

# Circunstancia. Año VII - N<sup>o</sup> 20 - Septiembre 2009

## Artículos

---

### LA REGULACIÓN DEL DESPIDO: FUNCIONES Y ARTICULACIÓN JURÍDICA (\*)

Jesús Cruz Villalón

---

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

- 1. Pluralidad de intereses en juego y complejidad regulatoria**
- 2. Un uso institucional desviado de la regulación legal del despido**
- 3. Principio de causalidad resolutoria y necesidades de flexibilidad empresarial**
- 4. Controles de procedimiento como garantías propias de un Estado de Derecho**
- 5. Las reglas indemnizatorias: fundamento y funciones.**

#### 1. Pluralidad de intereses en juego y complejidad regulatoria

La regulación del despido constituye una de las materias más discutidas del conjunto del régimen jurídico del contrato de trabajo, siendo hoy en día donde se concentran las tensiones más destacadas en cuanto a una posible reforma de la legislación laboral. Ello encuentra su explicación teniendo en cuenta que en el momento de la extinción contractual se manifiesta con particular agudeza la tensión y el contraste de intereses de los diversos protagonistas de las relaciones laborales. Dicho con cierta simplicidad, mientras que unos propugnan un sistema de restricción al máximo de las facultades resolutorias del empleador, en la medida en que se tiene la expectativa de que con ello se puede lograr una garantía de estabilidad en el empleo, con una estricta conservación de los puestos de trabajo existentes; por el contrario otros defienden un modelo de plena libertad de desistimiento contractual, en cuanto que ello proporciona dosis elevadas de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, como el régimen que en mayor medida favorece el incremento de la productividad y con la misma la competitividad de las empresas.

En cierto modo, la atención al momento extintivo se encuentra en instituciones muy variadas, que aparentemente no se relacionan directamente con la finalización del contrato de trabajo, sino todo lo contrario. Así, es obligado mencionar instituciones que aparentemente se presentan como reguladoras del inicio de la relación laboral, si bien materialmente tienen su mirada puesta en la fase final de la vida del contrato; piénsese, por ejemplo, en todo el conjunto de reglas relativas a las diversas modalidades de contratación temporal, que no hacen otra cosa que establecer un término o condición resolutoria específicos a los efectos del momento predeterminado de extinción del contrato de trabajo; o bien, en la fijación de la duración del período de prueba durante la fase inicial de celebración del contrato de trabajo, que a la postre no comportan otra cosa que prever un período de libre desistimiento empresarial y, por tanto, un régimen singular de extinción acausal del contrato de trabajo. De este modo, resulta considerablemente errónea la diferenciación que en ocasiones se lleva a cabo entre flexibilidad de entrada y flexibilidad de salida, al menos cuando con la primera de ellas se quiere aludir a las distintas modalidades de contratación que ofrece el ordenamiento jurídico, pues al final todo refiere a la flexibilidad de salida, a las mayores o menores facultades reconocidas al empleador al objeto de resolver el contrato cuando lo estime conveniente o necesario.

Es más, debe tenerse presente que la regulación del despido no produce efectos sólo sobre el momento puntual de la decisión empresarial de dar por concluida la relación laboral, sino que su influencia es tal que impacta sobre todo el tiempo de vigencia de la relación laboral, desde su nacimiento pasando por el conjunto de cambios que se puedan producir a lo largo de su ejecución.

A la postre, tras la regulación del despido se esconden en gran medida las posiciones de mayor o menor poder de las partes a lo largo de toda la vida del contrato, incidiendo sobre el reparto de poder entre las mismas tanto desde la perspectiva individual como desde la colectiva. Así, según la mayor o menor facilidad de despido de que gocen las empresas, o si se quiere a la inversa según las mayores o menores trabas que el ordenamiento imponga al empleador en su decisión de despedir, se situará en una posición de mayor o menor fortaleza contractual en la gestión cotidiana de sus relaciones laborales.

Siendo esto así, ha de partirse del reconocimiento de que se trata de una materia nada fácil de abordar, pues deben tomarse en consideración los múltiples efectos que produce un sistema dado de regulación del despido, debiendo proporcionar nuestro ordenamiento jurídico un régimen eficaz en orden a lograr un equilibrio razonable de los intereses en juego. Por ello, la primera conclusión a obtener de las consideraciones precedentes se cifra en advertir que la pluralidad de legítimos intereses en juego, unida a la necesidad de tomarlos en consideración todos ellos, nos conduce a una regulación ciertamente compleja, pues complejos son los problemas que se abordan, sin que quepan por desgracia en esta materia las recetas simplificadoras y reductivas de un asunto ciertamente delicado, por no decir el más delicado de toda la regulación laboral.

Eso sí, conviene advertir también que regulación compleja no implica necesariamente la existencia de un régimen inseguro en cuanto a sus reglas, engorroso en cuanto a su comprensión, burocratizado en cuanto a su procedimiento, lento en la tramitación del mismo, con elevados costes de transacción y, en definitiva, con altas

dosis de ineficiencia. Por el contrario, la complejidad de la regulación para atender a los diferentes intereses en juego no tiene por qué estar reñida con la agilidad en cuanto de su aplicación, a claridad de las facultades atribuidas a cada cual y a la facilidad aplicativa del sistema en cuanto a quienes asumen su gestión. En la medida en que se acierte en la técnica jurídica empleada y se precisen con rotundidad cuáles son las fronteras de actuación de cada uno de los protagonistas será perfectamente viable proporcionar una regulación que al tiempo atienda al conjunto de intereses en juego y se ofrezca un mecanismo de ejecución sin mayores dificultades aplicativas.

No obstante lo anterior, tampoco puede desconocerse que cualquier intento de adaptación de la regulación vigente a un razonable equilibrio de los intereses en juego, requiere también de un amplio acuerdo político y social en torno al contenido de la reforma a adoptar y, en particular, de los objetivos finales a perseguir con la misma. Por ello, de no insertarse la posible reforma dentro del marco de la concertación social, los efectos de los cambios siempre serán muy limitados y, en todo caso, sometidos al riesgo de que los llamados a aplicar la normativa y a controlar su aplicación procedan a efectuar un uso desviado de la reforma que en su caso se adoptase. La historia reciente en nuestro ordenamiento laboral así lo confirma con notable inmediatez.

## 2. Un uso institucional desviado de la regulación legal del despido

En concreto, no puede desconocerse que la evolución de pasado pesa en contra de la expectativa de proceder a racionalizar la regulación del despido actualmente vigente. En efecto, la intensidad de los intereses en juego a la que nos hemos referido con anterioridad es de tal magnitud, que en ocasiones ha provocado un fuerte bloqueo en las posiciones de las partes a la hora de abordar de la forma más coherente posible la materia. De este modo, la reforma de determinadas reglas relativas al despido se ha convertido durante largo tiempo entre nosotros en un gran tabú, en términos tales que han primado las desconfianzas a discutir de manera directa sobre el particular, lo que ha provocado bloqueos indudables a la hora de acometer una reforma eficaz de la materia.

Tan es así que, desde bastante tiempo atrás, y a la vista de las dificultades de alcanzar el consenso necesario en torno a un modelo integrado y coherente de despido, se ha actuado por vías indirectas, a través de mecanismos periféricos a la regulación más directa del despido, con lo cual los efectos en el medio y largo plazo han resultado negativos y, en todo caso, han desvirtuado la lógica para la que están previstas y concebidas las instituciones sobre las que se ha intervenido. Baste al efecto con citar los dos ejemplos más emblemáticos de ese uso distorsionado de ciertas instituciones laborales.

En primer lugar, bien conocido es como a lo largo de la década de los años ochenta, ante una renuncia por motivos bien diversos a reformar nuestra regulación sobre el despido, se optó por permitir un uso indiscriminado de la contratación temporal, de modo que la ruptura del principio basilar de la causalidad en la contratación temporal, permitió contratar temporalmente a un elevado número de trabajadores para ocupar puestos que por su propia naturaleza lo son de carácter estable dentro de la actividad productiva de la empresa. Con ello se desencadenaron unas tasas muy elevadas de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, que han rondado durante bastantes décadas en torno al 30 % del total de la población asalariada. Naturalmente, ello proporcionó una elevada flexibilidad empresarial, que permitió fáciles, rápidos y poco costosos ajustes de empleo de respuesta inmediata a las situaciones sobrevenidas de crisis, fuera ésta empresarial, sectorial o general. Eso sí, los costes indirectos y efectos negativos de esta fórmula han sido con el paso del tiempo mucho mayores, en cuanto a inseguridad en el empleo, segmentación laboral, intensa rotación en el mercado de trabajo, ausencia de reciclaje profesional, desincentivo de la productividad y de empleos más cualificados, entre otros factores contraproducentes. En definitiva, no es necesario entrar en mayores detalles al respecto, cuando en la actualidad constituye criterio casi unánime que debemos definitivamente acometer las medidas necesarias de reforma que nos conduzcan a una reducción relevante de nuestras tasas de temporalidad, eliminando por completo la temporalidad injustificada y, con ello, asimilar en este factor nuestro mercado de trabajo a lo que constituye la media de los países europeos.

En segundo lugar, cuando ya no resultaba defendible seguir concentrando los requerimientos empresariales de flexibilidad contractual sobre las tasas de temporalidad, y en cierto modo de nuevo a la vista de cierta imposibilidad de lograr el consenso en torno a un régimen integrado y coherente del despido, se optó por un uso desviado de la regulación del sistema legal del despido, consistente en situar el punto de atención y de referencia en la regulación del despido individual calificado legalmente como "improcedente". De este modo, el despido individual improcedente se ha convertido desde mediados de los años noventa en el mecanismo utilizado por excelencia por las empresas cuando se trataba de hacer frente a la necesidad de ajustes de empleo respecto de trabajadores contratados por tiempo indefinido. Por mucho que constituya una obviedad, es obligado hacer hincapié en el dato de que con ello se procede a efectuar despidos improcedentes en masa, que desde el punto de vista formal se consideran como resoluciones contractuales ilegales, pero que se presume que en muchas ocasiones se encontrarán plenamente justificadas desde la perspectiva material.

Hay, con ello, un evidente desajuste entre la funcionalidad para la que están concebidas ciertas regulaciones del despido y la utilización práctica que se hace de las mismas; cuestión que a mi juicio ni es menor ni se sitúa en el plano meramente del no respeto a lo jurídico. De un lado, con ello desaparece en la práctica para muchos supuestos la aplicación práctica de reglas asentadas en nuestro ordenamiento jurídico que atienden a ciertos legítimos intereses en juego: pierde sentido la diferenciación entre el despido causal y el desistimiento no justificado; a resultas de ello se eliminan los controles legales establecidos al efecto respecto de la decisión empresarial extintiva, sean estos controles sindicales, judiciales o administrativos; del mismo modo que se produce una intensa individualización de los despidos frente a fenómenos que presentan un cariz marcadamente colectivo. De otro lado, al articularse estos despidos, la mayoría de ellos plenamente justificados, por la vía despido improcedente, se les asigna una indemnización legal que está prevista inicialmente para conductas que tienen el carácter de ilegales, con lo cual no juegan las cifras de despidos razonablemente previstas para los despidos lícitos sino para los ilícitos; aparte de que en la práctica, con carencia de toda lógica, se abonan las mismas cuantías indemnizatorias por unos despidos que realmente son justificados respecto de otros que pueden

ser tanto formal como materialmente ilícitos.

El resultado final de todo ello ha sido un intercambio político poco fundamentado y razonable para los despidos de los trabajadores por tiempo indefinido: se ofrece un sistema de despido inmediato y sin controles a cambio de una cuantía indemnizatoria más elevada y en principio por encima de lo que resulta habitual en los países de nuestro entorno. A consecuencia de ello, en los últimos años el debate acerca de las posibles reformas del régimen del despido entre nosotros ha venido girando en torno a situar el punto de atención en la regulación del despido ilegal, cuando razonablemente debería situarse en el despido procedente.

Es a tenor de ello que, a nuestro juicio, todas las discusiones en torno al coste del despido se encuentran sesgadas y no toman como referente principal el modelo de contratación y de extinción fisiológico, situándose todo incomprensiblemente en el plano de lo patológico. Si se mantienen las altas tasas de rotación en el mercado de trabajo, a resultas de las a su vez elevadas tasas de temporalidad, afirmaríamos que el coste de los ajustes de empleo resulta claramente reducido, muy inferior a lo que constituye la media europea, sin que a nadie se le pueda ocurrir tachar a nuestro sistema legal como costoso en cuanto al despido. Por el contrario, si se atiende exclusivamente a los despidos individuales improcedentes de trabajadores contratados por tiempo indefinido con significativa antigüedad en la empresa, el coste de tales despidos ciertamente será bastante elevado, incluso injustificadamente elevado comparado con la media europea, si bien ello lo sea habiendo renunciado a aplicar las reglas legales relativas a los controles públicos y privados de adecuación de los mismos.

Por todo lo anterior, si se desea recomponer el sistema razonablemente, es imprescindible que cualquier discusión relativa a la reforma legal del despido se aborde desde el plano de una aplicación de las instituciones jurídicas conforme a los fines y funciones para las que están previstas, pues de lo contrario se mantendrán las distorsiones y efectos perversos que venimos sufriendo desde tiempo atrás. Sólo por la vía de reconducir la temporalidad a su espacio lógico y la tramitación de los despidos por la vía lícitamente prevista para la misma lograremos reequilibrar el sistema, modelando un mercado de trabajo mucho más razonable y que atienda al conjunto de intereses en juego.

Lo anterior, además de volver a identificar las todavía existentes válvulas de escape que siguen permitiendo un uso desmesurado de la contratación temporal, requiere una reconsideración de la regulación actual del despido en lo que se refiere tanto a las causas justificativas como a los procedimientos de tramitación y a los controles existentes al efecto; de hacerse esto, probablemente sería de todo punto innecesario retocar las actuales cifras indemnizatorias para las diferentes vías de despido y de resolución contractual, salvo en algunos casos puntuales tal como apuntaremos a continuación.

Es cierto que lo anterior constituyó el objetivo que resumía la actuación llevada a cabo sobre la regulación despido con ocasión de la reforma laboral de 1994. Esta, precisamente, pretendía superar la utilización de la contratación temporal como instrumento de ajuste del empleo, no actuaba sobre el despido improcedente sino sobre el procedente, intervenía sobre las causas y los procedimientos, sin necesidad de alterar las cifras claves relativas a las cuantías indemnizatorias. Sin embargo, a pesar de que la reforma de 1994 lo fue de profundo calado en muchos aspectos y tuvo un fuerte impacto sobre el mercado de trabajo, la misma no logró el éxito y los resultados que se perseguían en la materia objeto de tratamiento en estos momentos. Ello hace comprensible el cierto escepticismo que se advierte por algunos cuando se insiste en la necesidad de retomar aquella línea de actuación y, con ello, reconducir el modelo legal hacia la superación de las distorsiones legales y materiales por todos reconocidas. No obstante, entendemos que esta es la única línea de actuación que puede proporcionar una aplicación eficiente de la normativa laboral, logrando el razonable equilibrio de los intereses en juego. Para ello se trataría de ahondar en la dirección no lograda en la práctica por la reforma laboral de 1994, haciéndolo a partir de la constatación de cuáles pudieron ser las razones determinantes de su relativo fracaso en este punto.

Sin necesidad de entrar en mayores detalles, dos pudieron constituir las causas principales de la escasa eficacia práctica de la reforma laboral de 1994 en lo que afecta al modelo de extinción laboral.

De un lado, el carácter impuesto de la reforma desde los poderes públicos, que provocó una actitud de pasividad, cuando no de resistencia a su aplicación por parte de los interlocutores sociales; sobre todo, provocó una ausencia de convencimiento por parte de los interlocutores sociales respecto de las bondades de lo que se pretendía con la reforma, de modo que no la acompañaron ni desde la negociación colectiva, ni desde las prácticas de gestión empresarial de los recursos humanos, ni desde las políticas sindicales de participación en los procesos de consultas de las regulaciones de empleo. A la postre, estas estrategias empresariales y sindicales condujeron a mirar hacia otra dirección, sea insistiendo en la utilización contratación temporal como técnica de ajuste, sea en la opción por la canalización de las reestructuraciones hacia los despidos individuales improcedentes.

De otro lado, también es cierto que algunos de los aspectos de la reforma no acertaron desde el punto de vista técnico en el modo de articulación jurídica de lo que se deseaba lograr, tanto por lo que se refiere a la delimitación legal de las causas justificativas de las diferentes vías del despido como en lo que afecta a su tramitación procedimental. La conjunción de ambos factores determinó, a su vez, una pobre implementación de la aplicación práctica de la reforma legal, en términos tales que tanto los jueces como la Administración laboral no llegaron a asimilar el nuevo papel que se les asignaba, cuando menos no lo llegaron a hacer en la primera fase aplicativa de la reforma legal a la que nos venimos refiriendo.

Siendo esto así, la clave para lograr una reconducción del sistema en la práctica cotidiana no puede hacerse sino volviendo la mirada a lo que debe constituir el modelo fisiológico de gestión de los ajustes de empleo, sobre la base añadida de lograr superar los dos escollos aludidos a los que se enfrentó aquella reforma laboral.

Es en esa clave en la que procedemos a analizar las funciones desplegadas por la intervención legal en materia de despido, de las que se pueden deducir en cuáles otras por el contrario no resulta aconsejable desembocar.

### **3. Principio de causalidad resolutoria y necesidades de flexibilidad empresarial**

El establecimiento en la legalidad vigente de unas reglas más o menos precisas de causalidad en el despido, del que derive que sólo se admite el ejercicio por parte del empleador de la facultad extintiva cuando concurre alguna de las causas tipificadas legalmente, constituye una de las señas de identidad de la legislación laboral cuando menos en el conjunto de los países desarrollados. No se trata tan sólo de exigir en negativo que los despidos no incurran en conductas lesivas de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluidos los tratamientos discriminatorios, sino más allá de ello que deba concurrir en positivo una justa causa legalmente predeterminada que avale jurídicamente la licitud de la decisión empresarial. Ello es lo que determina, precisamente, el establecimiento en el ordenamiento jurídico de específicas y diferentes vías resolutorias del contrato de trabajo, cada una de ellas anudada a la concurrencia de una específica causa que faculta al empresario para romper su vínculo contractual. Con carácter general, la regulación por parte del ordenamiento jurídico de cualquier tipo de poderes unilaterales, sean éstos públicos o privados, va unida a una legitimación en atención a determinados fines así como a su compatibilidad con otros intereses posiblemente afectados, lo que desemboca por lógica natural en la precisa imposición de causas justificativas. Pero, más allá de ello, en el caso concreto del despido, el principio de causalidad encuentra un inmediato entronque con la protección de la tutela de la estabilidad en el empleo, en la medida en que se considera que sólo si concurre una causa justificativa debe perjudicarse la continuidad del trabajador en su empleo.

Prueba decisiva de ello es que los textos internacionales más significativos sobre la materia incorporan esta exigencia de la causalidad en el despido. Baste con citar los dos ejemplos más emblemáticos al respecto. De un lado, el convenio nº 158 de la OIT, sobre la terminación del contrato de trabajo, ratificado por España en 1985, de modo que como establece su art. 4 "no se pondrá término 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 otro lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que alcanzará plenos efectos vinculantes a partir de la definitiva aprobación del Tratado de Lisboa de la Unión Europea, en términos tales que su artículo 30 prevé literalmente que "todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales"; al contemplar esa categoría de los despidos "injustificados" lo es porque implícitamente está exigiendo para la legalidad de los mismos que se encuentren justificados. Pero, sobre todo, lo más relevante desde la perspectiva española es que el reconocimiento constitucional del "derecho al trabajo", previsto en el art. 35.1 CE, supone una tutela de este derecho tanto en el momento tanto de la incorporación al mercado de trabajo como en el momento de la extinción contractual, de lo que nuestro Tribunal Constitucional ha deducido la exigencia de causalidad en el ejercicio de las facultades de despido por parte del empleador. En definitiva, cualquier propuesta de reforma legislativa que se efectúe entre nosotros debe partir del establecimiento del principio de causalidad del despido con vistas a proteger en la medida de lo posible y de lo razonable la estabilidad en el empleo de los trabajadores ocupados. Lo contrario, la ausencia de causa, no supondría otra cosa instaurar un período de prueba permanente a lo largo de toda la vida de la relación laboral, algo que sólo es admisible como excepción en la primera fase de desarrollo del contrato.

Frente a ello, se suelen aducir de contrario varios argumentos de oportunidad, que no de legalidad, lo que no impide por nuestra parte admitir el peso y la necesidad de tomar en consideración tales elementos de necesario contrapeso.

De una parte, se suele señalar que las empresas requieren de dosis relevantes de flexibilidad al objeto de adecuar las dimensiones de sus plantillas a los cambios que se vayan produciendo en los incrementos y disminuciones de la oferta y demanda de la actividad productiva, particularmente necesaria esa flexibilidad en los momentos de excedentes de empleo que exigen de una respuesta inmediata de reducción del número de trabajadores ocupados. Ciertamente, el principio de productividad ha de estar necesariamente contemplado en la legislación laboral, permitiendo con la suficiente amplitud efectuar despidos cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A tal efecto sería conveniente reconsiderar los términos en los que se encuentra definida la causa objetiva en el texto legal que recoge el reconocimiento de la licitud del despido cuando la misma responde a necesidades de funcionamiento de la empresa o centro de trabajo, pues la misma presenta algunas insuficiencias y da lugar a no pocas dudas interpretativas. En todo caso, en los últimos años nuestro Tribunal Supremo ha realizado una encomiable labor de clarificación de la causa extintiva, siendo conveniente integrar en el texto legal lo que ya constituye doctrina jurisprudencial consolidada. Incluso, sería oportuno ir algo más allá de lo previsto por nuestra jurisprudencia, a los efectos de garantizar plenamente que allí donde las empresas requieran acudir a regulaciones de empleo, lo puedan hacer con plena seguridad y sin obstáculos legales. En particular, debe definitivamente abandonarse la idea de que el despido constituye la última medida a adoptar en la gestión empresarial, sólo admitida para responder a situaciones límites, de extrema gravedad y globales de la actividad productiva. En todo caso, cualquier reconsideración de la tipificación de los supuestos de hecho justificativos debe partir de la base de la previsión legal de una específica causa que lo habilita, por muy amplia que ésta sea.

De otra parte, se suele aducir que la dirección de la empresa es quien conoce con mayor profundidad y exactitud los requerimientos derivados de la gestión empresarial y, por ello, que nadie mejor que ella para decidir cuando precisa o no proceder a adoptar una medida de reestructuración empresarial que implique despidos en sus plantillas. Dicho de otro modo, se presupone que la totalidad de los empresarios adoptan sus decisiones en base a lo que interesa a sus empresas, por lo que sus opciones de reducción de empleo siempre estarán basadas en criterios objetivos y razonables; nadie mejor que ellos para valorar cuando conviene o no proceder a despedir. Dicho en términos jurídicos, ello comportaría defender que tras cualquier decisión extintiva empresarial concurre la necesaria causa justificativa, de modo que la normativa no debe hacer otra cosa que establecer una a modo de presunción legal "iuris et de iure" de justificación y, por ende, de licitud de todo despido empresarial. Así formulada esta regla, material y formalmente la misma supondría eliminar el principio de causalidad en la ejecución de los despidos, pues con ello se asumiría que el legislador no debería exigir la presencia de concretas causas justificativas de cualquier despido.

Más allá de lo ya dicho de que tal fórmula contradiría los textos internacionales y constitucionales antes aludidos, lo cierto es que puede resultar discutible incluso desde un punto de vista de oportunidad la conveniencia de la

eliminación de los controles causales a los despidos motivados en necesidades de funcionamiento de la empresa, pues siempre es oportuno constatar hasta qué punto la medida adoptada resulta proporcionada con la gravedad del deterioro empresarial advertido y hasta qué punto resulta más razonable adoptar otro tipo de medidas menos perjudiciales para el empleo, sin por ello olvidar que no se debe forzar situaciones ficticias o artificiales, que acaben perjudicando la competitividad empresarial. En particular, mientras que la decisión empresarial, por muy razonable que sea, valorará exclusivamente el interés inmediato de la concreta empresa, el poder público en el momento de establecer la regulación laboral pertinente en materia de despido también ha de tomar en consideración otros intereses generales y no sólo los relativos a la tutela de los concretos trabajadores afectados. Así, a mero título de ejemplo, mientras que en otros países europeos las situaciones de crisis de empleo se abordan con mucha mayor intensidad por medio de la adopción de otras medidas de reestructuración empresarial interna (salarial, de jornada, de movilidad, de suspensión contractual, de transmisión parcial de la empresa, etc.), entre nosotros se acude casi en exclusiva a un ajuste de empleo vía despidos. Mientras que para la concreta empresa puede resultar la opción óptima, por inmediatez y sencillez, acudir a la reducción de empleo vía despidos, otros intereses más generales del conjunto de la actividad económica pueden aconsejar primar en la medida de lo posible las fórmulas alternativas; y ello conduce, de nuevo por otra vía, en valorar la bondad de la presencia de una causa justificativa del despido más allá de la atención a los exclusivos intereses particulares de la empresa en cuestión. En otros términos, la causa justificativa puede en ciertas ocasiones constituir un factor de fomento razonable de la flexibilidad interna, no concentrando todas las opciones en el despido.

Desde otra perspectiva se suele apuntar que es ilusorio pretender que la norma legal sea un instrumento de garantía del mantenimiento de los puestos de trabajo, de modo que, por mucho que la norma lo pretenda frenar, cuando concurra una crisis de empleo en una determinada empresa, la misma está abocada a abordar la correspondiente regulación de empleo. Más aún, que los impedimentos que se pudieran establecer desde la norma al final serán contraproducentes, pues tan sólo ocasiona el efecto de intensificar la situación de deterioro económico de la empresa y, al final, abocan al cierre completo y definitivo de la misma. Ciertamente, la norma laboral no puede cumplir esta función de freno injustificado, siendo consiente que la misma como tal ni propicia la creación de empleo ni garantiza el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes. A la postre, la estabilidad en el empleo en todos sus términos tan sólo queda asegurada por un patrón de crecimiento económico estable y basado en criterios de productividad y competitividad de las empresas, siendo bien modesto el papel que a estos efectos pueda desempeñar la norma laboral. Naturalmente ello ha de influir sobre los términos en los que quede redactada la causa justificativa determinante del despido por causas empresariales, pero al propio tiempo ello por esencia no implica que tal circunstancia sea incompatible con la exigencia en términos legales de una causa justificativa para acometer un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, del mismo modo en que resulta conciliable con el establecimiento de mecanismos de control de la concurrencia de la citada causa.

Finalmente, también se suele aducir que la imposición de una causa de despido determinante de la decisión empresarial, como efecto derivado provoca una invitación a la intervención judicial de control; con ello se imputa que se produce un resultado de excesiva e indebida judicialización de los ajustes de empleo y, a como resultado de todo ello, un incremento de los tiempos de tramitación y de los costes del despido. No creemos por nuestra parte que sea ineluctable una relación mecánica y automática entre lo uno y lo otro, pues el establecimiento de una regulación legal que en particular incorpore la exigencia del principio de causalidad no está abocada a provocar ese resultado de judicialización de las discrepancias de intereses en el momento de la extinción contractual. Para empezar, esta preocupación por la posible judicialización se sitúan en la clave de pervivencia de uno de los defectos de distorsión a los que hemos aludidos con precedencia; en concreto, esta preocupación podría en su caso tener sentido de mantenerse la tónica de desviar las regulaciones de empleo colectivas hacia estrategias de individualización de las extinciones que responden a un escenario de naturaleza colectiva. Una de las claves se encuentra, pues, en superar esos desvíos indebidos hacia lo individual de lo que debería canalizarse por la vía de lo colectivo. Es cierto que el procedimiento colectivo no está exento de dificultades y, puede que por ello, se haya consolidado esa tendencia hacia la individualización; pero ello lo que requerirá será una reconsideración de las reglas de procedimiento de los sistemas de reestructuración de empleo colectivo, en los términos que intentaremos valorar sucesivamente, pero no en insistir en el error de mantener la técnica de individualización ante fenómenos de clara configuración colectiva.

Pero es más, incluso para aquellos supuestos que requieran continuar su tramitación como despidos individuales, la presencia de la causa no tiene qué conducir necesariamente a una indebida judicialización de las discrepancias entre las partes. La clave se encuentra sobre todo en que la redacción de la causa recogida en el texto legal sea suficientemente clara como para dar respuesta a la generalidad de las dudas que en estos momentos puede suscitar la aplicación práctica del supuesto legal, de modo que con ello se conozca por anticipado cuáles son las circunstancias determinantes de la justificación del despido, con lo cual las partes sepan de antemano con suficiente solvencia cuál va a ser la respuesta resolutoria del Juez, de modo que con ello no obtengan ventaja alguna de la reclamación judicial más allá de la prevista en la letra de la Ley. En suma, uno de los fines esenciales exigido a cualquier norma, y especialmente reclamable en este caso, es que la misma garantice con plenitud la necesaria seguridad jurídica, de modo que la certeza en la interpretación y aplicación de la norma convierta la reclamación judicial en un supuesto marginal, sólo para situaciones de conductas patológicas de las partes, con lo cual en definitiva quedarán conjurados esos presuntos riesgos de judicialización de las discrepancias de las partes en materia de despido. En la práctica totalidad de los países europeos donde rige un sistema de causalidad del despido la fórmula funciona sin que se produzcan estos posibles resultados de judicialización de los despidos, con lo cual no hay razones para lograr que también el modelo español se logre adecuar a lo que constituye regla generalizada en el resto de Europa.

#### **4. Controles de procedimiento como garantías propias de un Estado de Derecho**

Como se puede deducir de lo descrito con precedencia respecto de la exigencia de concurrencia de la causa, la misma comporta instrumentalmente el paralelo establecimiento de mecanismos de control, sean públicos o privados, de adecuación de los despidos a la legalidad vigente y en particular a la justificación del despido. El

control de la legalidad de los actos jurídicos constituye una regla básica y consustancial a cualquier Estado de Derecho, pues constituye la garantía por excelencia de que las reglas jurídicas han de cumplirse y todos somos iguales ante la Ley. Por ello, nuestro texto constitucional elevará al rango de derecho fundamental el reconocimiento de la facultad de todos los ciudadanos de acudir a los Tribunales de Justicia al objeto de reclamar la pertinente tutela judicial efectiva. Por mucho que para algunos pueda resultar engorroso, las garantías propias de un sistema democrático implican necesariamente el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo situarse pues el punto de mira en que tal derecho cumpla con eficiencia la función para la que es concebido, sin que un uso indebido del mismo produzca distorsiones injustificadas en el tráfico económico.

Más aún, no se trata tan sólo del establecimiento de instrumentos de control, ni siquiera el objetivo primordial de los trámites es éste. Los trámites formales en estos casos pretenden atender a los intereses de los perjudicados por la correspondiente pérdida de empleo, de modo que no soporten consecuencias negativas más allá de las directamente derivadas de la pérdida de su empleo. Pero, sobre todo, la contemplación en estos casos de trámites de procedimiento va dirigida a canalizar por la vía colectiva decisiones que tienen precisamente este alcance, fomentando que se contemplen en toda su complejidad los muy variados efectos que provoca una medida de regulación de empleo.

No al caso, una de las primeras intervenciones históricas por parte de las instituciones comunitarias en materia social lo fue ya en la década de los años setenta el establecimiento de reglas de armonización entre los Estados miembros de la Comunidad Europea de las regulaciones nacionales sobre los despidos colectivos, situándose el foco de atención en las reglas de tramitación de tales despidos; Directiva Comunitaria que con el paso de los años se ha ido perfeccionando y que en estos momentos goza de un elevado consenso entre los interlocutores sociales y los Gobiernos nacionales respecto a su idoneidad y acierto de sus objetivos. De manera resumida y por encima de todo se trata de una Directiva que pretende situar en el plano de lo colectivo aquellas reestructuraciones empresariales que comportan medidas de reducción de empleo de carácter colectivo, con una centralidad en toda la tramitación del período de consultas entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores. En concreto, un período de consultas que se pretende verse como mínimo "sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos" (art. 2.2). Adviértase que el objetivo perseguido con esta tramitación se concentra sobre todo en valorar todas las medidas a adoptar en el contexto de la reestructuración empresarial, el estudio de las posibilidades que proporcionarían medidas de flexibilidad interna alternativas, así como la elaboración de un plan social de acompañamiento que palie los efectos negativos soportados por quienes van a perder su empleo; destáquese que, en sentido contrario, ni se alude a la discusión de las causas justificadas de los despidos, ni en particular a una negociación de las cuantías indemnizatorias a percibir por los despedidos. En todo caso, lo decisivo es que la norma comunitaria con la interlocución sindical pretende que se desarrolle una consulta "con vistas a lograr un acuerdo" (art. 2.1). En la medida en que la medida de regulación de empleo se contempla como un mecanismo de reparto de sacrificios entre las partes, soportando ambas los riesgos derivados de una situación sobrevenida de crisis empresarial, se pretende articular ello por la vía de la corresponsabilidad mutua del conjunto de medidas de reestructuración necesarias y convenientes, lo que de lograrse aportará dosis superiores de consenso a la regulación de empleo y, con ello, expectativas superiores de buenos resultados de la misma en cuanto a la eficacia de las medidas que se adopten.

A tenor de todo lo anterior, el objetivo a lograr entre nosotros es el de colocar en lugar central los procedimientos colectivos de reestructuración empresarial, resistiendo a las fuertes inercias demostradas entre nosotros hacia la canalización de las extinciones contractuales por la vía individual, con una constatada tendencia a la huida de los procedimientos de regulación de empleo. Más allá de las comprensibles diferencias respecto de otros Estados, a resultas de la presencia de un fuerte peso entre nosotros de la microempresa que por lógica determina un mayor uso de las vías individuales, el contraste del muy reducido porcentaje de ajustes de empleo tramitados a través de los expedientes de regulación de empleo muestra un uso patológico de las instituciones jurídicas sobre el particular. Naturalmente, en la medida en que no logremos una convergencia efectiva en las tasas de temporalidad con el resto de Europa, los ajustes se seguirán llevando cabo de manera prevalente por canales individuales. Pero, además, también convendría repensar otra serie de reglas legales y de interpretaciones jurisprudenciales que no hacen otra cosa que fomentar las vías individuales en detrimento de las colectivas.

Hay que ser conscientes de que los procedimientos de regulación de empleo siempre comportarán mayores controles, sobre todo, la necesidad por parte de la empresa de intentar consensuar sus opciones de gestión de personal con la representación sindical, reduciendo con ello sus márgenes de discrecionalidad. En suma, desde el punto de vista empresarial siempre serán preferibles los canales individuales a los colectivos; circunstancia que necesariamente obliga a imponer con reglas imperativas los procedimientos colectivos frente a los individuales, cuando se estime que ello es aconsejable desde la perspectiva de la atención a los intereses generales.

Eso sí, también debe advertirse que esa propensión a la huida de los expedientes de regulación de empleo encuentra mayor intensidad en la medida en que la tramitación del procedimiento resulte lenta, poco ágil y, a la postre, desencadenante de mayores costes para las empresas. También sería oportuna una reconsideración de la funcionalidad desplegada en la práctica entre nosotros por parte tanto del período de consultas con los representantes de los trabajadores como de la intervención de la Administración laboral en el curso de los expedientes de regulación de empleo. En gran medida se trata de cambiar la cultura y las estrategias tradicionales de los protagonistas de los expedientes, al objeto de que su intervención se corresponda con lo que constituye el objetivo de la misma, a la luz de la ya mencionada Directiva Comunitaria. Se trata también de evitar que su protagonismo y las facultades que se le conceden sean utilizados con fines distintos a los concebidos por la Directiva y, por ello, que no se acentúen las distorsiones a las que venimos aludiendo a lo largo del presente texto. Por lo demás, no se trata sólo de un problema que se sitúe sólo en el plano del consenso social y en los cambios de actitudes de las partes, pues también la propia norma reguladora puede insistir en esa línea, de modo que sea igualmente oportuno llevar a cabo algunos retoques en la regulación, a través de los cuales se deje claro cuál es la función pretendida con el conjunto de reglas contempladas de tramitación del expediente y, en

particular cuáles deben evitarse. En especial, dejar claro que con el expediente ni se pretende establecer un procedimiento de entorpecimiento de los despidos colectivos necesarios y, por tanto justificados, ni se busca provocar un incremento de los costes conjuntos de los despidos colectivos, salvo los que deriven del establecimiento de un adecuado y efectivo plan social de acompañamiento.

## 5. Las reglas indemnizatorias: fundamento y funciones

Para concluir, unas breves consideraciones respecto de las funciones proporcionadas por la regulación legal que impone al empleador el deber de abono de una indemnización a los trabajadores que pierden su empleo, a resultas de los despidos sufridos. El régimen de las indemnizaciones resulta muy variado en cualquier sistema legal, por cuanto que no es lo mismo un despido justificado, que un despido ilegal; no es lo mismo un despido disciplinario derivado de un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador respecto de sus obligaciones contractuales que un despido objetivo por causas atinentes al funcionamiento de la empresa. En todo caso, comoquiera que nuestro objetivo es centrarnos en los mecanismos de ajustes de empleo derivados de situaciones de disminuciones en actividad de la empresa o de crisis empresarial, basta analizar en el sistema de indemnizaciones previsto para las mismas.

Desde este concreto punto de vista, las cantidades que puede percibir el trabajador con ocasión de la extinción contractual suelen cumplir funciones diferentes y complementarias, siendo oportuno llamar la atención respecto de las mismas al objeto de poder valorar la adecuación o no del régimen actual de las indemnizaciones a los requerimientos de nuestro mercado de trabajo así como a los intereses en juego.

Ante todo, conviene hacer hincapié en el hecho de que no puede confundirse la finalidad perseguida con el abono de las prestaciones por desempleo y las indemnizaciones por despido. Las prestaciones por desempleo del sistema público de Seguridad Social, aparte de constituir un mecanismo desde el punto de vista macroeconómico de estabilizador automático de mantenimiento del nivel de consumo general de la población, despliegan una función general de aseguramiento de quien pierde sus retribuciones básicas ante la correspondiente pérdida del empleo. La prestación por desempleo constituye un mecanismo de atención a las situaciones de necesidad de los desempleados, de solidaridad propia de un Estado Social de Derecho, de modo que se facilite un mínimo de ingresos económicos durante el período de búsqueda de empleo y de reincorporación al mercado de trabajo, del mismo modo que facilita que las transiciones en el mercado de trabajo sean menos traumáticas y se puedan atender a las necesidades de reciclaje profesional del trabajador.

Las cantidades percibidas por los trabajadores en concepto de indemnización por despido, de manera complementaria, pueden satisfacer también estos objetivos, pero su función determinante y lo que las justifica es algo bien diverso. Situándonos en el plano de lo jurídico contractual, en el caso de los despidos procedentes determinados por necesidades del funcionamiento de la empresa, estas indemnizaciones constituyen una compensación por daños y perjuicios, derivados de los sufridos por el trabajador a resultas de una pérdida de empleo no inherentes al mismo, es decir por causas ajenas a su voluntad, a sus actitudes y a sus aptitudes profesionales. Por ello, estas indemnizaciones resarcan de un daño objetivamente causado aunque no comporte una conducta ilícita por parte del empresario y, por ello, en términos jurídicos de califican como "indemnizaciones por despido". Así, no es en modo alguno correcto, como se ha hecho recientemente a través de algunos textos, hablar de "indemnizaciones por desempleo", pues lo que se resarce no es encontrarse en la situación de desempleo, sino el daño ya causado de haber perdido el empleo. Prueba de ello es que, por ejemplo, el trabajador percibe la indemnización completa, aun cuando a la semana siguiente de ser despedido encuentre un nuevo empleo, a diferencia de la prestación por desempleo que se percibiría tan sólo durante el tiempo exacto en la que el sujeto se encuentra en la situación de desempleo. Más aún la expresión "indemnizaciones por desempleo", aparte de equivocada, transmite la idea errónea de que las mismas cumplen las funciones de atender a la situación de carencia de empleo en la que se encuentra el despedido y, con ello, se da a entender que se está injustificadamente percibiendo una doble cantidad económica, una de mano del empleador y otra de parte de la Seguridad Social. En definitiva, al tener diferente causa justificativa, no resulta apropiada cualquier tipo de propuesta en orden a incrementar las prestaciones por desempleo a cambio de reducir las correlativas indemnizaciones por despido, que en algunas ocasiones puede estar subyaciendo como mensaje subliminal cuando se utiliza la expresión "indemnizaciones por desempleo"; esos potenciales "intercambios", a pesar de que desde el punto de vista del trabajador supusieran seguir recibiendo idéntica cantidad, irían en detrimento de la satisfacción de las funciones a las que responde la indemnización por despido.

Más aún, es que la indemnización por despido cumple otra relevante función en el juego de intereses entre las partes, incluso de posiciones de poder de las mismas en el seno de la relación laboral. En efecto, el establecimiento de una indemnización por despido pretende actuar como elemento de contención de la predisposición empresarial a reducir empleo en cuanto se produce una situación de dificultad, por limitada que ésta sea en cuanto a su duración o intensidad. Juega de este modo la indemnización como elemento indirecto de incentivo hacia una previsión de gestión empresarial de los recursos humanos en la empresa que haga innecesario acudir sistemática y cotidianamente a resoluciones contractuales. Dicho de manera vulgar, se trata de evitar que el empresario acuda a la primera de cambio a la medida resolutoria. En particular, a estos efectos, la indemnización por despido juega una útil función de incentivar a las empresas a emplear con mayor intensidad las fórmulas de flexibilidad interna, con un menor uso en la medida de lo posible de la flexibilidad externa. Prueba inversa de ello es que la actual intensidad en el uso de la contratación temporal y la existencia de unas cifras bien reducidas de indemnización en caso de extinción de estos contratos provoca hoy en día una preferencia inversa del ajuste vía contratación temporal en lugar del uso de las medidas de flexibilidad interna. Obviamente, no se trata de proponer incrementos en las indemnizaciones de las terminaciones de los contratos temporales, sino de lograr definitivamente reducir hasta cifras razonables nuestras tasas de contratación temporal.

Igualmente, la indemnización por despido cumple función parecida ahora desde la perspectiva del trabajador. En efecto, comoquiera que dichas cantidades tan sólo se perciben en caso de despido por parte del empleador, y en sentido negativo no se contemplan cuando la extinción contractual se produce a iniciativa del

trabajador, la indemnización por despido de manera indirecta puede funcionar como incentivo a la permanencia en la empresa, un modo de compromiso de permanencia del trabajador en la empresa y, por ende, evitar un incremento de la movilidad externa del trabajador para ser contratados por otras empresas. Prueba de ello es que en muchas ocasiones, para los trabajadores de particular cualificación o especialización, las empresas pactan con éstos trabajadores cantidades superiores a las legales en lo que se vienen a denominar como cláusulas de blindaje contractual. Ello explica, por ejemplo, que actualmente sea muy elevado el número de contratos de trabajo indefinidos celebrados conforme al tipo ordinario, es decir con la indemnización por despido improcedente más elevada, cuando formalmente se podrían haber celebrado sin duda a través del contrato indefinido de fomento del empleo, por tanto con la indemnización más reducida.

También conviene tener presente que aquellas empresas que llevan a cabo un uso recurrente de las regulaciones de empleo ocasionan mayores gastos públicos en prestaciones por desempleo, que asumen el conjunto de las empresas, circunstancia que puede aconsejar el mantenimiento de las indemnizaciones como contención de tales políticas de ajustes de empleo.

A la postre, con todo lo anterior se trata de recordar que las opciones óptimas desde el punto de vista concreto de cada empresa pueden inclinarse por un uso intensivo de las medidas extintivas, pero que al provocar externalidades negativas es conveniente establecer desde la Ley cierto tipo de frenos o reequilibrios, para lo cual la indemnización por despido cumple una funcionalidad propia y singular de manifiesta efectividad.

En todo caso, a la vista de estas específicas funciones que asume la indemnización por despido, a nuestro juicio resulta claro que la misma constituye un elemento imprescindible en la regulación de la resolución del contrato de trabajo, sin que la misma pueda ser sustituida por otras fórmulas, que en algunos casos se propugnan como alternativas. En concreto, no resultan asimilables las indemnización por despidos a cualquier fórmula de aseguramiento, a resultas de la cual el trabajador acabe por percibir las mismas cantidades de determinados fondos públicos o privados, pero que eliminen la presencia de un coste sobrevenido al empresario en el momento del despido. Tales fondos en ningún caso cumplen las funciones de condicionamiento del empresario en el momento de adoptar la decisión extintiva, motivo por el que nos pronunciamos a favor de la necesidad del mantenimiento de la indemnización por despido, con independencia de que pueda discutirse si la cuantía legalmente prevista resulta o no la adecuada para los fines perseguidos.

Por otra parte, al afirmar que las precedentes son las funciones concebidas legalmente para la indemnización por un despido derivado de una causa económica o empresarial, de resarcimiento de un daño objetivo, se está presuponiendo que nos referimos a un despido procedente y, por tanto, lícito. Un sentido diverso, por la concurrencia de un elemento adicional de culpabilidad, presenta la indemnización cuando el despido se califica como improcedente, pues se trata de sancionar una conducta que el legislador considera como ilegal y, en esa medida, es merecedora de ser penalizada con una cuantía de la indemnización considerablemente más elevada. Es precisamente por ello por lo que venimos defendiendo desde el inicio de este trabajo que constituye toda una distorsión que la práctica del sistema haya derivado en una utilización del despido improcedente para acometer despidos que en la mayoría de las ocasiones desde el punto de vista material se presume que pueden estar plenamente justificados y, por tanto, podrían ser legales a todos los efectos. Más aún, el sistema actual redobla sus distorsiones prácticas; por ejemplo, a la vista de que en el ámbito individual se están abonando las indemnizaciones superiores a los despidos improcedentes, ello presiona como efecto reflejo para que las representaciones sindicales se sienten con "argumentos" para reclamar también un incremento de las indemnizaciones legales en los expedientes de regulación de empleo; constituyendo todo ello un proceso que se retroalimenta, en el sentido de que a resultas de lo anterior, al pactarse indemnizaciones superiores en los expedientes de regulación de empleo, las empresas por su preferencia a la individualización de los despidos refuerzan el mantenimiento de las indemnizaciones previstas para los improcedentes.

Dicho en términos propositivos, es necesario romper el anterior círculo vicioso, de modo que el objetivo a lograr es que el procedimiento prevalente de extinción contractual sea aquél que de manera fisiológica utilice de forma generalizada técnicas que desemboquen en el despido procedente y, por tanto, se conviertan las indemnizaciones legalmente prevista para despido procedente en las cifras utilizadas de manera generalizada en la práctica. De este modo, si en los debates sobre la reforma laboral tomáramos exclusivamente como referencia las cifras indemnizatorias legales del despido procedente, es decir 20 días por años de antigüedad, en lugar del improcedente, probablemente la opinión casi unánime sería que el coste del despido se sitúa en cifras perfectamente homologables al resto de Europa y, por tanto, que no es preciso actuar legalmente sobre la cuantías indemnizatorias actualmente previstas.

Más aún, en muchas ocasiones se olvida que nuestra legislación laboral contempla para los despidos en empresas de menos de 25 trabajadores, el abono a fondo perdido por parte del Fondo de Garantía Salarial del 40 % de la indemnización por despido procedente, tanto si se trata de despido objetivo individual como de despido colectivo a través del expediente de regulación de empleo (art. 33.8 ET). Con ello, aun cuando el trabajador sigue percibiendo idéntica cuantía indemnizatoria, el pequeño empresario sólo llega a asumir una indemnización de 12 días de salario por año de antigüedad, cantidad ciertamente reducida y casi equiparada a las resoluciones de contratos temporales, exactamente igual a los extinciones de contratos temporales en los casos de las empresas de trabajo temporal. A pesar de ello, las indemnizaciones abonadas por este tipo de despidos hoy en día por el Fondo de Garantía Salarial son muy reducidas, prácticamente marginales, en la medida en que el sistema sigue pivotando sobre altas tasas de rotación de trabajadores temporales, así como de despidos individuales de indefinidos por la vía del reconocimiento de la improcedencia. Insistimos, en la medida en que logremos centrar el punto de mira en colocar como regla general el despido procedente, y como excepcional la indemnización del despido improcedente, quedará eliminada toda posible discusión acerca del coste del despido entre nosotros, a la vista del peso tan importante que tienen las pequeñas empresas en nuestro mercado de trabajo.

En la medida en que se logre centrar la atención en los despidos procedentes, quedarán en lugar más que secundario las cifras relativas a las indemnizaciones por despidos improcedentes, que a partir de entonces se podrán con naturalidad valorar como sancionadores de conductas efectivamente ilegales. Siendo ello así, lo que perderá todo sentido es la presencia de diferencias de cuantías entre el conjunto de despidos improcedentes, lo

cual sacara a la luz la irracionalidad de fijar una indemnización distinta según que se trate de indefinidos ordinarios y de los actuales indefinidos de fomento del empleo. Ahí sí que sería oportuna una reforma legislativa, en la línea de unificar las cuantías de la indemnización por despido improcedente.

Para concluir, la elevada preocupación por la fuerte segmentación de nuestro mercado de trabajo entre temporales y fijos, ha conducido a algunos a valorar que las diferencias existentes actualmente en las indemnizaciones por extinción contractual de unos y otros ahonda en la dualidad de nuestro mercado de trabajo, por cuanto que provoca el efecto de que en las situaciones de crisis empresarial los ajustes de empleo se concentran en primera instancia en los trabajadores temporales. A resultas de ellos, algunos propugnan la eliminación de las diferencias, por la vía de establecer un contrato único indefinido. A nuestro juicio con ello se confunden las consecuencias con las causas, en el sentido de que la diferencias entre temporales y fijos responden a circunstancias de fondo más profundas y no dependen tanto de la cuantía indemnizatoria.

De un lado, por supuesto que tenemos un problema de segmentación en el mercado de trabajo, pero ello no se resuelve con una actuación sobre los modelos jurídicos de contratación ni sobre las indemnizaciones previstas para las distintas modalidades contractuales, pues la segmentación proviene ante todo del patrón de crecimiento que nos hemos ido dando a lo largo del tiempo, de modo que sólo como un efecto de intensidad menor podríamos achacarlo a la tipología de contratación laboral existente en nuestra legislación.

De otro lado, lo importante no es lograr la estabilidad laboral formal sino la real. Por ello, un hipotético contrato único podría dar como resultado un sistema de contratación indefinida en lo formal, pero difícilmente reducirá la temporalidad en el empleo y la continua rotación laboral existente actualmente. Desde esta perspectiva no se aprecian los cambios: en el hipotético supuesto de instaurarse un modelo de contrato único, cuando una empresa apreciase la necesidad de proceder a reducir empleo, el ajuste siempre lo haría comenzando por aquellos trabajadores que supongan un menor coste de despido, por tanto comenzará por aquellos que ostenten en esos momentos la menor antigüedad en la empresa, de modo que los antiguos formalmente temporales pasarían a ser los contratados con menor antigüedad, pero a la postre manteniendo los esquemas de segmentación y recayendo la rotación sociológicamente sobre los mismos grupos de trabajadores, aunque lo sean formalmente todos ellos contratados por tiempo indefinido. Ni siquiera es descartable que el sistema de escalonamiento por antigüedad, tal como resulta propuesto, acabara desencadenando en la práctica un cálculo económico empresarial que aconsejara el despido de los trabajadores a partir de cierta antigüedad, resucitándose así una suerte de contrato temporal de fomento del empleo, hoy en día denostado por todos.

Por lo demás, la existencia de necesidades temporales de empleo de corta duración en las empresas constituye una realidad provocada por el propio funcionamiento de la actividad productiva, particularmente intenso en cierto tipo de sectores condicionados por una demanda de bienes o servicios de carácter estacional. Por ello, a nuestro juicio, constituye forzar las cosas pretender reconducir toda la contratación laboral a un modelo contractual único indefinido, cuando las empresa en un determinado porcentaje tendrán necesidad de acudir a fórmulas de contratación temporal limitada en el tiempo. La propia configuración en el Derecho Comunitario de una Directiva sobre contratos temporales, refleja la existencia de diferencias reales en el mercado de trabajo. Por esta razón, el fenómeno extendido de forma generalizada en el Derecho Comparado es la presencia en la práctica totalidad de los países europeos de modalidades contractuales distintas para el trabajo temporal y el indefinido, sin que las propuestas de contrato único indefinido, conviene subrayarlo, hayan llegado a materializarse en ninguna legislación laboral en Europa, a pesar de que se trata de una propuesta formulada por algunos sectores hace ya algunos años en ciertos países de nuestro entorno. Por tanto, no se trata de una propuesta original ni ha cuajado en ningún sitio cuando se ha formulado.

Con ello no queremos pronunciarnos acerca de si en nuestro actual sistema laboral existe o no un número excesivo de modalidades contractuales (en realidad basta con los dedos de una mano para contar aquéllas que tiene un uso significativo), pero desde luego lo que no puede pretenderse es acotarlo todo en un solo contrato. Y, a los efectos que estamos comentando aquí, no puede tratarse a efectos indemnizatorios por igual la contratación temporal y la indefinida, pues de lo contrario se estaría penalizando injustificadamente una fórmula de contratación necesaria como es la temporal.

Dicho de otra forma, lo excesivo en nuestro mercado de trabajo no es el número de modalidades contractuales y las diferencias indemnizatorias entre temporales y fijos, sino el importante volumen de empleo temporal que podría y se debería contratar de forma indefinida.

(\* ) El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional SEJ 2007-65814 sobre eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo", así como del complementario proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía nº 2008/33 sobre "eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: experiencias comparadas".

[Volver](#)

---

### Resumen:

Desde una perspectiva de análisis esencialmente jurídica, el presente estudio pretende resaltar la complejidad de la regulación del despido, a tenor de la variedad de funciones que debe garantizar la misma dentro de un modelo de Estado Social de Derecho, que debe atender a principios nada fácil de conciliar, como son los de productividad, causalidad del despido, compensación de daños y perjuicios, fomento de la movilidad interna en la empresa, atención a los riesgos de segmentación del mercado de trabajo, etc. En particular, se resaltan las distorsiones producidas en nuestro sistema legal, a resultas de haber hecho un uso indebido de la contratación temporal como mecanismo de respuesta a las adaptaciones estructurales de las plantillas de las empresas, así como de utilización de los mecanismos de despidos ilegales improcedentes para atender a necesidades justificadas de reducción de empleo en la empresa. A tenor de ello se formulan las medidas correctoras que se deberían adoptar y cuáles otras carecen de fundamento, cuando no pueden producir efectos

contraproducentes.

**Palabras clave:**

Legislación despido, mercado de trabajo, segmentación laboral, reforma laboral, eficacia normas laborales.

**Abstract:**

From a legal point of view, this report tries to make it clear that dismissal regulation is as difficult and complex as the different elements that take part in it are as well, being aware we are talking about a model based on a democratic and social government regulation type. That means it has to combine items such as productivity and competitiveness, dismissal justification, damage compensation, internal mobility and labour segmentation, not easy to put together. All of this has to do with the practical use of the temporary workers as a method of solving the redundancy situation in enterprises and also with the very often wrong use of unfair dismissal to face the real and justified need of dismissal. This essay is an attempt to point out some correct possibilities to do so and to show some others that should not be taken and, what is worse, produce unwanted effects in many cases.

**Keywords:**

Dismissal regulation, labour market, labour segmentation, labour reforms, labour law effectiveness.

[Volver](#)

Imprimir