 2001.

¹⁴⁴ Cuestión esta que ha sido objeto de repetidos pronunciamientos: SSTC 190/2005 de 7 de julio, 274/2005 de 7 de noviembre, STC 149/2006 de 11 de mayo.

¹⁴⁵ STC 117/2006, de 24 de abril, que reitera expresamente el rechazo a tutela frente a la discriminación por indiferenciación. También se ha convalidado de forma explícita la exclusión de daños morales a familiares en caso de que la lesión causada no suponga el fallecimiento de la víctima en la STC 257/2005 de 24 de octubre.

¹⁴⁶ STC 156/2003, de 15 de septiembre.

¹⁴⁷ De hecho, con anterioridad a la irrupción del debate jurídico acerca de los baremos en nuestro derecho con ocasión de la atribución del carácter obligatorio al de tasación de daños en accidentes de vehículos a motor —existían antes otros de carácter orientativo— ya se utilizó este término para definir el sistema de indemnizaciones tasadas del ET en ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *óp. cit.*, pág. 25.

¹⁴⁸ PINTOS AGER, J.: «¿Qué ha cambiado tras la STC 181/2000, de 29 de junio, sobre el baremo?», *óp. cit.*

para la igualdad¹⁴⁹. No hay razón alguna para entender que las Cortes Generales, que representan al pueblo (art. 66 CE) en el que reside la soberanía nacional (art. 1.2 CE), tienen menor legitimidad para llevar a cabo esta tarea que el Poder Judicial, cuya legitimación proviene, precisamente, del pleno sometimiento a la ley.

Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad que realiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 pone de manifiesto que, en determinados casos, un sistema de esta naturaleza puede resultar arbitrario, al no permitir una individualización adecuada a las circunstancias de la víctima del daño cuando no cabe atribuirle a ésta responsabilidad alguna en la causación de este perjuicio. Al margen de la calificación de esta vulneración como infracción del artículo 14 de la CE o del 9.3 de la CE, lo cierto es que no puede excluirse a priori que una situación similar se dé en el contexto del artículo 56.1 del ET.

En primer lugar, es necesario delimitar con claridad los fundamentos de la tasación y limitación del daño por despido improcedente que recoge la Ley Laboral. Debe distinguirse, a este respecto, la baremación de la fijación de máximos, que responden a lógicas distintas, pues mientras la primera, la que determina que la indemnización por la pérdida del puesto de trabajo se valore en un número de días por año de servicio, lo único que hace es establecer un valor para un bien inmateral y que no se transmite en el mercado, en el caso de los máximos (42 mensualidades en la regla general), lo que se hace es evitar que las indemnizaciones puedan ser desmesuradas.

En el caso de los baremos, lo que se lleva a cabo por parte del legislador es una tarea de cuantificación económica de bienes cuya reparación *in natura* resulta imposible¹⁵⁰ y que en principio, si el método de cálculo es correcto, no supondrá una alteración en las cuantías que en promedio se abonen, sino simplemente una reducción en la variabilidad de las mismas. Por otra parte, con la fijación de topes máximos, lo que se está haciendo es una limitación de responsabilidad de quien causa el daño, incentivando así su comisión y produciendo un efecto redistributivo en perjuicio de quien lo sufre¹⁵¹.

La justificación de ambos efectos se busca en la decisión del legislador de cómo ponderar diversos intereses, todos ellos de relevancia constitucional, como son el derecho al trabajo (art. 35 CE), la libertad de empresa (art. 38) y el progreso económico y social especialmente encaminado a la consecución del pleno empleo (art. 40 CE). En atención a la proporcionalidad de esta decisión, siempre que se asuma que estos son los principios que inspiran la legislación laboral, no supondría problema alguno desde la óptica constitucional la supresión en este ámbito concreto del resarcimiento integral¹⁵², especialmente teniendo en cuenta que, como se ha visto, las indemnizaciones en nuestro país son generosas en términos relativos a los de nuestro entorno.

¹⁴⁹ Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, esta sólo se vería vulnerada si ante casos similares un mismo órgano judicial mantuviera criterios diversos, sin razonar expresamente los motivos de la rectificación.

¹⁵⁰ PINTOS AGER, J.: «Baremos», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2000, en <http://dialnet.unirioja.es/strauss.uc3m.es:8080/servlet/articulo?codigo=235357>, 24 de enero de 2010.

¹⁵¹ PINTOS AGER, J.: «¿Qué ha cambiado tras la STC 181/2000, de 29 de junio, sobre el baremo?», *óp. cit.*

¹⁵² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo», *óp. cit.*, pág. 66.

Por otra parte, el sistema que el Tribunal Constitucional convalidó para la indemnización de los daños causados por accidentes de circulación, admitió expresamente que carecía de toda razonabilidad hacer soportar a la víctima parte del daño cuando la culpa hubiera de atribuirse en exclusiva a quien genera el riesgo. Lógicamente, este esquema no puede transponerse en sus mismos términos al Derecho laboral, pues el instituto del despido improcedente supone, por naturaleza, una conducta ilícita por el empresario que carece de una causa válida en Derecho para actuar, de tal modo que siempre habrá obrado o bien negligentemente –pues la decisión no ajustada a Derecho no se habrá producido sino por una decisión incorrecta en la aplicación de unas normas que tiene el deber de conocer y aplicar– o bien dolosamente, cuando conscientemente extinga el contrato conociendo la improcedencia del mismo.

Esta particularidad de la baremación de los daños en el ámbito del Derecho de la extinción del contrato de trabajo hace necesario deslindar qué riesgo se socializa y qué intereses se ponderan, pues no puede dejar de tenerse en consideración que estamos en una situación en la que toda la responsabilidad del daño será del empresario, dado que en el momento de optar por la indemnización la improcedencia habrá sido o bien reconocida por él mismo o bien declarada por un órgano judicial. Es cierto, por otra parte, que aunque el despido no sea ajustado a Derecho, ello puede deberse a razones cuantitativas y no cualitativas, lo que en el caso del despido disciplinario podría calificarse como una concurrencia de culpas. Por otra parte, el grado de responsabilidad del empresario no será siempre el mismo, pues desde luego no puede calificarse del mismo modo la conducta dolosa, que al amparo de la opción de indemnizar que otorga el legislador realiza un verdadero despido sin causa o con causa manifiestamente insuficiente, que aquel que yerra en la calificación de las causas (objetivas o subjetivas) que pueden dar lugar al despido.

A diferencia del régimen jurídico de la Ley 30/1995, no hay aquí exclusión de limitación en caso de dolo del causante, y tampoco se atiende en absoluto a los grados de culpabilidad a la hora de modular la indemnización. El legislador ha buscado, por tanto, establecer un régimen en el que no aparece ningún elemento de responsabilidad objetiva, sino tan sólo una objetivización del daño: el obligado a indemnizar lo será siempre por dolo o culpa, especialmente si se tiene en cuenta que, al margen de los salarios de tramitación –que en este contexto suponen una forma ciertamente ajustada de conocer el lucro cesante del trabajador hasta que la resolución judicial es notificada, y operan sin límites en cuanto al resarcimiento, con las particularidades antes expuestas–, el legislador da la oportunidad al empresario de evitar tener que indemnizar si repara específicamente el daño causado, por medio de la readmisión. De este modo, aun cuando la actuación empresarial se hubiera llevado a cabo desde la buena fe, el hecho de optar por la indemnización está suponiendo, en este momento, la reparación económica de un daño como consecuencia de una acción que se conoce ilegítima.

La limitación de responsabilidad del daño que se opera en la ley responde, como antes se ha apuntado, a la ponderación de los intereses del trabajador que quiere mantener su empleo y del empresario que quiere finalizar la relación. Sin embargo, no debe olvidarse que el despido improcedente constituye, por su propia definición, la comisión de un ilícito, lo que justifica que sea necesaria una cierta reparación, que no ha de ser, conforme a la doctrina constitucional expuesta, íntegra, pero que sí debe ser razonable en atención al perjuicio causado.

Ahora bien, el hecho de que resulte aceptable primar la libertad de empresa y la capacidad para agilizar el funcionamiento de ésta, dotando al empresario de cierta seguridad jurídica para casos en

que su decisión sea declarada como improcedente ¹⁵³, no justifica otorgar esta misma protección a quienes conscientemente y desde un primer momento extinguen una relación de trabajo estable careciendo de causa para ello. No se trata ya de aplicar la doctrina del fraude de ley (o del abuso de Derecho), sino de no favorecer a quien de manera evidente conculca el ordenamiento jurídico a costa de la reducción de la protección de los derechos del trabajador. En consecuencia, la inclusión de los despidos «dolosamente» improcedentes en los límites indemnizatorios del artículo 56.1 resulta carente de toda justificación, lo que supone un atentado directo a la razonabilidad y, consecuentemente, contrario a la Constitución, con independencia de que la omisión de este supuesto por parte del legislador suponga, simplemente, una laguna que debe integrarse, siguiendo la construcción del profesor RUBIO LLORENTE, una discriminación por indiferenciación, que se insertaría en el artículo 14 de la CE (aun cuando el TC haya negado hasta la fecha la viabilidad de este razonamiento), o un comportamiento arbitrario contrario al artículo 9.3 de la CE, en los términos expuestos en la STC 181/2000.

IV. REFLEXIONES FINALES

La configuración legal de las indemnizaciones por despido es una cuestión central en el marco de las relaciones laborales, con una relevancia social y política notable, que ha sido, precisamente por ello, objeto de múltiples reformas legislativas y de mayor número de propuestas. La significación económica de la misma tampoco es pequeña, y las dificultades interpretativas de la normativa, las incoherencias y las insuficiencias, afectan negativamente al desempeño económico de nuestro país.

La consecuencia de estas múltiples reformas parciales es un régimen jurídico poco claro en cuanto al concepto y alcance que debe tener la indemnización. La convivencia de normas tuitivas del trabajador con otras de corte liberalizador ha provocado interpretaciones jurisprudenciales que resuelven problemas concretos, pero dificultan una reconstrucción coherente de la sanción por despido improcedente cuando no se opta (o no se puede optar) por la readmisión.

Esta elaboración ha de partir del hecho de que la conducta del empresario es antijurídica, y por tanto, no cabe sostener que se ampara en la libertad de empresa, pues la configuración legal de este derecho no le permite extinguir la relación laboral fuera de las causas tasadas previstas por la ley. La insuficiencia de éstas, la dificultad de anticipar el sentido de las resoluciones judiciales y el consiguiente riesgo de ser condenado a abonar no sólo la indemnización por el tiempo de servicio, sino también los salarios de tramitación, suponen desde luego un problema de eficacia jurídica y eficiencia económica: ni se cumple la norma, que quiere que en caso de que exista una verdadera causa objetiva se abone exclusivamente la indemnización de 20 días (ahora sí en ponderación del derecho al trabajo y la libertad de empresa), ni el resultado es aceptable desde la lógica del funcionamiento del mercado, pues se introduce en la relación laboral un coste, derivado de la incertidumbre y de la gestión del despido y sus procesos, que resta rentas a trabajador y empresario: es un gasto no pro-

¹⁵³ Debe tenerse en cuenta que una obligatoriedad absoluta de readmisión o una indemnización potencialmente muy elevada podría hacer al empresario no contratar a otros trabajadores para suplir al despedido, o incluso no llevar a cabo despidos ajustados a Derecho por el riesgo de una calificación jurídica desfavorable, lo que desde luego perjudicaría a otros trabajadores y eventualmente podría llegar a poner en riesgo la continuidad de la empresa por la erosión de la competitividad.

ductivo que implica niveles de contratación inferiores a los óptimos. En todo caso, este problema radica en la definición de la causalidad del despido y en los mecanismos procesales, y es en esta sede, y no en la de la indemnización, en la que debe resolverse.

Retomando la lógica indemnizatoria, ésta debe configurarse de modo que ofrezca seguridad jurídica, por lo que resulta razonable preestablecer su cuantía, de forma que trabajadores y empresarios conozcan de antemano las reglas en las que se desenvolverá su relación. Es constitucionalmente aceptable asumir el doble objetivo de la forma de operar del artículo 56.1 del ET y el resto de preceptos que a él se remiten: en primer lugar, se busca limitar las consecuencias negativas que para el mercado de trabajo tiene la inseguridad jurídica que supondría la libre valoración por jueces y tribunales del daño que supone la pérdida del empleo, por lo que se establece un baremo fijado en atención a la antigüedad y el salario del trabajador. Por otra parte, el establecimiento de ciertos topes (un número de mensualidades) evita condenas excesivamente gravosas a las empresas por el hecho del despido improcedente.

Ahora bien, la aplicación judicial de dichas normas debe ser coherente con esta lógica, que por otra parte, pone el acento en la perspectiva del coste empresarial por encima del de los derechos laborales¹⁵⁴, lo que es una opción legítima del legislador, como también sería la opuesta, de mayor tuición del Derecho al trabajo frente a las libertades empresariales. La citada coherencia lleva necesariamente a acotar los intereses ponderados para el juicio de proporcionalidad, que en el caso del daño cuyo resarcimiento se limita no es otro que el de la pérdida del empleo, con el perjuicio que eso conlleva como ser humano y que se relaciona, en atención a los antecedentes legislativos con la pérdida del puesto de trabajo y su incidencia sobre la economía del trabajador¹⁵⁵ e incluso con la pérdida del estatus ciudadano que conlleva la situación de desempleo¹⁵⁶, pero nada más que eso. En consecuencia, fuera de estos perjuicios, ante cualquier otro daño que sufra el trabajador a causa de la conducta del empresario que le priva de su empleo, la única opción admisible es, dado el silencio de las normas especiales del Derecho del Trabajo, acudir al régimen común del derecho de daños, con la libre valoración de la prueba y del perjuicio por parte del juez que éste conlleva¹⁵⁷, pues esta lesión escapa de la razón de la norma¹⁵⁸.

En definitiva, de lo que se trata es de plantear la indemnización como lo que su denominación indica: una cuantía destinada a reparar un daño causado al trabajador, y que sólo a éste atienda. No resulta lógico que se creen trabajadores despedidos de distinta condición por razones que en nada se relacionan con el perjuicio sufrido, o a los que se les permita obtener un doble pago por consecuencia de fallos del sistema, como ocurre en los casos de las incapacidades permanentes o las terminaciones de contratos temporales que después devienen indefinidos.

¹⁵⁴ BAYLOS GRAU, A.: «Por una (re)politización de la figura del despido», *Revista de Derecho Social*, 12, 2000, pág. 24.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo», *óp. cit.*, pág. 66.

¹⁵⁶ Expresión que emplea Umberto Romagnoli en la introducción a Baylos Grau, A.; Pérez Rey, J.: *El Despido o la violencia del poder privado*, cit., pág. 12.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo», *óp. cit.*, pág. 67.

¹⁵⁸ RUBIO LLORENTE, F.: «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995», cit., pág. 1.974.

La conciliación de los intereses en juego parece hacer necesaria la existencia de algún tipo de consecuencia desfavorable para el empresario que, con dolo, actúa contra la legalidad vigente en materia de causalidad del despido. Sin embargo, la forma más razonable de hacerlo, para no introducir incentivos a una excesiva judicialización ni un sistema de daños punitivos, es por vía del Derecho sancionador, esto es, la tipificación de la conducta consistente en el despido con causa falsa o insuficiente con dolo o culpa grave en el catálogo de infracciones de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. No se propone con ello establecer una suerte de impuesto sobre el despido, de modo que todo aquel empresario cuya decisión extintiva no fuera aceptada por el trabajador o convalidada por el tribunal sufriera una sanción. Se trata simplemente de sancionar aquellos casos en los que existe dolo (por ser el empresario consciente de la inexistencia o irrelevancia de la causa alegada) o culpa grave (si se tratara de una interpretación jurídica que aun realizada sin mala fe fuera del todo punto insostenible), con especial atención a las conductas reincidentes. En todo caso, parece razonable entender que los despidos reconocidos como improcedentes en la propia carta de despido o en un momento inmediatamente posterior, sin que medie reclamación alguna por parte del trabajador, debieran incorporarse a este nuevo tipo sancionador que aquí se plantea, y la Administración Laboral debería prestar especial atención a los acuerdos celebrados sin intervención de autoridad administrativa o judicial.

En el lado opuesto, si lo que se quiere es favorecer la contratación de determinados colectivos mediante el abaratamiento del despido (medida que ha mostrado una eficacia real pero no excesivamente importante desde el punto de vista cualitativo), lo razonable es que se haga desde la solidaridad del conjunto de la sociedad, esto es, mediante coberturas del Estado (en sentido amplio, del conjunto de sus administraciones), del mismo modo que ya ocurre en los despidos objetivos de las empresas de menos de 25 trabajadores. Aun cuando los fines de la norma hacen que la diferenciación sea ajustada al régimen constitucional, dada la ponderación de intereses que se ha expuesto, el sistema gozaría de mayor coherencia sin estas distinciones.