

PROPUESTAS DE REFORMA DEL RÉGIMEN DEL DESPIDO. FLEXIBILIDAD CON GARANTÍAS

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Universidad.
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Extracto:

YA ha habido numerosas medidas flexibilizadoras del despido colectivo, facilitando, de esta manera, una mejor adaptación de la fuerza de trabajo a las cambiantes exigencias del mercado. También se ha abaratado el denominado despido improcedente, esto es, sin causa o *ad nutum*. Aun así, todavía existe un margen de maniobra para regular de una forma más flexible el régimen jurídico del despido, pero no a costa de los trabajadores, sino racionalizando el régimen del despido, pero partiendo siempre de la premisa de que el derecho del trabajo debe seguir garantizando a los trabajadores una seguridad frente al despido y, especialmente, frente al despido sin causa, como piedra angular de todo el ordenamiento laboral y promoviendo la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, favoreciendo la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos.

Palabras clave: despido disciplinario, despido, despidos colectivos, flexibilización, flexiseguridad y *outplacement*.

Sumario

1. Introducción.
2. Adaptación de la plantilla a necesidades empresariales.
3. La recolocación de los trabajadores.
4. El coste del despido.
5. El despido sin causa.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo, como todo ordenamiento, debe adaptarse a la realidad social que está en constante evolución, «el derecho del trabajo volver atrás no quiere y quedarse quieto no puede»¹.

De este modo, no se puede pretender que el ordenamiento laboral permanezca insensible a estos cambios, sino que se debe poder adaptar a las necesidades reales del mercado² que, por otro lado, exigen los propios sistemas productivos y como medida básica de las políticas de fomento del empleo, imprescindible para que el derecho del trabajo siga teniendo efectividad en su papel de árbitro del conflicto social³.

Ahora bien, aun cuando se busque garantizar el progreso económico, esto nunca se debe hacer a expensas del ordenamiento laboral, sino conjugando el progreso económico con el progreso social, adaptando las normas laborales a las nuevas circunstancias⁴, en lugar de eliminándolas, sin que por ello se altere los fundamentos y esencia del Derecho del Trabajo⁵.

En definitiva, se trata de buscar un equilibrio entre garantías y flexibilidad o como se dice ahora, seguridad y flexibilidad, dando lugar a la poca acertada expresión de flexiseguridad⁶, que intenta poner de manifiesto que no son conceptos incompatibles, sino que pueden llegar a ser dos caras de la misma moneda. Este enfoque se incluye en la Estrategia Europea de Empleo y en los objetivos de modernización de los mercados de trabajo, que proponen una mayor empleabilidad y adaptabilidad con normas laborales más flexibles, adecuadas a un mercado variante, con vistas a acomodarse a los cambios económicos y mejorar la competitividad de las empresas y la calidad del empleo, sin perder la seguridad. Para ello, las Directrices de empleo de 2001, así como las sucesivas⁷, señalan la necesidad de revisar los elementos restrictivos de la legislación laboral que impidan el dinamismo del mercado de trabajo y que dificulten el acceso de grupos desfavorecidos, promover un enfoque de trabajo basado en el ciclo de vida, ser más flexible para poder responder a las fluctuaciones en la demanda de bienes y servicios, promover una mayor diversidad de contratos y conciertos laborales, aplicar políticas activas de empleo y formación profesional que garanticen a los trabajadores la posibilidad de acceso a puestos de trabajo dignos, reducir la segmentación del mercado de trabajo y favorecer un mayor equilibrio entre vida profesional y vida privada.

¹ ROMAGNOLI, U., «Las transformaciones de la concepción del derecho del trabajo ante la crisis», en el *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, 1984, pág. 4.

² RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J., *De la rigidez al equilibrio flexible*, Madrid, 1994, pág. 21.

³ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», en *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990, págs. 262 y ss.

⁴ SALA FRANCO, T., «El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el derecho del trabajo», en la *Flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, pág. 47.

⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y TUDELA CAMBRONERO, G., «El derecho del trabajo entre la crisis y la crítica», *RT*, n.º 92, 1988, pág. 31.

⁶ Acuñada por el sociólogo holandés ADRIAANSENS.

⁷ Directrices de Empleo 2005-2008. Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 (2005/600/CE).

En este estudio nos centraremos en las posibilidades de flexibilizar y racionalizar el régimen jurídico del despido. En este sentido, el Libro Verde para la Modernización del Derecho del Trabajo, en su primera página, citando al informe KOK ⁸, hace hincapié en la necesidad de revisar el régimen jurídico del despido, en concreto, el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos, tanto del despido individual como de los colectivos, así como la propia definición del despido improcedente.

Ahora bien, como ya hemos destacado, esta flexibilización o, mejor todavía, racionalización del régimen del despido, debe partir de la premisa de que el derecho del trabajo debe seguir garantizando a los trabajadores una seguridad frente al despido y, especialmente, frente al despido sin causa, como piedra angular de todo el ordenamiento laboral. Lo contrario, obviamente, debilitaría y minaría extraordinariamente la propia esencia y finalidad del ordenamiento laboral.

Así, veremos y pondremos de manifiesto cómo en muchos aspectos de la extinción de la relación laboral, las reformas llevadas a cabo en los últimos años, ya han dotado de una extraordinaria flexibilidad a las facultades unilaterales empresariales para poner fin al contrato de trabajo. Además, aun a riesgo de ser objeto de burla, se podría defender que el mercado laboral ya es extraordinariamente flexible, debido, como veremos, al impacto de la elevada tasa de temporalidad del mismo, que ya de por sí abarata extraordinariamente la extinción del contrato de trabajo, junto con la posibilidad de acudir a un despido libre, sin participación sindical ni control administrativo alguno, favoreciendo la gestión individualizada y en tantas ocasiones arbitraria de los despidos. De tal modo que, como se está viendo, lamentablemente, la destrucción de empleo puede ser rápida, silenciosa y sin apenas control sobre las causas de las extinciones contractuales, siendo fácil ajustar las plantillas, más que a necesidades productivas, a expectativas de desconfianza y de incertidumbre ⁹.

Sin embargo, aun así, todavía existe un margen de maniobra para regular de una forma más flexible el régimen jurídico del despido, sin menoscabar los derechos y las garantías de los trabajadores. En cualquier caso, como se puede imaginar, los aspectos a abordar son varios y heterogéneos y, por ende, el grado de profundidad en su tratamiento es, asimismo, desigual.

2. ADAPTACIÓN DE LA PLANTILLA A NECESIDADES EMPRESARIALES

En este sentido, ya ha habido numerosas medidas flexibilizadoras en la última etapa de la dinámica de la relación laboral, en la salida de la empresa, facilitando, de esta manera, una mejor adaptación de la fuerza de trabajo a las cambiantes exigencias del mercado. Precisamente, por ser este el objetivo, las reformas han afectado principalmente a los despidos basados en necesidades empresariales. En efecto, pese a ser todavía causales, las causas se han ampliado a necesidades organizativas y de producción, además de las tradicionales económicas y tecnológicas. Asimismo, la jurisprudencia, siguiendo la misma tendencia positiva de flexibilizar el momento de la salida, ha flexibilizado también la interpretación judicial de la concurrencia de las causas legales. Así, ha dispuesto que no

⁸ WIM KOK, «Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe», *Report of the Employment Taskforce*, Bruselas, 2003.

⁹ LAHEZA FORTEZA, J., «La necesaria racionalización del despido», *El País, Negocios*, domingo 15 de febrero, 2009, pág. 21.

es necesario que la situación económica de la empresa fuera irreversible, sino recuperable, puesto que lo que se pretende es superar la situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento de la empresa¹⁰. Tampoco es necesario que las medidas adoptadas por sí solas sean suficientes para la superación de la crisis, sino que es suficiente el hecho de que contribuyan a la recuperación¹¹ y, finalmente, no es necesario que, de tener varios centros de trabajo la empresa o ser un grupo de empresas, todos sufran una mala situación económica, sino que es suficiente que así sea en el centro o empresa donde se quiere despedir a trabajadores, sin que exista una obligación de trasladar trabajadores de centros o empresas en crisis a centros o empresas que funcionan mejor¹².

Pero es más, hay que destacar a continuación que, como es sabido, el ET distingue entre despidos colectivos del artículo 51 y despidos objetivos del artículo 52 c) y aunque la mayoría de la doctrina coincide que en cuanto a las causas económicas, de ambos supuestos, se puede mantener la misma línea de interpretación judicial que hemos expuesto¹³, no ocurre lo mismo en cuanto a las causas técnicas, organizativas o de producción¹⁴. Así, cuando se alega una de estas últimas causas y se supere los umbrales señalados en el artículo 51, esto es, que tengan la consideración de colectivos los despidos, será necesario que las extinciones vayan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos¹⁵, mientras que, de lo contrario, los despidos plurales, por debajo de los umbrales señalados, pueden ir dirigidos simplemente a superar dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos¹⁶.

Así, es evidente que las mismas causas son objeto de una interpretación mucho más rigurosa, tratándose de despidos colectivos, exigiendo entonces que la empresa se encuentre inmersa en una crisis o sea previsible a corto plazo, es decir, que está en peligro la supervivencia de la empresa. Mientras que en los despidos objetivos del artículo 52 c), no se requiere que la empresa esté o es probable que vaya a estar en crisis a corto plazo, sino simplemente que no tenga un buen funcionamiento por la existencia de obstáculos que es preciso remover para mejorar su eficiencia¹⁷.

Pero también, como se puede deducir de lo descrito, aunque el despido no llegue a la consideración de colectivo, no por eso es un despido individual, sino que es posible despedir a varios traba-

¹⁰ SSTs de 24 de abril y 14 de junio de 1996, RJ 5297 y 5162 y 14 de julio de 2003, RJ 6260.

¹¹ STS de 30 de septiembre de 2002, Rec. 3828/2001.

¹² Se puede ver un resumen detallado de dicha jurisprudencia en CRUZ VILLALÓN, J., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, 1996, págs. 224 y ss. y MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales», *AL*, n.º 11, 1997, págs. 210 y ss.

¹³ SALA FRANCO, T. y otros, *Derecho del Trabajo I. Contrato Individual*, Valencia, 2008, págs. 708 y 709 y GARCÍA NINET, J.I., «Algunas reformas y novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado del trabajo y el fomento de la contratación indefinida», *TS*, n.º 78, 1997, págs. 9 y ss.

¹⁴ QUINTANA PELLICER, J., «el despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997», *AL*, n.º 15, 1999, pág. 335 y MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa», en *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos*, Granada, 1999, pág. 407.

¹⁵ STS de 16 de diciembre de 1999, RJ 9562.

¹⁶ STS de 24 de septiembre de 2001, RJ 9334.

¹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido», en *Las reformas laborales de 1997*, Pamplona, 1998, pág. 76.

jadores, hasta los umbrales señalados, sin que se tenga dicha consideración y, por lo tanto, sin necesidad de intervención de la autoridad laboral y simplemente comunicándolo a los trabajadores y sus representantes con una antelación de 30 días y poniendo a su disposición la indemnización legal, tasada en 20 días de salario por año de servicio. De tal forma que, en estos supuestos, el procedimiento no puede decirse que es complicado, pues es más bien prácticamente inexistente. Con el añadido que, incluso se pueden realizar, de una forma legal, varios despidos de trabajadores, por las mismas causas, por debajo de los umbrales señalados y, por lo tanto, evitando el procedimiento más complicado, con el único condicionante de que se espere 90 días entre despido y despido.

De esta forma, en estos supuestos, las empresas pueden proceder a despedir, libres de cualquier tipo de rigideces procedimentales administrativas, sometidas únicamente a un control judicial posterior si el trabajador acciona esta vía. Si bien es cierto que incluso aquí se podría cuestionar el preaviso de los 30 días. En efecto, pues aun cuando formalmente el mismo se realiza con el objetivo de facilitar al trabajador la búsqueda de un nuevo empleo, disponiendo a tales efectos de permisos retribuidos de seis horas semanales durante dicho periodo, sin embargo, es posible sustituir el preaviso mediante el abono de los salarios correspondientes a este periodo de tiempo. Por lo tanto, en última instancia, se convierte simplemente en un factor de encarecimiento del propio despido. Por ello, o bien el periodo de preaviso se vincula efectivamente con mecanismos de recolocación, como veremos a continuación, cumpliendo entonces su finalidad originaria o, de lo contrario, se podría obviar, reduciendo el coste de la extinción del contrato por estas causas, máxime si tenemos en cuenta que la empresa puede extinguir el contrato laboral, reconociendo la improcedencia del despido, esto es, sin causas, sin necesidad de ningún tipo de preaviso, pudiendo hacer efectiva la extinción el mismo día de la comunicación del despido.

En cualquier caso, obviamente, si pensamos en una forma fácil y sencilla de flexibilizar este sistema más todavía, sin tener que realizar un número excesivo de cambios o retoques, es evidente que simplemente habría que, bien elevar el umbral o tope para considerar los despidos como colectivos, de tal forma que se pudiera despedir, de una sola vez, a más trabajadores únicamente con la comunicación por escrito o bien reducir el periodo de 90 días para poder realizar despidos individuales por las mismas causas. La primera solución parece la más adecuada, en efecto, pues tampoco sería descabellado plantearse si el tope o umbral no pudiera elevarse algo más por encima del 10% de la plantilla, donde se encuentra actualmente.

De todos modos, si tenemos en cuenta que, de acuerdo con las estadísticas oficiales, nada más y nada menos que el 90% de los expedientes de regulación de empleo llegan a las manos de la autoridad laboral con acuerdos, habría que preguntarse si, al igual que ha ocurrido en otras parcelas, no sería el momento de replegar aquí también la intervención de esta y dejar el procedimiento en manos de la negociación de los representantes de ambas partes, con un control judicial posterior.

En efecto, como punto de partida, hay que establecer que la exigencia de autorización administrativa para proceder a la resolución de los contratos de trabajo no viene impuesta ni por la normativa internacional¹⁸, ni por la normativa comunitaria¹⁹, ni por ningún precepto constitucional, con lo cual, su supresión no se encontraría con ninguno de estos dos escollos, estrictamente jurídicos, sino, como

¹⁸ Convenio 158 de la OIT.

¹⁹ Directiva CEE 98/59, de 20 de julio.

señala la doctrina, la cuestión se debe situar en términos de política jurídica²⁰. En la gran parte de los países de nuestro entorno la intervención de la Administración se limita a un papel de colaboración en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos, formulando propuestas de acuerdo, determinando medidas de empleo y de protección social para los afectados por el despido y, a lo sumo, vigilando y controlando la regularidad del procedimiento, pero no tiene efectos autorizatorios y, en ningún caso, afecta al poder empresarial de extinción de las relaciones laborales²¹. Así, el mantenimiento de la exigencia se ha justificado con argumentos proteccionistas a favor de la parte más débil, el trabajador, que le garantiza una mayor estabilidad en el empleo²² y la tutela de los intereses generales²³. En contra, se argumenta el carácter complejo de la autorización administrativa y su disfuncionalidad, actuando como un factor artificial de dilatación del proceso extintivo²⁴.

En cualquier caso, las propuestas de supresión de la referida autorización administrativa parecen presuponer que la ausencia de intervencionismo facilitaría la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, en la práctica, aun cuando pueda resultar paradójico, las experiencias en países donde se ha implementado ya esta medida, parece desmentir el vínculo entre la supresión del control administrativo y una mayor flexibilidad en el despido. Así, por ejemplo, en el caso francés, la desaparición de la autorización administrativa ha abocado en un control judicial más intenso de las prerrogativas empresariales, exigiendo la jurisprudencia, de forma progresiva, nuevas obligaciones a los empresarios²⁵.

Por todo ello, con independencia de la postura a favor o en contra de la supresión del referido trámite, se pueden señalar diversas posibilidades de flexibilización del actual sistema. En primer lugar, habría que abogar por la supresión del recurso de alzada, como requisito previo e imprescindible a la vía judicial. De este modo, como destaca la doctrina²⁶, es absolutamente disfuncional y, en última instancia, únicamente sirve para alargar innecesariamente el procedimiento administrativo, contrario a los intereses de agilidad y rapidez que necesitan las empresas para adoptar decisiones inmediatas, de las cuales puede depender incluso la propia subsistencia de la empresa. En segundo lugar, se debería abordar ya, de una vez por todas, la definitiva atribución al orden social de la revisión de las autorizaciones en materia de despidos colectivos, tal como viene reclamando con insistencia la doctrina más autorizada, con argumentos convincentes y fundados²⁷. En efecto, pues aunque la disposición adicional 5.ª de

²⁰ SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., «La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia», *AL*, n.º 8, 2009, pág. 2.

²¹ *Vid.* GOERLICH PESET, J.M., «Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europea comunitaria», *AL*, n.º 11, 1993, págs. 171 y ss.

²² VALDÉS, F., «Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica», *RL*, Tomo I, 1994, pág. 23.

²³ CASAS BAAMONDE, M.E., «Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva», *RL*, n.º 19, 1996, págs. 5 a 8.

²⁴ CRUZ VILLALÓN, J., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, 1996, pág. 225 y DESDENTADO, A., «El despido económico: ámbito, forma, causas, efectos y control», en *El Régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995, págs. 256 y 257.

²⁵ GIL Y GIL, J.L., «Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado», en *Aportaciones al debate comunitario sobre «Flexiseguridad»*, Madrid, 2007, pág. 162.

²⁶ SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., «La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia», *AL*, n.º 8, 2009, pág. 4.

²⁷ CRUZ VILLALÓN, J., «El control judicial de los actos de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones social y contencioso-administrativa», en *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, 1991, págs. 221 y ss.

la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dio una nueva redacción al artículo 3 de la LPL, en este sentido, atribuyendo al orden jurisdiccional social la revisión de los actos administrativos en materia laboral y, muy en particular, las autorizaciones en materia de despidos colectivos, no obstante, posteriormente, como se sabe, la disposición adicional 24 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un nuevo párrafo al artículo 3 de la LPL, posponiendo la efectividad de esa medida a la promulgación de una nueva ley que determinara la fecha de entrada en vigor de la atribución de esta nueva competencia. Ley que 11 años después todavía seguimos esperando ²⁸.

Las empresas también se quejan de que el despido por necesidades empresariales es demasiado caro, sin embargo, precisamente en sede de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el despido es solo de 20 días, por año de servicio, con el tope de un año. Sin embargo, como se sabe, en casi todos los expedientes acordados la indemnización acaba siendo sensiblemente superior, ya que los representantes de los trabajadores aumentan la indemnización legal prevista en el artículo 51.8 del ET. Por ello, una alternativa podría ser que los representantes de los trabajadores en lugar de buscar mayores indemnizaciones negociaran medidas de acompañamiento social, esto es, que se pactara un verdadero Plan de acompañamiento social que paliase de forma efectiva los efectos del despido e hiciera posible la empleabilidad de los trabajadores afectados por estas causas, en lugar de un plan estrictamente económico.

3. LA RECOLOCACIÓN DE LOS TRABAJADORES

En efecto, se podría abaratar de esta forma el despido por un lado, pero no a costa de los trabajadores, sino en su favor, promoviendo la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos. Ya la Recomendación n.º 166/1982, de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, en su artículo 21, contemplaba la suspensión de nuevas contrataciones o la no renovación de contratos temporales, o fórmulas de trabajo compartido, tratando de salvaguardar los contratos indefinidos, pero también facilitar la reubicación en otras empresas del grupo, los traslados y la posibilidad de acordar el derecho preferente o retorno de los despedidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores. La Recomendación sugiere también que empleadores y representantes de los trabajadores promuevan la colocación de los trabajadores afectados a través de otros empleos adecuados, es decir, la posibilidad de contemplar la obligación de la empresa de ayudar al trabajador a buscar otro empleo (art. 25).

Cabría implicar también a las autoridades mediante la creación de fondos que ayuden al reciclaje. Se trata de conectar la gestión de la reestructuración con las políticas activas de empleo ²⁹, más allá de la intervención de la Administración como mediadora de los conflictos o en su papel de con-

²⁸ Véase, BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación de empleo*, Valencia, 2007, págs. 34 y ss.

²⁹ En este sentido cabe señalar la reciente medida de política activa de empleo articulada por el Real Decreto-Ley 2/2009 que prevé que la empresa que contrate con un contrato indefinido a un trabajador desempleado que perciba prestaciones por desempleo, podrá bonificarse el 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes de la Seguridad Social, hasta alcanzar como máximo el equivalente del importe de la prestación que tuviera pendiente de percibir a la fecha de entrada en vigor del contrato, con un máximo de duración de la bonificación de tres años. Esta medida se aplicará, no solo a quienes perciben prestaciones contributivas, sino también a desempleados que perciben el subsidio asistencial y la renta activa de inserción.

trol de la legalidad. En este sentido, la Directiva 98/59 y la Recomendación 166 dicen que la autoridad pública debe «buscar soluciones a los problemas planteados» de manera que su papel no debe limitarse a la mediación sino que puede implicarse en el propio proceso mediante políticas activas, financiación de los procesos formativos, e incluso en los procesos de recolocación, bien interna, buscando puestos de trabajo alternativos dentro de la misma empresa, bien externa.

Es el caso del llamado *Outplacement* o conocido también como «recolocación», «colocación externa» o «recolocación en el exterior de la empresa», y aunque no existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento, se puede definir, teniendo en cuenta la práctica de estas empresas, «como el conjunto de servicios prestados por una entidad privada a una determinada empresa que contrata sus servicios con el objetivo de asegurar la reorientación profesional bien de un trabajador individual o bien de varios trabajadores que han sido despedidos de forma colectiva, para hacer posible que las personas separadas de su empresa tengan posibilidades reales de encontrar rápidamente y en las mejores condiciones posibles un nuevo empleo»³⁰.

Como señala la doctrina³¹, la contratación de los servicios de *Outplacement* es una práctica muy reconocida en Estados Unidos y también en Europa, principalmente en Reino Unido, Holanda y Bélgica, aunque poco a poco está adquiriendo fuerza en España, en un primer momento como una prestación más que otorga la empresa a los altos cargos en el caso de ser despedidos, aunque hoy en día se pretende potenciar esta práctica para llevar a cabo una posible recolocación de todo tipo de trabajadores dentro de una empresa. En el ordenamiento italiano que sí están reguladas, estas se pueden definir como aquellas que realizan una actividad efectuada sobre la base de un exclusivo encargo de la organización del comitente, incluso sobre la base de acuerdos sindicales dirigida a la recolocación en el mercado de trabajo de las empresas aislada o colectivamente consideradas mediante la preparación, la formación dirigida a la reinserción laboral, al acompañamiento de la persona y a su integración y consolidación en una nueva realidad laboral (art. 2.1 del Decreto Legislativo 276/2003).

En la mayoría de los países de nuestro entorno, el recurso a estas empresas de recolocación, en supuestos de despido, es voluntario, así, por ejemplo en el Reino Unido [Collective Redundancies (Amendment) Regulations 2006 SI 2006/2387] o en Italia (art. 4 de la legge 23 luglio 1991, n.º 223).

Ahora bien, en este último caso, los trabajadores afectados por despidos colectivos se inscriben en la denominada lista de movilidad, compilada y gestionada por las regiones territorialmente competentes (art. 6 de la legge italiana n. 223) que, además de dar derecho a percibir el subsidio de movilidad, introduce a los trabajadores en un circuito privilegiado de recolocación. La sola inscripción en la lista comporta un derecho de reingreso preferente en la empresa durante los seis meses siguientes y además, lo que es más importante todavía, una más elevada probabilidad de una rápida reinserción en el mercado de trabajo, en virtud del gran abanico de beneficios fiscales que se les reconoce a las empresas que dan empleo a los trabajadores inscritos en la lista (art. 8 de la legge n. 223).

³⁰ SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, pág. 420.

³¹ SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, págs. 420 y 421.

Sin embargo, en algunos países el recurso a estas empresas es obligatorio. Como ejemplo, por antonomasia, se puede destacar la normativa francesa. En efecto, de acuerdo con el artículo L. 1233 del Código de Trabajo, se establece como obligatoria la elaboración de un «plan de salvaguarda del empleo» en aquellas empresas con una plantilla de al menos 50 trabajadores y que tengan previsto realizar despidos colectivos por causas económicas que afectan como mínimo a 10 trabajadores en un periodo de 30 días. Dicho plan debe contener dos tipos de medidas. Unas van dirigidas a evitar los despidos o limitar el número de trabajadores afectados y otras tienen por objeto facilitar la recolocación de los trabajadores cuyo despido no se pueda evitar. La falta de este plan comporta la nulidad de los despidos, que se determinará por los juzgados competentes. Además, aun cuando formalmente se presente el plan, este no se puede limitar simplemente a proponer medidas abstractas de recolocación eventuales. Las medidas propuestas deben ser efectivas, permitiendo de modo real y veraz la disminución del número de despidos o, al menos, asegurar la recolocación del mayor número posible de trabajadores.

En las empresas o grupos de empresas con una plantilla total de al menos 1.000 trabajadores, los trabajadores afectados por despidos colectivos por causas económicas tienen derecho a una excedencia o permiso de recolocación. Así, en la carta de despido se le propone al trabajador esta medida y el trabajador dispone de un plazo de 8 días para aceptar o rechazar la misma. En caso de no contestar, se entiende que rechaza la propuesta.

La duración de este permiso o excedencia es de un mínimo de cuatro meses y un máximo de nueve, a determinar por el empresario. Durante el referido periodo el trabajador se beneficia de acciones de formación a cargo de la empresa y tiene derecho a percibir el 65% de su remuneración habitual.

Estas empresas pueden proponer como medida alternativa, el permiso o excedencia de movilidad. La aceptación del trabajador de la propuesta de un permiso o excedencia de movilidad dispensa al empresario de la obligación de proponer el permiso o excedencia de recolocación. Tiene por objeto finalizar el contrato de trabajo de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador. Durante el referido permiso o excedencia, la prestación de servicios se puede realizar en la misma o distinta empresa y el trabajador tiene derecho a la percepción de su retribución habitual y se le facilitan acciones formativas.

En las empresas con menos de 1.000 trabajadores en plantilla, el empresario debe proponer a los trabajadores objeto de despidos colectivos por causas económicas un convenio de recolocación personalizado. El trabajador dispone de un periodo de 14 días para aceptar o rechazar el convenio, entendiéndose que lo rechaza si no responde expresamente. Si el trabajador acepta el convenio se entiende finalizado el contrato de mutuo acuerdo. Durante la ejecución del convenio de recolocación el trabajador se somete al estatuto de prueba o de prácticas de formación profesional y tiene derecho a percibir un subsidio de recolocación que le garantiza el 70% (80% durante los primeros 91 días) de su salario habitual con una duración máxima de 8 meses.

En el ámbito comunitario, la Directiva 98/59 establece la obligación de negociar un plan de acompañamiento social que podrá incluir medidas destinadas a reducir las consecuencias de los despidos con la finalidad de facilitar la reinserción sociolaboral de los trabajadores. La Directiva 2002/12/CE también prevé medidas que faciliten la reinserción laboral de los excedentes de plantilla como el reciclaje, la formación, la valorización de las competencias profesionales y seguimiento de las trayectorias profesionales y la revitalización de las bases de empleo.

Se trata como indica el Libro Verde (Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, COM, 2001, Bruselas, pág. 11) de que *las empresas asuman su cuota de responsabilidad* por lo que respecta al mantenimiento de la empleabilidad de su personal. Uno de los aspectos podría consistir en promover la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos.

De este modo, se podría, siguiendo el modelo francés descrito con anterioridad, optar por la imposición de los procesos de recolocación. No obstante, en lugar de, o además de la obligatoriedad, también se pueden establecer medidas para fomentar su uso:

En primer lugar, se podría establecer como cláusula del propio contrato de trabajo la obligación de contratar al candidato, estableciendo además cláusulas de garantía para una vez después de contratado, como se viene haciendo en el caso de las Empresas de Selección. De este modo, se fomentaría el uso de estas Empresas de *Outplacement* si se sabe de antemano que existe una obligación de «buscar empleo» a los trabajadores que van a ser despedidos en la empresa.

En segundo lugar, sería necesario sensibilizar a los representantes de los trabajadores de que, en lugar de intentar negociar siempre una cantidad económica añadida a la indemnización legal, se abogue por la utilización de los servicios de recolocación. Además, en los casos en los que se pacte una indemnización superior a la legal, la Empresa podría pactar una cláusula en el contrato celebrado con el trabajador indicando que si se «recoloca» una vez despedido, se exigiría la devolución de la indemnización pactada por encima de la legal, cláusula lícita, ya que esta cuantía no constituye una indemnización, sino una «garantía recolocadora»³².

En tercer lugar, también se podría fomentar el uso de las Empresas de *Outplacement* por medio de la negociación colectiva contemplando esta medida en caso de que se llevara a cabo un despido colectivo o incluso individual por la vía del artículo 52 c) del ET, así como los supuestos de fuerza mayor del artículo 51.11 del ET.

Por el momento, como señala la doctrina, «este tipo de medidas no se han previsto en nuestro ordenamiento, pues no se prevé la participación del Estado en la financiación del Plan de Acompañamiento Social en los despidos colectivos, ya que no participa en la elaboración de dicho plan, pues es el empresario el que lo presenta unilateralmente al inicio del procedimiento, y son los representantes de los trabajadores los que negocian durante el período de consultas las propuestas empresariales para conseguir un plan definitivo. Así, una de las medidas para que se pudiera impulsar la utilización de los servicios de *Outplacement* sería la de aumentar el escaso control administrativo sobre las medidas sociales en el Expediente de Regulación de Empleo y ampliar la obligatoriedad de imponer estos Planes de Acompañamiento a otro tipo de despidos»³³.

³² En este sentido véase SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, pág. 432.

³³ SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, pág. 434.

Sin embargo, también se podría articular esta medida como voluntaria, mediante la creación de un circuito privilegiado de recolocación, al igual que en el Derecho italiano, incentivando la contratación y así la recolocación de los trabajadores afectados por un ERE, mediante el establecimiento de beneficios fiscales y/o de cotizaciones a la Seguridad Social, para las empresas que den empleo a dichos trabajadores.

El otorgamiento de subvenciones públicas en los casos que proceda, sería una adecuada medida de política activa de empleo impulsada por los poderes públicos para hacer frente al desempleo, reduciendo las prestaciones por desempleo, al mismo tiempo que perseguiría el fin de responsabilizar al empresario de las repercusiones profesionales y personales de los trabajadores que van a ser despedidos. Así, sería posible conceder subvenciones en el caso de que la empresa, en situación de crisis, demuestre la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un plan adecuado ³⁴.

Asimismo, sería aconsejable que las prestaciones por desempleo estén asociadas con incentivos a la movilidad laboral y ocupacional y resolver la relación entre el sistema de prestaciones por desempleo y el sistema de pensiones en el colectivo de trabajadores de avanzada edad. En efecto, en la actualidad, el primero, parece diseñado para facilitar el tránsito a la jubilación, especialmente en el supuesto de prejubilaciones, y no el regreso al mercado de trabajo. Para ello sería necesario desarrollar y ahondar en las medidas de fomento de empleo para trabajadores de avanzada edad que permiten compatibilizar el trabajo a tiempo parcial con el abono de la prestación por desempleo ³⁵, junto con el fomento, como ya hemos señalado, de la jubilación parcial de los trabajadores ³⁶.

4. EL COSTE DEL DESPIDO

De conformidad con algunos estudios ³⁷, **España es el tercer país de la Unión Europea donde el coste del despido procedente es más elevado.** La media se sitúa en 56 semanas de salario, según datos del Banco Mundial. **Solo Alemania**, con un coste de 69 semanas de sueldo, y **Grecia**, con un coste de 95 semanas, le superan. Cuesta casi el doble que la media europea que está registrada en 27 semanas de sueldo.

³⁴ SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, pág. 435.

³⁵ Artículo 228.4 de la LGSS. Actualmente desarrollado por las disposiciones transitorias 5.ª y 6.ª de la Ley 45/2002.

³⁶ Como una medida reciente dirigida a tal finalidad, si bien de forma indirecta y más bien tímida, cabe reseñar la modificación efectuada por el Real Decreto-Ley 2/2009 del convenio especial de la Seguridad Social que se suscribe en el marco de determinados expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, a fin de conseguir un doble objetivo: por un lado, evitar el abandono prematuro del mercado de trabajo de aquellos trabajadores que a una edad laboral avanzada vean extinguidos sus contratos de trabajo a través de despidos colectivos, pues es conocido que en las situaciones económicas desfavorables los trabajadores de mayor edad se ven afectados de hecho en mayor grado. Por otro lado, mejorar la protección de estos trabajadores, al posibilitar que las cotizaciones efectuadas por el empresario durante los períodos de actividad laboral que se desarrollen durante la vigencia del convenio especial se apliquen a la parte del convenio que debe sufragar el trabajador a partir de los sesenta y un años, fomentando la prolongación de la vida activa y desincentivando una salida prematura del mercado de trabajo, con la merma en la pensión de jubilación que ello supone.

³⁷ Euroíndice Laboral IESE-Adecco (EIL). 2008.

Del entorno europeo, **Dinamarca, Austria, Rumania y Bulgaria** son los países donde a los empresarios les resulta menos costoso despedir a los trabajadores por debajo de una cuantía de 10 semanas de salario.

Respecto a los despidos improcedentes, España también se encuentra entre los Estados con el mayor gasto en las indemnizaciones, solo por detrás de Portugal y Grecia. En el país luso se pagan 20 meses de sueldo de media, mientras en Grecia y en España el gasto se eleva a 16 y 12 meses, respectivamente.

En varios países europeos la fórmula del despido es casi libre con pequeñas restricciones. En **Finlandia, Suecia y Holanda** no existen restricciones para la ruptura laboral salvo un periodo de preaviso que varía según la legislación de cada Estado. Los costes son de 26 semanas en Finlandia y Suecia, y de 17 semanas en Holanda. Donde el precio del despido es más barato es Grecia al no ser necesario avisar al trabajador con días de antelación.

Sin embargo, otros estudios³⁸ muestran que entre los países industrializados, España es, tras Estados Unidos, Reino Unido y Canadá, el país con menor protección al empleo fijo, siendo muy superior en Italia, Francia, Suecia y Alemania, e incluso en Portugal, Polonia y Eslovenia. Igualmente, un estudio de la propia OCDE³⁹ concluye que la protección frente al despido de los trabajadores fijos en España está situada en el entorno de la media de los países desarrollados.

A favor de una reducción del coste del despido se argumenta que el elevado coste actual es la razón del alto porcentaje de contratos temporales que se mantiene en España así como la explicación de la alta tasa de paro. En este sentido, se mantiene que la actual regulación del despido constituye un factor que dificulta la competitividad de nuestras empresas en relación con el resto de Europa y también que el coste del despido es un elemento disuasorio para que los empresarios contraten a nuevos trabajadores.

En contra, se afirma que si el despido fuera más barato, lo que ocurriría es que habría todavía más despidos, incrementándose el paro en lugar del empleo. Además, al recibir una indemnización menor los trabajadores despedidos se encontrarían económicamente más indefensos ante un previsible alargamiento de su situación de parados. Finalmente, se argumenta que la prueba definitiva de que el coste del despido no es un factor disuasorio para contratar y crear empleo es que con el régimen actual, entre 2004 y 2007 se crearon en España tres millones de puestos de trabajo, más que Alemania, Francia e Italia juntos⁴⁰. Este último argumento, en mi opinión, es más que concluyente y no puede sino convencer que el coste del despido no afecta a la contratación o no de nuevos trabajadores. Esto, evidentemente, depende de la coyuntura económica y de las necesidades empresariales. Ahora bien, una cosa es que no afecte a la contratación de nuevos trabajadores y otra, muy distinta, es que sí, de nuevo a mi modo de ver, afecta a la modalidad de contrato que se realiza en las nuevas contrataciones. De este modo, como analizaremos más adelante, mientras sea relativamente fácil celebrar contratos temporales, con una alta tasa de rotación y con un coste de finalización de contrato mucho más reducido, resulta, como demuestran las estadísti-

³⁸ Estudio *Doing Business 2004*, del Banco Mundial investigación del Banco Mundial sobre 83 países.

³⁹ Panorama del empleo. Indicadores de la OCDE 2004.

⁴⁰ Manuel DE LA ROCHA, «Los costes del despido como ideología», *El País-Opinión* – 27-12-2008.

cas, harto difícil lograr elevar el porcentaje de contratos indefinidos y acabar con la precarización del mercado del trabajo. Por ello, la reducción de los costes del despido de los contratos indefinidos o estables, tendría mayor fundamento, al menos aparente, si lo justificamos como medida para frenar la precarización del mercado laboral y lograr mayor estabilidad aumentando el número de contratos indefinidos. No obstante, obviamente, en contra se podría replicar, como veremos más abajo, que en lugar de reducir las indemnizaciones de los contratos indefinidos se podría incrementar directamente la indemnización a la cual tienen derecho los trabajadores por la finalización de los contratos temporales, por encima de los exiguos 8 días por año actuales, que casi siempre se queda en la parte proporcional, además de un mayor control sobre la contratación temporal fraudulenta.

En cualquier caso, con el objetivo de reducir los costes del despido muchos especialistas, especialmente los economistas, han propuesto la creación de un único contrato de duración indeterminada, basado en el modelo de flexiseguridad de Dinamarca, a través del cual se facilitaría en gran medida su ruptura y, por el cual, los derechos de protección de los trabajadores aumentarían progresivamente en función de la antigüedad. En el caso de la propuesta española, como se sabe, se trata de un solo contrato indefinido con una indemnización por despido muy inferior a la actual, que ha oscilado entre los 20 días por año trabajado, hasta los 8 días en las últimas posturas planteadas por las organizaciones empresariales.

Otra propuesta de contrato único, basado en el modelo austriaco, obligaría a las empresas a cotizar a lo largo de la relación laboral una cuota, cuyos fondos son mutualizados, con el fin de financiar la reclasificación de los trabajadores, pero ya así descargando al empresario de la obligación de recolocar al trabajador, en contrapartida de dicha «contribución de solidaridad»⁴¹, que se llevaría a cabo ahora bien por el Servicio Público de Empleo o Agencias Privadas de Empleo. Todo ello a cambio de abandonar la tradicional noción de despido económico y su posterior control judicial. Sin embargo, no hay que olvidar que en estos países el despido va acompañado de una política activa de empleo y una generosa protección por desempleo.

Por otro lado, se propone, asimismo, un nuevo contrato, al estilo del contrato de trabajo de nuevo empleo de Francia, donde, durante los primeros años el empresario puede resolver el contrato sin necesidad de alegar causa ni seguir el procedimiento clásico de despido; ni por supuesto pagar indemnización alguna⁴². Sin embargo, esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento, con la facultad de celebrar extensos periodos de prueba, que posibilitan, como se sabe, extinguir el contrato sin necesidad de alegar causa ni pagar indemnización alguna; pudiéndose incluso extender la duración máxima de estos periodos por convenio colectivo. Incluso cabe la posibilidad de celebrar periodos de prueba en los contratos temporales, con el único límite, en este último caso, de que no coincidan plenamente con la propia duración del contrato temporal. Sin embargo, todavía restaría un margen de flexibilidad en este punto, en cuanto a la posibilidad de excluir del campo de aplicación de la protección contra el despido a los trabajadores que no tengan una antigüedad mínima exigida por la legislación, posibilidad prevista expresamente en el Convenio 158 de la OIT. De tal modo que,

⁴¹ MARTÍN PUEBLA, E., «La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexicurity" à la française», *RL*, n.º 4, 2009, pág. 95.

⁴² GILES AUZERO, «El contrato de trabajo de "nuevo empleo": una traducción francesa de la flexi-seguridad», en *Aportaciones al debate comunitario sobre «Flexiseguridad»*, Madrid, 2007, págs. 91 y ss.

se podría exigir un tiempo mínimo de servicios en la empresa para tener derecho a un despido indemnizado, de lo contrario, se podría poner fin a la relación laboral, sin necesidad de alegar causa ni abonar indemnización alguna. Así, por ejemplo, en la legislación alemana se exige una antigüedad mínima de seis meses⁴³. Ahora bien, acto seguido, para evitar conductas fraudulentas y abusivas, habría que condicionar la referida extinción libre a ciertas garantías, al igual que se hace con el periodo de prueba, por ejemplo, como la aplicación de las causas propias de la nulidad del despido, de tal modo que si se pueden probar indicios de discriminación en la extinción se obligaría a la readmisión del trabajador, así como la suma, para el cálculo de esa antigüedad mínima exigible, de los servicios prestados con anterioridad para la misma empresa con otros contratos, etc.

No hay que olvidar, como ya se ha destacado, que el ordenamiento laboral que ahora se dice por activa y por pasiva que es demasiado rígido y que se señala como el culpable de las altas tasas de desempleo es el mismo con el cual se alcanzaron las cuotas más bajas de desempleo en la historia del país. Por ello, es evidente que cualquier reducción que se haga ahora en derechos sociales, con la excusa de ayudar a superar la crisis, no se va a realizar de forma temporal. La patronal no propugnará luego la recuperación de lo ahora sacrificado cuando el ciclo se invierta y vuelvan épocas de bonanza económica, que volverán.

Cabe recordar ahora que la famosa indemnización de 45 días con el tope de 42 mensualidades de la cual se quejan los empresarios, es únicamente para el supuesto de despidos improcedentes, pues si se prueban razones disciplinarias no hay indemnización alguna y si existen razones reales de mercado, el despido es de solo 20 días, con un tope de 12 mensualidades.

Obviamente entonces, para situar el debate en sus justos términos, lo que se reivindica por la patronal es el abaratamiento del despido improcedente, esto es, sin causa.

Teóricamente, el ordenamiento jurídico laboral español no admite la libre resolución contractual por la mera voluntad empresarial. Siendo necesario, en todo caso, la concurrencia de una causa legalmente determinada. Con la única excepción del período de prueba, que supone un privilegio excepcional para el empresario para resolver el contrato, sin necesidad de alegar justa causa. Facultad que, por el contrario, ostenta el trabajador, en todo caso, en virtud de la prerrogativa de desistimiento sin causa, esto es, la dimisión, que le reconoce el artículo 49.1 d) del ET⁴⁴.

De este modo, la resolución por voluntad del empresario, a diferencia del desistimiento por voluntad del trabajador, debe ser siempre causal. Esto es, que, formalmente, en nuestro sistema jurídico no se admite la legitimidad de un despido sin causa o despido *ad nutum*, sino que se consagra el principio de justificado motivo⁴⁵.

No obstante, se ha hecho hincapié, como se habrá observado, en el carácter formal o teórico de dicha exigencia. Ello porque, acto seguido, si se analizan los efectos o consecuencias de la falta

⁴³ Véase GIL Y GIL, J.L., «Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado», en *Aportaciones al debate comunitario sobre «Flexiseguridad»*, Madrid, 2007, pág. 160.

⁴⁴ Véase, MARTÍN VALVERDE, A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, 1976.

⁴⁵ Vid. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, 2005, pág. 647.

o carencia de causalidad en el despido, es fácilmente observable que, aun cuando el ET sigue exigiendo la causalidad del despido formalmente, habría que concluir que tal requisito está extraordinariamente suavizado en cuanto a sus efectos y en relación con la legislación anterior. En efecto, ni el artículo 55 del ET, ni el 108 de la LPL atribuyen la posibilidad de calificar el despido como nulo por la falta de causa. Sino que, por el contrario, como es sabido, dichos preceptos imponen la calificación de improcedencia, entre otros casos, cuando no quede acreditada la causa alegada por el empresario. Con lo cual, aun cuando se llegue a probar que no existe causa legal para poder despedir, al ser la consecuencia la mera calificación de improcedencia del despido, el empresario podrá libremente optar por la rescisión del contrato, con el pago de la indemnización reglada y los salarios de tramitación correspondientes de conformidad con el artículo 56 del ET.

Como es sabido, la empresa puede incluso reconocer la improcedencia del despido en la misma carta y lejos de ser sancionada de ningún modo, el ordenamiento jurídico le premia con la posibilidad, en dicho caso, si deposita la cantidad de la indemnización legal correspondiente, de limitar los salarios de tramitación. Incluso puede llegar a suprimir los mismos si se lleva a cabo dentro de las 48 horas siguientes al despido como establece el artículo 56.2 del ET. Con las evidentes consecuencias negativas que ello entraña para el trabajador afectado. No solo en el plano económico, esto es, pérdida de salarios debidos, sino también en el plano de la Seguridad Social. Ya que el artículo 209.6 de la LGSS obliga al empresario a ingresar las cotizaciones correspondientes al período de los salarios de tramitación. Cotizaciones que, evidentemente, en estos casos dejará de ingresar el trabajador, con la consiguiente merma a efectos de reunir los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social. Tampoco se encontrará, por ende, en situación asimilada al alta durante dichos períodos.

Por lo tanto, esto es tanto como decir que el empleador tiene derecho a despedir sin causa y que la indemnización legal fijada constituye una mera transacción. Hasta el punto que, al menos a efectos prácticos, podríamos decir claramente lo que ya es un secreto a voces, que el despido ha dejado de ser causal, pudiéndose hablar de un despido libre, pero no gratuito. Esto es, que no hace falta la concurrencia y la prueba de una causa, sino el pago de una indemnización reglada legalmente. Indemnización que ahora precisamente se pretende reducir, de tal forma que sea más barato despedir sin causa, pues lo que se está reivindicando por la patronal es el abaratamiento del despido improcedente, esto es, sin causa.

En efecto, aun cuando se niega por activa y pasiva que se proponga un abaratamiento del despido, ya que la indemnización de los contratos indefinidos ya celebrados no se modificaría y, en todo caso, se presenta como una mejora de la indemnización para los trabajadores temporales, evidentemente, lo que se haría *de facto* es introducir un nuevo binomio. Así, por un lado, se encontrarían los trabajadores con el actual contrato indefinido y con la indemnización más alta, como colectivo congelado, por así decirlo y a extinguir progresivamente cara al futuro y, por el otro, los trabajadores con el nuevo contrato indefinido y con la indemnización más reducida, como modelo estándar que vendría a reemplazar el antiguo contrato. Sin mencionar el hecho de que una gran parte de los trabajadores con contratos temporales, que pretende mejorar la patronal, en torno al 40%, son contratos fraudulentos y que, de todos modos, deberían estar con un contrato indefinido y, por tanto, con la indemnización de 45 días de salario por año de servicio.

En cualquier caso, cabe reseñar a continuación, que el despido improcedente ya se ha abaratado sustancialmente en los últimos años. En primer lugar, con la eliminación formal de los salarios de tramitación. En efecto, como se sabe, tras su eliminación explícita por el polémico Real Decreto-Ley 5/2002, las movilizaciones sociales provocaron la marcha atrás y su restauración por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. No obstante, pese a que la contra-reforma que provocó la huelga restauró formalmente los salarios de tramitación, introdujo, sin embargo, la posibilidad de limitarlos e incluso llegar a eliminarlos. Así, si un empresario reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador dentro de las 48 horas siguientes del despido la cuantía legal de la indemnización, «la acepte o no el trabajador», no habrá de pagar cuantía alguna por salarios de tramitación ⁴⁶.

Aunque pudiera parecer lo contrario, la eliminación de esas cantidades no es un tema baladí en la cuantía del coste del despido, por dos razones fundamentales. En efecto, en primer lugar, porque para un trabajador con muchos años de antigüedad en la empresa, el factor que más encarecerá el despido será efectivamente la propia indemnización de 45 días de salario multiplicados por esos años de antigüedad. Sin embargo, en la actualidad, con un mercado laboral que tiene la tasa de temporalidad más alta de toda Europa (32,5%, 90 de cada 100 contratos celebrados son temporales), es fácilmente observable que los salarios de tramitación ya no tienen un interés menor en términos cuantitativos, pues en un mercado laboral donde la duración media de los contratos temporales apenas llega a los tres meses, en la mayoría de las ocasiones la cuantía de estos últimos superará con creces la de la propia indemnización, en aquellos supuestos en que el trabajador con contrato temporal demanda en vía judicial y obtiene una calificación del despido de improcedente. En segundo lugar, porque junto con el pago de los salarios de tramitación, el empresario debe abonar las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al periodo de dichos salarios. De tal forma que, en este sentido, el despido se ve abaratado por partida doble. Por un lado, por la cuantía de los salarios que se dejan de abonar y, por el otro, por la cuantía de las cotizaciones sociales que se dejan de ingresar.

La contra-reforma supuso, en definitiva, una forma disimulada de abaratar el despido. Abaratamiento que, por otro lado, aunque se propone en estos momentos como panacea para acabar con la precariedad del mercado laboral, se ha demostrado del todo ineficaz para frenar la alta tasa de temporalidad, que no ha hecho más que repuntar hasta situarse en la tasa más alta de la Unión Europea y que, en todo caso, si de algo ha servido dicho abaratamiento, ha sido para aumentar el número de despidos realizados.

En segundo lugar, a través de la creación y fomento de una nueva modalidad de contrato indefinido para el cual se abarata sensiblemente el precio de los despidos objetivos declarados improcedentes, no solo en los días de salario tomados para calcular la indemnización, que bajan a 33, sino, también y fundamentalmente, en el tope de la propia indemnización, que baja de 42 meses a 24 ⁴⁷, si bien dejando inalteradas las indemnizaciones de los despidos objetivos procedentes y los despidos disciplinarios improcedentes. Ahora bien, el problema para los empresarios es que para acogerse a sus ventajas, el despido debe ser declarado improcedente, lo que supone someterse a un procedimiento judicial largo, costoso e incierto.

⁴⁶ Artículo 56.2 del ET en su redacción actual.

⁴⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido», en *Las reformas laborales de 1997*, Pamplona, 1998, págs. 72 y 73.

De este modo, partiendo de la premisa de que el despido no puede ser *ad nutum*, con una indemnización tasada única para todos los casos, para evitar arbitrariedades y excesos en el ejercicio de un poder que, por otro lado, es legítimo, se podría proponer, dos medidas relativamente fáciles de implementar, tomando como base el referido contrato de fomento de la contratación indefinida. En primer lugar, la posibilidad de que la empresa pudiera disfrutar de la rebaja de la indemnización con el solo hecho de reconocer la improcedencia del despido, poniendo a disposición del trabajador la cuantía de la indemnización correspondiente, sin necesidad de acudir a la vía judicial, pues en la actualidad, para disfrutar de esta ventaja, de conformidad con el punto cuatro de la disposición adicional 1.^a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, es necesario la declaración judicial de la improcedencia del despido por causas objetivas. En segundo lugar, yendo un paso más allá, se podría proponer incluso extender ese beneficio a la cuantía de las indemnizaciones de los despidos disciplinarios improcedentes, abaratando así el despido improcedente en general para esta modalidad de contrato a los 33 días por año de servicio, en lugar de los actuales 45.

De esta forma, se crearía un contrato estable, con una indemnización de 33 días por año de servicio, en los supuestos de extinción sin causa, siempre que el empresario despidiera reconociendo la improcedencia del despido y ponga a disposición del trabajador la referida indemnización. Modalidad que estaría a medio camino del contrato propuesto por la patronal, con una indemnización única de 20 días y que sería una solución salomónica para poder llevar a la mesa de diálogo social. Incluso se podría acompañar de una prima de precariedad para incentivar la prolongación de los contratos, de tal forma que la indemnización del despido podría ser superior durante el inicio de la vigencia del contrato (entre 12 y 24 meses), bajando ya una vez pasado este periodo inicial.

Asimismo, se podría mutualizar este coste a través de la adopción también aquí del pago de la contribución de solidaridad para la creación de un fondo común, financiado por todas las empresas, de acuerdo con su tamaño, beneficios, etc., que se haría cargo de la totalidad o de una parte del coste de las extinciones de los contratos laborales. Es más, esto se podría hacer de una forma relativamente fácil y sin suponer un coste añadido para las empresas, aprovechando el hecho de que estas ya financian, de forma solidaria, un fondo, como es el FOGASA, que podría emplearse para costear la totalidad o una parte de las indemnizaciones por despido, si no en todas las empresas, sí al menos en las PYMES. Extendiendo la cobertura que ya existe para estas en supuestos de despidos económicos, a todos los despidos y elevando el porcentaje de la indemnización que se cubre. De este modo, se descargaría de buena parte de los costes del despido a la pequeña y mediana empresa, superando el temor a la contratación indefinida, sin necesidad de insolvencia y con un cobro inmediato para los trabajadores.

Otra posibilidad sencilla de reducir los costes del despido consistiría en la instauración de unos topes mínimos y máximos de días de indemnización, dejando mayor margen a los jueces para apreciar y fijar la cuantía exacta de la indemnización de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso, el perjuicio real que haya sufrido el trabajador, la dimensión y la situación de la empresa, etc.⁴⁸. En cualquier caso, cabe recordar que, con independencia de la indemnización legal tasada por el despido, se admite ya expresamente la posibilidad de una indemnización adicional por los daños y

⁴⁸ SAGARDOY, J.A. y GIL, J.L., «De la estabilidad en el empleo a la empleabilidad. Un análisis crítico de la evolución del derecho del trabajo», en *Reforma Laboral, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pág. 66.

perjuicios causados al trabajador en los supuestos de discriminación o vulneración de derechos fundamentales ⁴⁹.

Ahora bien, no hay que olvidar que las empresas utilizan, *de facto*, el recurso a la contratación temporal como fórmula de abaratamiento del despido, lo cual se demuestra gráficamente por el hecho de que, como ya hemos señalado, desde hace más de 25 años un tercio de la población activa tiene trabajos temporales, precarios con bajas indemnizaciones. Por ello, mientras sea más barato y no haya un verdadero control sobre la contratación temporal laboral, será difícil rebajar la precariedad del mercado laboral. En efecto, pues mientras se pueda tener a trabajadores prácticamente *sine die* con contratos de obra o servicio, bien directamente, bien a través de contrata, con una indemnización de 8 días, cuando finalmente se extinga el contrato, la mayoría de las veces por decisión unilateral de la empresa, es complicado que un empresario contrate a un trabajador de forma indefinida, aun cuando se rebaje la cuantía de la indemnización por despido. Y mucho menos, generalizando la posibilidad de celebrar contratos de hasta dos años, con la referida indemnización de 8 días, como propugna ahora la patronal. Lo cual simplemente facilitaría las posibilidades de celebrar contratos temporales más extensos, sin ningún tipo de control, agravando todavía más la precarización del mercado laboral.

Por ello, se deberá actuar también al mismo tiempo sobre la regulación de la contratación temporal. De este modo, una solución podría ser articular un coste diferenciado, desconectado de la antigüedad de los trabajadores temporales. Otra opción sería incrementar directamente la indemnización a la cual tienen derecho los trabajadores por la finalización de estos contratos, por encima de los exigidos 8 días por año actuales, que casi siempre se queda en la parte proporcional. De tal forma que, en lugar de reducir la indemnización del despido de los contratos indefinidos, se eleve el coste de extinción de los contratos temporales, equiparando en mayor medida ambos conceptos, de tal modo que no sea tan atractiva la contratación temporal, muchas veces fraudulenta, por el reducido coste del despido.

Es cierto que se ha actuado recientemente, como se sabe, sobre las amplias posibilidades existentes de encadenamiento sucesivo de diversas modalidades temporales, de tal forma que ahora, el apartado quinto del artículo 15 del ET presume la conversión en indefinido de aquel trabajador que se le encadenen dos o más modalidades de contratación temporal, durante más de 24 meses, en un periodo de referencia de 30, cuando el trabajador ocupe el mismo puesto de trabajo. Sin embargo, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo, rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente la subcontratación; donde ahora, el TS, en los supuestos en que se vayan celebrando o renovando sucesivas contrata con la misma empresa adjudicataria, no considera que el contrato de obra finaliza con cada contrata ⁵⁰. Así, al tratarse del mismo contrato de obra y servicio, no habría sucesivos contratos temporales en el tiempo, que se podrían ir sumando a los efectos de superar los 24 meses en un periodo de 30. Con lo cual se evitaría de esta forma la posibilidad de declarar por esta vía la conversión de indefinido del trabajador.

⁴⁹ Artículos 180 y 181 de la LPL y STS de 17 de mayo de 2006 RJ 4372/2004.

⁵⁰ STS de 17 de junio de 2008, RJ 4229.

En cualquier caso, la nueva medida articulada en el apartado cinco del artículo 15 del ET, en el fondo, no es más que el reconocimiento de la dificultad de controlar la causalidad en la contratación laboral y la renuncia implícita a hacerlo, optando por una presunción objetiva. Precisamente por ello, sería mucho más simple reconocerlo expresamente. Una vez tomado este paso, se podría pasar a adoptar posibilidades de contratación temporal, como en el derecho comparado, no causales, simplemente limitadas. Temporalmente, con el señalamiento de una duración máxima y con el pago de la totalidad de los salarios, hasta la duración máxima, en el supuesto de rescisión extemporánea por parte de la empresa. Y cuantitativamente, con límites máximos de contratos temporales, de conformidad con el total del volumen de plantilla de la empresa. De tal forma que se podría controlar y así reducir el número de contratos temporales a un porcentaje determinado, lo que no ha podido hacer ninguna otra de las medidas adoptadas hasta ahora, pues como se sabe tenemos el porcentaje más alto de temporalidad en toda Europa, que se ha mantenido siempre por encima del 30% en los últimos 25 años.

Finalmente y aun cuando desborde el contenido del actual trabajo, cabe recordar que cualquier medida de flexibilidad en el régimen del despido y, especialmente en la posible reducción del montante de las indemnizaciones, requiere un equilibrio, a su vez, con el alcance de las medidas de protección social de que disponen los trabajadores que pierden un empleo. En consecuencia, una reducción en las indemnizaciones por despido, sobre todo si se realiza de forma general o indiferenciada, exige una mejora correspondiente en las prestaciones por desempleo, especialmente de aquellos colectivos más vulnerables para evitar efectos indeseados ⁵¹.

5. EL DESPIDO SIN CAUSA

Como se ha visto, las empresas pueden finalizar el contrato de trabajo, reconociendo la improcedencia del despido y pagando la indemnización legal tasada y solo si el trabajador recurre el mismo, en vía judicial y se declara la nulidad del despido, existe la obligación de readmitir a este en las mismas condiciones laborales que ostentaba con anterioridad a la efectividad de la finalización de la relación laboral. En consecuencia, fuera de las causas de nulidad, que son tasadas, la empresa puede poner fin a la relación laboral con el pago de la indemnización legal. No solo cuando, aun ostentando cierto fundamento el despido, esto es, habiendo indicios de la causa alegada, simplemente no se haya podido probar la misma por falta de pruebas o la necesaria gravedad, etc., sino también cuando sea evidente que la causa alegada por el empresario nunca existió. Esto es, que la causa sea simulada y, por lo tanto, que el despido pueda ser tachado de ser arbitrario o discrecional e incluso, en ocasiones, cuando a pesar de que la causa efectivamente existe, haya sido directa o indirectamente provocada por el propio empresario. Esto es así, porque en la actualidad, de *lege data*, no existe una explícita previsión normativa genérica del despido fraudulento o si se prefiere, arbitrario, en la regulación común del despido. Es cierto que, en un primer momento, se entendió que ello no impedía, en principio, la aplicación supletoria del artículo 6.4 del CC, como norma genérica vigente y así, de este modo, con base al referido precepto la jurisprudencia en una primera época elaboró la doctrina de la sanción de

⁵¹ GIL Y GIL, J.L., «Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado», en *Aportaciones al debate comunitario sobre «Flexiseguridad»*, Madrid, 2007, pág. 169.

nulidad radical en los supuestos de despido fraudulento, con la consecuencia de la readmisión del trabajador en las mismas condiciones de trabajo ⁵². No es menos cierto, como se sabe, que debido a la falta de previsión expresa del despido fraudulento en la normativa reguladora del despido disciplinario y su remisión explícita en los despidos colectivos y objetivos únicamente a los supuestos de elusión fraudulenta del empresario de las mayores exigencias del procedimiento del despido colectivo, frente al individual, esto es, artículos 51.1 del ET y 122.1 d) de la LPL, la evolución de la jurisprudencia abocó en la doctrina actual, que estima que los supuestos de nulidad están enumerados en la ley de forma taxativa o cerrada, artículos 108.2 de la LPL y 53 y 55 del ET y, por ende, en el estado actual del Ordenamiento, el despido radicalmente nulo por fraude de ley carece de todo apoyo legal. De tal forma, que no tiene cabida ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado texto refundido de la LPL ⁵³.

Por ello, trasladando dicha doctrina al supuesto en cuestión, aun cuando el despido sea arbitrario o discrecional o incluso haya sido inducido o propiciado de forma arbitraria por el empresario, extramuros de las relaciones laborales en el seno de la administración pública, donde la nulidad tal vez se podría fundamentar en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, resultará harto difícil que se declare la nulidad del mismo ⁵⁴. De este modo, aun cuando suponga un despido fraudulento o arbitrario, tal tipo de despido, como todo despido sin causa o con expresión dolosa de causa falsa, es despido improcedente, con los efectos propios de este, a salvo, naturalmente, de aquellos casos propios del despido nulo. Esto es, cuando la ineptitud haya sido provocada vulnerando derechos fundamentales del trabajador o, asimismo, como represalia por el ejercicio por parte del trabajador de sus derechos, es decir, quebrantando su derecho a la indemnidad ⁵⁵. Debiéndose tener en cuenta ahora, además, las modificaciones introducidas en este sentido por la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Por ello, a excepción de las cláusulas convencionales de recolocación ⁵⁶ y aquellas otras situaciones constitutivas de discriminación y vulneración de derechos fundamentales, difícilmente se puede mantener la obligación de reingreso.

En cualquier caso, y precisamente por la aplicación de las causas propias del despido nulo, es fácil pensar en supuestos en que el despido provocado por el empresario abocaría en la declaración

⁵² A título de ejemplo, véanse, SSTs de 11 de abril, 16 de mayo y 5 de junio de 1990. Ar. 3462, 4332 y 5107 y 30 de noviembre de 1991, Ar. 8425.

⁵³ SSTs de 2 de noviembre de 1993, Ar. 8346 y 19 de enero de 1994, Ar. 352.

⁵⁴ De hecho, en la práctica y en los pocos pronunciamientos que existen se reconoce expresamente que no cabe alegar tal causa como ineptitud, pero se acaba declarando la mera improcedencia del despido. *Vid.* STSJ de Cantabria de 2 de julio de 2003 A.S. 774.

⁵⁵ El derecho a la indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4; 140/1999, de 22 de julio, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero, FJ 3; y las ya citadas 54/1995, FJ 3; 101/2000, FJ 2; y 196/2000).

⁵⁶ Convenio Colectivo provincial de Guipúzcoa (BOP 10/8/2004). Artículo 10. Las empresas estarán obligadas a garantizar su salario y un puesto de trabajo alternativo en la empresa, a aquellos trabajadores a quienes, por causas ajenas a su voluntad e imputables a la empresa (conducir con sobrecargas, vehículo en malas condiciones, etc.) les sea retirado el carné de conducir y durante el tiempo que dure la mencionada retirada del carné.

de la nulidad. En efecto, lógicamente, si el empresario provoca un despido, en muchas ocasiones resultará ser a consecuencia de alguna circunstancia personal o social del trabajador que no es de su agrado o como represalia por haber reclamado el trabajador legítimamente derechos laborales o haberse negado a trabajar en condiciones contrarias o inferiores a las marcadas por la normativa laboral. Así, en primer lugar, cuando el despido inducido o provocado por el empresario tuviera su origen en una causa de discriminación prohibida. A título de ejemplo, imaginémos el supuesto bastante extendido del acoso psicológico. En este sentido, cabe recordar que tras la Ley 62/2003 y en virtud de su artículo 28.2, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considera asimismo y en todo caso acto discriminatorio. Además, el listado de causas es simplemente ejemplificativo, de tal forma que el acoso por cualquier otra causa discriminatoria, sexual, motivos sindicales, etc., también tendrá la consideración de acto discriminatorio.

En segundo lugar, cuando el despido inducido o provocado por el empresario vulnerase derechos fundamentales del trabajador. Así, siguiendo con el ejemplo que hemos puesto, creo que también se podría llegar a la misma conclusión en los supuestos de acoso moral común, esto es, sin finalidad discriminatoria. Qué duda cabe que en estos casos se vulnera un derecho fundamental del trabajador, esto es, la dignidad debida al trabajador en el marco de la relación laboral y, por lo tanto, también cabría la tutela por vía del mismo procedimiento. En tercer lugar, cuando el despido se provoque por parte de la empresa directamente como represalia por un ejercicio o reclamación legítima por parte del trabajador de sus derechos laborales, es decir, quebrantando su derecho a la indemnidad ⁵⁷.

De este modo, al tener que readmitir y dar ocupación efectiva a un trabajador que ya no puede llevar a cabo las funciones de su antiguo puesto de trabajo o tiene una capacidad laboral mermada, precisamente por la ineptitud que le ha provocado la empresa, habría que aplicar inexorablemente el principio general de la acción preventiva de la adaptación del trabajador a su trabajo ⁵⁸. Es evidente que extramuros de los supuestos de mutuo acuerdo o de las posibles previsiones contenidas en cláusulas convencionales de recolocación para dichos casos, la referida adaptación se podría llevar a cabo o bien a través de los mecanismos de la movilidad funcional, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y/o de la movilidad geográfica. En cuyo caso el empresario deberá respetar los condicionantes formales para la utilización legítima de tales medidas (arts. 39, 40 y 41 del ET): razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando procedan, en caso de encomienda de funciones inferiores justificación por necesidades perentorias o imprevisibles, respetar el preaviso correspondiente o, en su caso, el periodo de consultas preceptivo. Por su parte, el trabajador tendrá derecho al mantenimiento de la retribución de origen, salvo encomienda de funciones superiores en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a la categoría superior, opción por la rescisión del contrato con derecho a indemnización o la posibilidad

⁵⁷ El derecho a la indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4; 140/1999, de 22 de julio, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero, FJ 3; y las ya citadas 54/1995, FJ 3; 101/2000, FJ 2; y 196/2000.

⁵⁸ Artículos 15 d) y 25.1 de la LPRL.

de impugnar judicialmente la decisión empresarial, sin perjuicio de la ejecutividad de la misma. Finalmente, solo en el supuesto de que no sea viable la utilización de alguna de las medidas preventivas descritas con anterioridad, por ejemplo, pequeña empresa con un solo centro de trabajo, donde no existen puestos de trabajo adecuados para el trabajador, podrá el empresario poner fin a la relación laboral, previo pago de la correspondiente indemnización legal.

Sin embargo, es evidente que en muchos otros casos el despido arbitrario o provocado no tendrá cabida en estos supuestos que no dejan de ser excepcionales y, por lo tanto, pese a ser discrecional, arbitrario o incluso provocado, como se ha visto, se acabará por declarar la mera improcedencia del mismo.

Así, por ejemplo, trabajadores que se encuentran de baja en la empresa. Cabe recordar ahora que en estos supuestos, el propio TJCE ⁵⁹ ha mantenido que el mero hecho de despedir a un trabajador enfermo o de baja no constituye *per se* un despido nulo. En efecto, Según el TJCE, la finalidad de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, es combatir determinados tipos de discriminación en el empleo y debe entenderse la discapacidad como una «limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional». Sin embargo, hace hincapié el Tribunal en el hecho de que el legislador haya utilizado deliberadamente el término discapacidad y no el de enfermedad, no siendo posible, por tanto, llevar a cabo una equiparación pura y simple de ambos conceptos, sino que han de ser interpretados como conceptos diferentes.

Concluye el TJCE que, al no existir en la Directiva una prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad, en el caso de que una persona sea despedida por su empresario «exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad». De este modo, afirma el Tribunal que la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en materia de despido, afecta únicamente al despido por motivos de discapacidad que «no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate».

Del mismo modo, pese a que podemos encontrar algunos pronunciamientos judiciales que han declarado nulos los despidos de trabajadores en situación de incapacidad temporal ⁶⁰, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ⁶¹, en términos similares a la establecida ahora por el TJCE, ha mantenido que «la enfermedad, entendida en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación».

⁵⁹ STJCE de 11 de julio de 2005.

⁶⁰ A título de ejemplo véase SSTSJ de Cataluña de 31 de enero de 2005.

⁶¹ SSTS de 29 de enero de 2001, 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2005.

Pero es más, incluso en los supuestos propios de nulidad y, por ende, reingreso en la empresa, en muchas ocasiones se acaba despidiendo al trabajador más adelante sin que concurra causa de discriminación o vulneración de derechos fundamentales. Es verdad que en tales casos se podría pensar que todavía se podría encuadrar dicho despido en el concepto de represalia por la anterior demanda judicial. Sin embargo sería discutible. Ya que en realidad, estrictamente hablando, la represalia se agotaría en el primer despido, que se declaró nulo con la obligación de reingresar. El segundo despido, más bien busca evitar el resultado que le impone la resolución del primer despido, esto es, el obligado reingreso. Lo que en definitiva tiene un nombre, fraude de ley. Sin embargo, al haberse concluido por el Tribunal Supremo, como se ha visto, que el despido en fraude de ley es improcedente, resultaría que incluso en estos casos el despido podría finalizar en una declaración de mera improcedencia.

Por todo ello, en estos casos concretos y aun cuando haya la posibilidad de recargos e indemnizaciones adicionales, la calificación de improcedente de los despidos arbitrarios o incluso provocados, sabe a poco. En efecto, pues si el empresario puede finalizar el contrato legítimamente por cualquier necesidad empresarial o por incumplimientos graves y culpables del trabajador, no se entiende por qué se le permite despedir a un trabajador sin causa alguna, de forma arbitraria, aun cuando sea con una indemnización mayor. Lo cual incluso se quiere modificar también, pues, como se sabe, ahora se propugna un único contrato con una sola indemnización tasada, con independencia de la causa, incluso tratándose de un despido *ad nutum*. Parecería más justo, por tanto, reabrir el debate de la nulidad de los despidos fraudulentos, dejando en manos del propio trabajador afectado la decisión de ser readmitido o recibir la indemnización legal.

Sin embargo, en estos casos la dificultad estriba en los requisitos o condicionantes de la elaboración jurisprudencial de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Así, tiene establecido el Alto Tribunal que no toda diferencia de trato es discriminatoria, sino la que se consuma sobre la base de alguna de las condiciones o circunstancias que el artículo 14 de la CE enumera o que suponga la lesión de un derecho fundamental⁶² y que, en el ámbito laboral, se transcriben en el artículo 17 del ET. Por lo tanto, en sentido contrario, la mera alegación de una diferencia de trato, que no se vincule a ninguna de dichas causas previstas en la CE y en el ET no puede servir como presunta prueba de discriminación⁶³. En primer lugar, es criticable la necesaria vinculación a una de las causas que enumera el artículo 14 de la CE o el 17 del ET, pues es tanto como otorgarles la definición de *numerus clausus* y negar la existencia de situaciones discriminatorias basadas en otros hechos. Así, algunos autores entienden que el listado de causas no debe entenderse cerrado sino ejemplificativo. La realidad demuestra que pueden aparecer nuevas causas de discriminación, como ya ocurrió con anterioridad en algunos supuestos concretos no expresamente previstos en la normativa española, aunque sí por la Directiva Comunitaria 2000/78, como la orientación sexual del trabajador⁶⁴. Aun cuando con la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se parece haber insistido de nuevo en este sentido, al enumerar las causas de discriminación, sin que se diga en ningún momento que son ejemplificativas.

⁶² A título de ejemplo, SSTC de 28 de julio de 1982, RTC 1982, 59, de 9 de marzo de 1984, RTC 1984, 34, de 21 de marzo de 1986, RTC 1986, 38 y 7 de mayo de 1987, RTC 1987, 52.

⁶³ SSTs de 28 de marzo de 1985, Ar. 1404 y 15 de enero de 1987, Ar. 35.

⁶⁴ Ahora sí prevista expresamente tras la Ley 62/2003. Véase, LÓPEZ GANDÍA, J., «Las obligaciones del empresario (III): Otros derechos del trabajador», pág. 462, en *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Contrato individual, Valencia, 2005.

No hay que olvidar que el propio Tribunal Constitucional ha defendido, asimismo, en ocasiones que la tutela del trabajador frente a la discriminación se produce también frente a actos discrecionales del empresario, derivados de su poder de dirección y organización ⁶⁵ y qué puede ser más discrecional o arbitrario si se prefiere, utilizando la terminología que hemos empleado antes, que un despido provocado, inducido, discrecional o arbitrario. Asimismo, cabría señalar que aun cuando se presume que la diferenciación de trato debe producirse siempre entre trabajadores, cabría recordar, como se sabe, que en la relación laboral existen dos partes, empresario y trabajador. Por lo tanto, la legitimación del despido arbitrario, discrecional o provocado, también se podría considerar como una discriminación de los trabajadores respecto de sus empleadores, que ya de por sí ostentan una posición predominante en dicha relación. Por el temor cierto y fundado a exigir y poner en práctica sus legítimos derechos. En efecto, como decía Henry FORD y nos recuerda Capón FILAS, el despido arbitrario, como un componente más de la precariedad, es buen disciplinador social, motor de la economía que lleva a trabajadores a aceptar condiciones inferiores y no reivindicar derechos legítimos, por miedo a perder su trabajo. La legitimación del despido arbitrario es un anacronismo del derecho liberal del siglo XIX que extrapola a los trabajadores la titularidad del empresario de los medios de producción, otorgándoles la consideración de unos meros componentes más de la empresa. Olvidando, obviamente, su condición de ciudadanos titulares de derechos.

De este modo, podríamos llegar a defender la nulidad del despido arbitrario, de forma genérica, por atentar contra la dignidad del trabajador, pues quien pierde el trabajo, entendido como trabajo digno obviamente, pierde su dignidad. Por lo tanto, quien le priva a un trabajador de un trabajo digno atenta directamente contra su dignidad, privándole de los recursos materiales necesarios para una subsistencia digna.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que la justificación de la limitación de la libertad empresarial al libre desistimiento se justifica en atención a la seguridad en el empleo del trabajador como una realización de la garantía constitucional del derecho al trabajo ⁶⁶.

Además, a la afirmación de que el Derecho al trabajo del artículo 35 de la CE no se trata de una materia que goce de la protección especial que se otorga a los derechos fundamentales por la situación que ocupa en la sistemática constitucional ⁶⁷, cabría realizar varias matizaciones. En primer lugar, que sí se trata al menos de un derecho que debe desarrollarse por ley ordinaria y que esa ley ordinaria deberá, en todo caso, respetar su «contenido esencial». Entendiendo por contenido esencial el conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible. Esto es, aquella parte del derecho que sea necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles resulten real y efectivamente protegidos ⁶⁸. Que duda cabe que una ley ordinaria que permite la finalización arbitraria de la relación laboral, no respeta, sino más bien vulnera directamente el contenido esencial de lo que el TC ha denominado como la garantía constitucional del derecho al trabajo.

⁶⁵ SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 166/1988, de 26 de septiembre, 266/1993, de 20 de septiembre y 90/1997, de 6 de mayo.

⁶⁶ STC 11/1981, de 2 de julio. FJ 8.º.

⁶⁷ Sección segunda del Capítulo II.

⁶⁸ STC 11/1981.

En segundo lugar, no hay que olvidar que además de ser un derecho en sí mismo, también opera como un derecho que habilita el ejercicio de otros derechos laborales o específicos y especialmente fundamentales o inespecíficos. Por lo tanto, también podríamos defender la nulidad del despido arbitrario por vulnerar derechos fundamentales, al privarle al trabajador el ejercicio de otros derechos fundamentales.

En tercer lugar, es difícil seguir manteniendo que el derecho a un trabajo digno no es un derecho fundamental, por su ubicación en nuestra Constitución nacional, cuando se han ratificado numerosas cartas y declaraciones internacionales que lo reconocen expresamente como tal. En este sentido es especialmente significativo el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, ratificado por España. «No se pondrá fin a la relación de trabajo de un trabajador, a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».

De este modo, se podrá seguir predicando el carácter meramente programático o rector de un genérico derecho de acceso al trabajo. Pero en ningún caso del derecho a no ser privado de un trabajo digno sin causa justa. Es decir, de manera arbitraria o discrecional. Ese derecho se garantiza o no se garantiza. Existe o no existe. Hasta el punto que algunas constituciones nacionales han optado por consagrarlo expresamente en sus preceptos. Caso de Argentina, etc.

Finalmente y al menos en cuanto aquellos supuestos que suponen un claro fraude de ley, cabría traer a colación un último argumento. En efecto, si el TS, como se ha visto, emplea el argumento del carácter taxativo de las causas de nulidad (arts. 53 y 55 del ET y 108 de la LPL) para negar la posibilidad de declarar nulo un despido fraudulento. Utilizando ese mismo argumento, cabría concluir que si bien es cierto que las causas de nulidad son taxativas y entre ellas no se encuentra el despido fraudulento, no es menos cierto que, en sentido contrario, también las causas de improcedencia se encuentran tasadas en los mismos artículos 55 del ET y 108 de la LPL. De tal forma que también suponen un *numerus clausus* entre las cuales tampoco se encuentra el despido fraudulento de forma expresa.

Por ello, se podría mantener que existe una laguna en el ordenamiento jurídico laboral en cuanto a la calificación que merece el despido fraudulento y como tal laguna deberá ser colmada acudiendo a la regulación específica del proceso de impugnación de sanciones. Ya que, en definitiva, el despido, además de ser un supuesto de resolución unilateral de la relación laboral, también constituye en definitiva la sanción máxima que el empresario puede imponer al trabajador (art. 58 del ET). Abocando entonces en la revocación total de la sanción y, en consecuencia, del despido. Bien, entendiendo que ante la falta de normativa laboral expresa⁶⁹, se debe acudir a la aplicación supletoria, en virtud del artículo 4.3 del CC, del artículo 6.4 del mismo texto legal y declarar en consecuencia la nulidad del despido. Lo que en definitiva se podría resumir como la necesidad, al menos, de reabrir el debate de la necesaria nulidad cuanto menos de los despidos realizados en fraude de ley, pero haciendo extensiva esa necesidad a los despidos arbitrarios en general.

⁶⁹ Exigencia que impone el TS. Así, a título de ejemplo, véase STS de 12 de diciembre de 1986, Ar. 7352.