

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE EN LA REFORMA LABORAL

REFLEXIONES SOBRE LOS INCENTIVOS EMPRESARIALES AL DESPIDO

XXIII Jornades Catalanes de Dret Social

Comunicación a la ponencia: "Les reformes laborals en temps de crisi: una visió crítica"

Anna GINÈS I FABRELLAS*

1. INTRODUCCIÓN

La actual crisis económica mundial esta afectando de forma especial al estado español como consecuencia de la elevada tasa de destrucción de empleo que ha generado, poniendo de relieve la fragilidad del modelo español de relaciones laborales. En este sentido, según datos de la última Encuesta de Población Activa, la cifra de paro de sitúa en 5.273.600 personas; cifra correspondiente a una tasa de paro equivalente al 22.85%.¹

La destrucción de empleo en el estado, sin embargo, no se ha realizado de forma homogénea entre las diversas figuras contractuales. Como muestran los datos que se exponen a continuación, la destrucción de empleo ha afectado, en primer lugar, a los trabajadores con contratos temporales y, en segundo lugar, a aquellos trabajadores, aún con contrato indefinido, con una antigüedad reducida en la empresa. Estos datos ponen de relieve la desigualdad frente al despido existente en el ordenamiento jurídico español, como ha puesto de relieve DESDENTADO BONETE,² y la dualidad del mercado de trabajo español.

En este sentido, del total de 1.471.800 beneficiarios de la prestación por desempleo en su modalidad contributiva, 623.000 (42,33%) llegaron como consecuencia de la finalización del contrato temporal. En este mismo período, 700.300 (47,85%) beneficiarios de la prestación por desempleo causaron derecho a la prestación como consecuencia de "otras causas", entre las que se incluye los despidos por causas objetivos, no superación del período de prueba y el denominado despido *exprés*. Mientras que

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona; anna.gines@upf.edu.

¹ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística (INE) correspondiente al cuarto trimestre de 2011, último período del que se disponen de datos (1.3.2012).

² Por todos, véase DESDENTADO BONETE, A., "Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas (1)", *Actualidad Laboral*, nº 11, 2010, p.4-5 (versión La Ley Digital).

únicamente 80.000 (5,44%) beneficiarios de la prestación causaron derecho a la misma como consecuencia de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE, en adelante).³

Como se deriva de los datos anteriores, y se analiza en mayor detalle a continuación, los ajustes de plantilla en el estado español no se canalizan mediante las vías del despido previstas a tal efecto (despido objetivo y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción), sino mediante la finalización del período del contrato temporal y el recurso al despido improcedente en su modalidad *exprés*.

En este contexto de crisis económica se ha aprobado el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (RDL 3/2012, en adelante), que tiene como objeto, según establece su propia exposición de motivos, *“crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores.”* La reforma laboral propuesta en este Real Decreto-ley trata de *“garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social,”* siguiendo así los mandatos de la denominada flexiguridad.

Entre otras cuestiones, el RDL 3/2012 incluye medidas que afectan a la extinción del contrato de trabajo, cuya finalidad es, según establece su preámbulo, *“favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral.”* Entre estas medidas se encuentra la disminución de la cuantía indemnizatoria del despido improcedente, que pasa de una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades a una indemnización de 33 días con un tope de 24 mensualidades (artículo 17, apartado siete).

El objetivo de la presente comunicación, que se presenta a las XXIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, es analizar la nueva regulación de la indemnización por despido improcedente introducida en el RDL 3/2012. La finalidad de la comunicación, que en ningún caso pretende realizar un estudio exhaustivo del despido, es apuntar algunas notas para el debate en relación con los efectos que la nueva regulación en materia de extinción del contrato de trabajo puede tener sobre los incentivos del empresario al despido.

³ Datos obtenidos del INE correspondiente al 2010, último período disponible (1.3.2012). Los datos en materia de beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo según causa del derecho son utilizados para analizar las formas de extinción de la relación laboral y su incidencia práctica, por cuanto las estadísticas en materia de despido son consideradas imperfectas.

A tal efecto, en primer lugar, se analiza la protección frente al despido sin causa contenida en las normas internacionales y, desde el análisis económico del derecho, las características que debe cumplir un adecuado esquema de extinción del contrato de trabajo. En segundo lugar, se analiza la regulación de la indemnización por despido improcedente previo a esta reforma laboral y sus efectos sobre los incentivos de las empresas a contratar y a despedir. En este mismo apartado, se analiza la nueva regulación de la indemnización por despido improcedente, teniendo en cuenta las demás modificaciones en materia de extinción del contrato de trabajo, y sus efectos sobre las decisiones empresariales de despido, comparándolo con la situación anterior. Finalmente, se exponen las conclusiones más relevantes alcanzadas del estudio.

2. DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

2.1. La protección frente al despido injustificado en las normas internacionales

La protección frente al despido injustificado, reconocida en importantes tratados internacionales ratificados por el estado español, es una manifestación importante del derecho del trabajo y de estabilidad en el empleo.⁴

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el estado español en 1976, obliga a los estados partes a reconocer el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y a tomar medidas adecuadas para garantizar dicho derecho (artículo 6).

Más concretamente en materia de despido, el Convenio nº 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 establece, en su artículo cuarto, que la terminación de la relación laboral únicamente puede proceder en supuestos de causas justificadas basadas en la capacidad o conducta del trabajador o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. El artículo 8 del convenio reconoce el derecho de los trabajadores despedidos injustificadamente a recurrir contra la decisión extintiva ante un organismo neutral. En estos supuestos, cuando dichos organismos consideren

⁴ GIL Y GIL, J. L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., *La protección contra el despido disciplinario*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, p. 39; GIL Y GIL, J. L., “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coordinadores), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, 2009, p. 403; MONTOYA MELGAR, A., “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coordinadores), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, 2009, p. 87; BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 52.

que, efectivamente, el despido es injustificado, tendrán facultad para, según la legislación del estado, proponer la readmisión del trabajador u ordenar a la empresa el pago de una indemnización adecuada o cualquier otra modalidad de reparación que se considere apropiada.

Finalmente, en este punto, es necesario mencionar la Carta Social Europea, todavía no ratificada por el estado español en su versión revisada de 1996, que establece que las partes firmantes se comprometen, siguiendo aquello establecido en el convenio de la OIT, a reconocer “*el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio*” (artículo 24). Asimismo, reconoce a los trabajadores despedidos sin razón válida una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

Como puede derivarse de la regulación en materia de despido contenida en las anteriores normas internacionales, un sistema de protección contra el despido injustificado debe cumplir tres condiciones para garantizar su eficacia: (i) justificación del despido, (ii) procedimientos que garanticen el respeto al anterior requisito y (iii) medidas de reparación del despido injustificado.

En este sentido, es posible afirmar que la regulación en materia de protección frente al despido contenida en el ordenamiento jurídico español cumple con dichas exigencias. En este sentido, se exige que el despido sea causal o justificado en incumplimientos del trabajador sancionables disciplinariamente o en causas objetivas por razones económicas, técnicas, organizativas o de protección. Asimismo, se exigen requisitos formales al acto del despido y se establecen procedimientos de impugnación del despido, así como consecuencias (readmisión o indemnización, según el caso)⁵ para los despidos injustificados.⁶

Las medidas de reparación del despido injustificado, como se analiza en mayor detalle a continuación, ocupan un papel central en el régimen jurídico de la protección contra el despido injustificado.⁷ En este sentido, la presente comunicación, como se ha mencionado anteriormente, se centra en el estudio de las medidas de reparación del despido injustificado existentes en el ordenamiento jurídico español y su modificación a raíz de la reciente reforma laboral, para determinar su incidencia en los incentivos empresariales al despido y en la protección frente al mismo.

⁵ En relación con esta cuestión, nótese que ninguna de las normas internacionales mencionadas en este apartado exige la readmisión obligatoria o forzosa del trabajador despedido, admitiendo, por tanto, la posibilidad de compensar el despido injustificado mediante el abono de una indemnización adecuada.

⁶ MONTOYA MELGAR, A., “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiguridad»”, *op. cit.*, p. 87.

⁷ GIL Y GIL, J. L., “La indemnización por despido improcedente”, *op. cit.*, p. 403.

2.2. Un modelo adecuado de protección frente al despido: sanción, compensación, flexibilidad e inversión

Una regulación adecuada en materia de despido debe cumplir, como han destacado varios autores cuatro funciones importantes: sanción, compensación, flexibilidad e inversión.⁸

En primer lugar, una regulación en materia de protección frente al despido debe evitar el ejercicio abusivo de la facultad empresarial de extinción de la relación laboral. Es decir, una regulación adecuada del despido debe contemplar medidas que dificulten, eviten o desincentiven el ejercicio de forma abusiva de la potestad del empresario de extinguir la relación contractual con el trabajador.

Existen dos tipos de medidas que permiten alcanzar esta primera función: (i) el establecimiento de causas que permiten el despido justificado, garantías formales y de procedimiento y el control judicial del despido y (ii) la imposición de una sanción frente al despido injustificado o improcedente.

La sanción frente a la improcedente, centrando el estudio al objeto concreto de la presente comunicación, debe tener entidad suficiente para resultar eficaz en términos disuasorios. Es decir, debe ser suficientemente elevada para desincentivar de forma real el uso inadecuado o injustificado del despido. En este sentido, cuanto mayor la indemnización establecida en supuestos de despidos improcedentes, menores serán los incentivos de la empresa de extinguir la relación laboral de trabajadores de forma injustificada. Y, por el contrario, cuando menor es la indemnización por despido improcedente, mayores son los incentivos empresariales de ejercer dicha facultad de forma abusiva.

En segundo lugar, una regulación adecuada en materia de despido debe cumplir una función de reparación o compensación del daño sufrido por el trabajador despedido como consecuencia de la pérdida de empleo.

La forma más completa de reparar dicho daño es la readmisión del trabajador y abono de los salarios dejados de percibir durante todo el período de extinción de la relación laboral. Sin embargo, es muy común que en la regulación sobre el despido se opte por reconocer una indemnización como medio para

⁸ Véase MALO OCAÑA, M. A., *Las indemnizaciones por despido: un problema de negociación*, ACARL, Madrid, 1998; GIL Y GIL, J. L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., *La protección contra el despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 130; GIL Y GIL, J. L., "La indemnización por despido improcedente", *op. cit.*, p. 403-446; DESDENTADO BONETE, A., "Ideas para una reforma del despido", *Diario La Ley*, nº 7368, 2010, p. 1-4 (versión La Ley Digital); DESDENTADO BONETE, A., "Crisis y reforma del despido...", *op. cit.*, p. 1-17; DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., "La reforma del despido en la Ley 35/2010", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Directores), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 65-115.

reparar el daño del trabajador despedido. Lo anterior sin perjuicio que en supuestos especiales o despidos motivados por causas especialmente reprobables (discriminación o vulneración de libertades fundamentales, en el caso español) se abogue por la readmisión forzosa del trabajador.

Determinar la cuantía concreta de la indemnización es cuestión compleja. Si la función de la indemnización por despido improcedente fuera compensar o reparar la totalidad del daño sufrido por el trabajador despedido, la indemnización debería ser equivalente a los salarios que el trabajador hubiera percibido de continuado trabajador por la empresa hasta su jubilación. Sin embargo, esta no parece ser una opción correcta debido a dos factores:

- Al momento de la calificación del despido no es posible conocer la extensión del daño efectivamente sufrido por el trabajador como consecuencia del despido. Es decir, no es posible determinar el tiempo que el trabajador hubiera continuado trabajando para la empresa, el tiempo que restará sin empleo, el salario percibido en el nuevo empleo y si éste será inferior al abonado por la empresa, etc.
- Sin embargo, incluso aunque fuera posible determinar la entidad real del daño sufrido por el trabajador despedido, ésta no sería íntegramente imputable al empresario, por cuanto existen múltiples factores que influyen en el alcance de dicho perjuicio: situación económica, formación del trabajador, percepción de prestación por desempleo y su cuantía, etc.

Es por este motivo que se reconoce una indemnización tasada por despido improcedente cuya finalidad es, a mi entender, compensar, no los perjuicios derivados del despido, sino la ruptura culpable del contrato de trabajo y ayudar al trabajador durante la situación de desempleo. La cuantía concreta de la indemnización debe ser suficientemente elevada para garantizar el efecto disuasorio apuntado anteriormente. A mayor cuantía indemnizatoria, mayor será la compensación del trabajador y protección frente al período sin empleo, y viceversa.

En tercer lugar, una regulación adecuada del despido debe permitir la extinción del contrato de trabajo por motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción para permitir a las empresas, de forma rápida y eficiente, ajustar sus plantillas a la realidad económica del momento. Es decir, la regulación del despido, además de proteger y compensar al trabajador como consecuencia del despido injustificado, debe atender a la propia función económica del contrato de trabajo, esto es, el rendimiento de la fuerza del trabajo. Por tanto, cuando los servicios prestados por parte del trabajador pierden utilidad patrimonial para el empresario, la regulación del despido debe permitir la extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio que, en determinados supuestos, puedan establecerse otras medidas alternativas.

Para garantizar esta tercera función, los costes del despido deben ser reducidos. Es decir, los costes administrativos o de procedimiento y la indemnización correspondiente en estos supuestos deben ser suficientemente reducidos para garantizar esta flexibilidad de la empresa para adaptar su plantilla a la coyuntura económica del momento. Cuanto mayor sean los costes derivados del despido justificado, mejor será la capacidad de la empresa para adaptarse a la coyuntura económica y viceversa.

En cuarto y último lugar, la regulación de protección frente al despido injustificado también cumple una función formativa. La protección contra el despido sin causa incentiva a las empresas a invertir en formación del capital humano.⁹ Las empresas tienen incentivos a formar a sus trabajadores para que puedan desarrollar su actividad de forma adecuada y evitar, así, abonar una indemnización por despido. En ausencia de indemnización por despido injustificado, no existirían incentivos a la inversión en formación de los trabajadores, provocando así una importante rotación en la mano de obra. En este sentido, la protección frente al despido debe ser suficiente para garantizar esta inversión empresarial y, incluso, de los propios trabajadores en formación.

3. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE E INCENTIVOS A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

A continuación se analiza la regulación contenida en el ordenamiento jurídico español en materia de despido con el objetivo de determinar si cumple o no con dichas funciones de sanción, compensación, flexibilidad e inversión.

En términos generales, la regulación del despido del ordenamiento jurídico español parece cumplir, aunque con las importantes limitaciones que se analiza a continuación, dichas funciones. En primer lugar, el despido es causal, por cuanto únicamente se permite el despido basado en circunstancias establecidas en la ley, afectando de esta manera la función de evitar el abuso de la facultad empresarial de extinción del contrato de trabajo. En segundo lugar, las consecuencias frente al despido improcedente son la readmisión del trabajador, en supuestos de despidos discriminatorios, o el establecimiento de una indemnización, cumpliendo así con las funciones de sanción, compensación e inversión. Finalmente, se establece un procedimiento y cuantía indemnizatoria significativamente inferior a la correspondiente por despido improcedente en supuestos de despidos por causas objetivas, fomentando así la flexibilidad de la empresa para ajustar su plantilla a la coyuntura económica del momento.

⁹ MALO OCAÑA, M. A., *Las indemnizaciones por despido*, op. cit., p. 25-26; HOFER, H., "La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria", *Relaciones Laborales*, nº 9, 2010, p. 1 (versión La Ley Digital).

Sin embargo, ¿es la cuantía de indemnización por despido improcedente suficiente para garantizar estas funciones? El cumplimiento simultáneo de éstas exige soluciones opuestas en relación con la cuantía de la indemnización. Por un lado, la indemnización debe ser elevada para responder la función sancionadora, compensadora e inversora, mientras que, por el otro, debe ser reducida para garantizar la flexibilidad en la empresa.

Esta es la cuestión que se aborda en el presente apartado. En primer lugar, se analiza la regulación en materia de despido contenida en el ordenamiento jurídico español con anterioridad a esta reciente reforma laboral y, en segundo lugar, la regulación actual en esta materia introducida por el RDL 3/2012.

3.1. Indemnización por despido improcedente antes de la reforma laboral 2012: preferencia por el despido *exprés*

El Estatuto de los Trabajadores, con anterioridad a las modificaciones introducidas por el RDL 3/2012, establecía que, en supuestos de despido improcedente, el empresario podía optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, o el abono de una indemnización equivalente a 45 días por año de servicio, hasta un máximo de 42 mensualidades, también con abono de los salarios de tramitación correspondientes (artículo 56.1 ET).

Es decir, con la anterior regulación, en supuestos de despidos improcedentes el empresario tenía la opción de optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización tasada y, en ambos casos, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia.

No obstante lo anterior, en relación con los salarios de tramitación, es importante exponer brevemente la anterior regulación contenida en el apartado segundo del artículo 56 ET que regulaba el denominado despido *exprés*. Según este precepto, cuando el empresario reconocía la improcedencia y depositaba en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador la indemnización correspondiente en el plazo de cuarenta y ocho horas desde el despido, no se devengaban salarios de tramitación. Es decir, en estos supuestos, el empresario únicamente debía abonar la indemnización correspondiente al despido improcedente, y eludir su obligación de pagar los salarios de tramitación.

Analizada, de forma muy esquemática, la regulación en materia de protección contra el despido improcedente vigente con anterioridad al RDL 3/2012, procede ahora determinar si este modelo de despido cumple con las funciones de compensación y sanción analizadas anteriormente.

En este punto, DESDENTADO BONETE concluye que la regulación española en materia de despido no cumple las funciones sancionadora ni compensadora.¹⁰ Entiende que la indemnización por despido improcedente no repara el daño producido por el trabajador despedido, dado que, al tener en cuenta la antigüedad para el cómputo de la indemnización, su efecto compensatorio depende del caso concreto. Relacionada con esta cuestión, este autor afirma que tampoco se cumple con la función disuasoria, por cuanto únicamente desincentiva a la empresa cuando se obliga a la readmisión del trabajador o la indemnización correspondiente es elevada (por serlo también la antigüedad del trabajador despedido).

Desde mi punto de vista, como se ha mencionado anteriormente, la indemnización por despido no tiene la finalidad de compensar íntegramente el perjuicio sufrido por el trabajador, por los motivos antes expuestos, sino compensar por la extinción culposa e injustificada del contrato de trabajo y ayudar al trabajador en el período de búsqueda de un nuevo empleo. En este sentido, a mi entender, la indemnización de 45 días por año de servicio parecía cumplir con esta función. Sin embargo, siguiendo lo apuntado por DESDENTADO BONETE, el uso del factor antigüedad para el cálculo de la indemnización no permite cumplir adecuadamente con la función sancionadora o disuasoria, por cuanto el despido es barato en relación con aquellos trabajadores con una antigüedad en la empresa baja.

Antes de poder entrar a analizar si esta regulación resultaba suficiente o no para garantizar la función indicada en el apartado anterior de flexibilidad para garantizar el ajuste rápido y eficiente de las plantillas a la coyuntura económica es necesario mencionar brevemente la regulación del despido colectivo contenida en el artículo 51 ET con anterioridad a la reforma.

El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se sometía, con anterioridad a la reforma, a un régimen de autorización administrativa. Según el anterior redactado del artículo 51.6 ET, *“cuando el período de consultas [entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores] concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial.”* En supuestos de despidos colectivos, la indemnización correspondiente es equivalente a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Es importante hacer esta breve referencia a la regulación del despido colectivo por cuanto un sector de la doctrina iuslaboralista, entre los que cabe destacar a DESDENTADO BONETE, la ha identificado como el fallo más grave de la regulación del despido en el ordenamiento jurídico español.¹¹

¹⁰ Véase, por todos, DESDENTADO BONETE, A., “El despido, la crisis y la reforma laboral”, *Diario La Ley*, nº 7337, 2010, p. 1-4 (versión La Ley Digital) y DESDENTADO BONETE, A., “Crisis y reforma del despido...”, *op. cit.*, p. 1-17.

¹¹ DESDENTADO BONETE, A., “Crisis y reforma del despido...”, *op. cit.*, p. 5.

La regulación del despido colectivo y la exigencia de autorización administrativa generaban importantes disfunciones por cuanto las negociaciones entre la empresa y los representantes de los trabajadores se centraban en incrementar la indemnización legalmente establecida con el objetivo de garantizar el acuerdo y, por tanto, la autorización administrativa.¹² Es decir, la práctica demostraba que en el período de consultas se negociaban indemnizaciones significativamente superiores a las legalmente establecidas por despidos objetivos, asimilándolas a la indemnización correspondiente por despido improcedente, con el objetivo de asegurar la autorización del despido.

Esta necesidad de reconocer indemnizaciones superiores a las establecidas legalmente para garantizar el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, juntamente con los costes administrativos y procedimentales de dicha modalidad extintiva, explica porque existía una clara preferencia empresarial por el despido *expres* a la hora de ajustar las plantillas a la situación económica.¹³ Es decir, las empresas preferían realizar los ajustes de plantilla mediante el despido *expres*, aun a costa de abonar indemnizaciones superiores, por cuanto el despido colectivo, teniendo en cuenta que también se traducía en indemnizaciones superiores a las establecidas legalmente y la existencia de costes de procedimiento, resultaba más caro. En este sentido, DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA identifican el problema de la siguiente manera: “[e]l problema es muy sencillo y se resume así: hemos conseguido que sea más rápido y más barato despedir de forma improcedente que arriesgarse a hacerlo de forma procedente.”¹⁴

En este punto, es interesante recordar los datos mencionados al principio de esta comunicación: según datos de 2010, únicamente el 5,44% de los beneficiarios de la prestación por desempleo causaron derecho a la misma como resultado de un ERE, mientras que los procedentes del denominado despido *expres* representan el 47,85%.

Por consiguiente, es posible afirmar que la regulación del despido en el ordenamiento jurídico español no cumplía adecuadamente con la función de facilitar el ajuste de plantillas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Aunque dichos ajustes se produjeron efectivamente, así lo ponen de relieve los datos de ocupación y paro, no se realizaron por la vía correspondiente para ello, sino mediante la terminación de contratos temporales y el despido *expres*.

¹² MALO OCAÑA, M. A. y TOHARIA CORTÉS, L., *Costes de despido y creación de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 58; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El despido disciplinario y la “modernización” del derecho del trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coordinadores), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, 2009, p. 55.

¹³ MALO OCAÑA, M. A., *Las indemnizaciones por despido*, *op. cit.*, p. 37; DESDENTADO BONETE, A., “Crisis y reforma del despido...”, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, *op. cit.*, p. 66.

Las limitaciones a los ajustes justificados de plantillas generaban, a su vez, importantes disfunciones en el mercado de trabajo: el empresario evita el empleo de contratos indefinidos y la consolidación de la antigüedad para, en caso de necesidad de ajustes de plantilla en el futuro, evitar pagar indemnizaciones elevadas, causando la consiguiente precariedad y dualidad en las relaciones laborales.¹⁵

3.2. Indemnización por despido improcedente en el Real Decreto-ley 3/2012: efectos del abaratamiento del despido injustificado

En este contexto descrito en el apartado anterior, se aprueba el ya citado Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que, entre otras cuestiones, introduce modificaciones importantes en la regulación del despido.

En el mismo sentido que el análisis apuntado en el apartado anterior, la exposición de motivos del RDL 3/2012 establece que “[l]as características del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha relevado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. De ahí seguramente la tendencia de alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral.”

Una de las modificaciones importantes introducida por el RDL 3/2012 es la reducción de la indemnización por despido improcedente. Concretamente, el artículo 17, apartado siete, del RDL /2012 modifica el artículo 56.1 ET y establece que en supuestos de despido improcedente “el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio... hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.”

Asimismo, el apartado octavo de este mismo precepto modifica la regulación de los salarios de tramitación contenida en el artículo 56.2 ET, limitándolos a los supuestos en que el empresario opte por la readmisión del trabajador despedido o cuando el despido es calificado como nulo. La justificación de esta medida se encuentra en el hecho que, según establece nuevamente la propia exposición de motivos del RDL 3/2012, “el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida de empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.”

¹⁵ DESDENTADO BONETE, A., “Crisis y reforma del despido...”, *op. cit.*, p. 5.

Finalmente, es importante destacar, a efectos del objeto de esta comunicación, que el RDL 3/2012 también ha introducido modificaciones muy importantes en relación con el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Entre otras cuestiones, debe destacarse (i) la reformulación de las causas que permiten acceder a esta modalidad de extinción del contrato de trabajo y la supresión del criterio finalista de estos despidos para garantizar la viabilidad de la empresa y (ii) la supresión de la autoridad laboral para acceder a dicha modalidad extintiva del contrato de trabajo.

Como puede observarse, el RDL 3/2012 ha introducido modificaciones importantes en la regulación del despido. En primer lugar, ha abaratado el coste por despido improcedente. Mediante la (i) reducción la indemnización correspondiente a 33 días por años de servicio, con un máximo de 24 mensualidades y (ii) supresión de los salarios de tramitación, el coste del despido improcedente es significativamente inferior al existente con anterioridad a dicha reforma laboral. En segundo lugar, también ha reducido el coste del despido colectivo. La reformulación de las causas y la supresión de la autorización administrativa, a pesar de las múltiples críticas y consideraciones que proceden, cuyo análisis escapa claramente del objeto de la presente comunicación, ciertamente parecen reducir los costes asociados a dichas modalidades de despido.

Desde mi punto de vista, la reducción de la indemnización por despido improcedente tendrá, a mi entender, dos efectos importantes sobre los incentivos de la empresa en materia de despido:

- Incremento de los incentivos empresariales al despido improcedente para realizar ajustes justificados y procedentes de plantilla. La reducción de la indemnización por despido improcedente permitirá realizar despidos, incluso procedentes, de forma más económica que hasta la actualidad. Es cierto, no obstante, que las modificaciones introducidas en la regulación del despido colectivo reducirán estos incentivos, por cuanto resulta ahora más atractivo para las empresas el acceso a esta vía. Sin embargo, resta por ver cuál será el efecto real del abaratamiento del despido improcedente, por cuanto es posible, si las medidas introducidas en el despido colectivo no son suficientemente atractivas para las empresas, que se incentive todavía más el empleo del despido improcedente como vía para realizar despidos colectivos procedentes.
- Reducción significativa del efecto disuasorio de la indemnización por despido improcedente de evitar abusos por parte del empresario en materia de extinción injustificada de los contratos de trabajo. Esta reducción de los incentivos que debe sumarse a los ya pocos efectos disuasorios que disponía la indemnización por despido improcedente en supuestos de despidos de trabajadores con una antigüedad reducida.

4. CONCLUSIONES: ¿POR QUÉ ABARATAR EL DESPIDO IMPROCEDENTE?

A modo de conclusión, el RDL 3/2012 ha introducido modificaciones importantes en la regulación del despido improcedente y colectivo: reducción del coste del despido.

- Abaratamiento del coste por despido improcedente. Mediante la (i) reducción la indemnización correspondiente a 33 días por años de servicio, con un máximo de 24 mensualidades y (ii) supresión de los salarios de tramitación, el coste del despido improcedente es significativamente inferior al existente con anterioridad a dicha reforma laboral.
- Reducción del coste del despido colectivo. La reformulación de las causas y la supresión de la autorización administrativa, a pesar de las muchas críticas y consideraciones que puedan realizarse, cuyo análisis escapa del objeto de este estudio, reduce los costes asociados al despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Ante estas modificaciones, la pregunta que debe formularse es la siguiente: si el problema, como se ha analizado en esta comunicación, se encontraba en la regulación del despido colectivo, ¿qué ha motivado la modificación de la indemnización por despido improcedente? ¿Por qué quiere la reforma laboral abaratar el despido improcedente? ¿Por qué quiere el RDL 3/2012 reducir el coste del incumplimiento?

Una respuesta a estas preguntas podría ser que la reducción de la indemnización por despido improcedente, en cuanto cuantía máxima legal que puede llegar a abonar el empresario, supondrá la disminución de las indemnizaciones por despidos colectivos pactadas entre empresa y representantes de los trabajadores.¹⁶ Siendo cierto este análisis, a mi entender, no puede aceptarse como respuesta correcta. Si esta es la justificación, la medida adoptada no resuelve el problema de fondo. La reducción de la indemnización por despido improcedente no soluciona, por sí sola, la falta de flexibilidad existente en la regulación del despido que permita a las empresas ajustar sus plantillas de forma rápida y eficiente a las necesidades del mercado. Esto es debido a que, aunque se reduce la indemnización pactada, las empresas continúan abonando indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas. Entonces,

¹⁶ En este sentido, Malo Ocaña previó, en relación con la nueva modalidad de contrato indefinido introducido en 1997 que incluía una rebaja en la indemnización por despido improcedente de 45 a 33 días por año de trabajo, una disminución en las indemnizaciones acordadas por la empresa y representantes legales de los trabajadores en los despidos colectivos. “*El modelo teórico establece que la indemnización pactada depende en buena medida de la valoración más alta que del despido hace la empresa, que se ha considerado que es, principalmente, el resultado judicial esperado (la indemnización de improcedencia multiplicada por la probabilidad de improcedencia, menos el coste fijo para el trabajador de ir a juicio)*” (MALO OCAÑA, M. A., *Las indemnizaciones por despido*, op. cit., p. 76).

¿por qué no se han adoptado otras medidas conducentes a garantizar la flexibilidad en el ajuste de plantillas en supuestos de necesidades económicas, técnicas, organizativas y de producción?

Además, la anterior respuesta implica que las medidas adoptadas en relación al despido colectivo no son suficientes para reducir su coste y, por tanto, canalizar los ajustes de plantilla por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a esta vía extintiva de la relación laboral. Si esto es así, ¿por qué no adoptar las medidas necesarias para alcanzar este objetivo? Si, por el contrario, se considera que las medidas adoptadas en relación con el despido colectivo son suficientes, entonces, nuevamente, ¿por qué abaratar el coste del despido improcedente? De hecho, si el problema radicaba que “*hemos conseguido que sea más rápido y más barato despedir de forma improcedente que arriesgarse a hacerlo de forma procedente*”,¹⁷ ¿por qué abaratar todavía más el despido improcedente? La lógica nos indica que, para desincentivar el uso del despido improcedente como mecanismo de ajuste de plantillas, debería incrementarse la indemnización en estos supuestos.

Tampoco el argumento de la reducción de la dualidad existente en el mercado laboral español, como establece la exposición de motivos del RDL 3/2012, es convincente. Si la nueva regulación del despido colectivo es suficiente para garantizar el ajuste rápido y eficaz de la plantilla y se han reformulado las causas para otorgar mayor seguridad jurídica, ¿por qué se considera que todavía existirá aversión empresarial al contrato indefinido?

Como puede observarse, el objetivo real del RDL 3/2012 no parece ser, como afirma su exposición de motivos, la flexiguridad. La flexiguridad, como es bien sabido, exige un equilibrio entre la flexibilidad en la protección del empleo, el alcance de la protección social y la eficacia de las políticas activas de empleo. Modificar únicamente uno de los elementos de la ecuación, como es en este caso, la reducción de la indemnización por despido, va en claro detrimento de la protección de los derechos de los trabajadores.¹⁸

En la reforma laboral introducida por el RDL 3/2012 únicamente se introducen reformas en el ámbito de la flexibilidad, sin las correspondientes contrapartidas en materia de seguridad. Por consiguiente, parece ser que su objetivo real, lejos de la creación de empleo y flexiguridad, se encuentra en el abaratamiento del despido, no únicamente objetivo, sino también improcedente; el abaratamiento del incumplimiento empresarial. Pero, ¿cuánto más necesitan infringir las empresas españolas para que se les deba abaratar el incumplimiento?

¹⁷ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Directores), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 66.

¹⁸ GIL Y GIL, J. L., “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coordinadores), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, 2009, p. 415.

Desde mi punto de vista, una reforma de la regulación del despido deberían ir dirigida a, en primer lugar, reconocer una indemnización por despido improcedente elevada para garantizar su función disuasoria o sancionadora y compensar al trabajador por la extinción culpable del contrato de trabajo. En este sentido, coincido completamente con la afirmación según la cual “no debería importarnos que el coste del despido sea elevado si se aplica a los despidos improcedentes, porque con un coste alto se cumple mejor la función disuasoria frente a los despidos arbitrarios”. Y, en segundo lugar, deberían introducirse medidas suficientes para garantizar el ajuste de plantillas por parte de las empresas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción de forma rápida y con un coste razonable al margen de la contratación temporal y/o el despido improcedente.

5. BIBLIOGRAFÍA

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

DESDENTADO BONETE, A., “Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas (1)”, *Actualidad Laboral*, nº 11, 2010, p. 1-17 (versión La Ley Digital).

DESDENTADO BONETE, A., “El despido, la crisis y la reforma laboral”, *Diario La Ley*, nº 7337, 2010, p. 1-4 (versión La Ley Digital).

DESDENTADO BONETE, A., “Ideas para una reforma del despido”, *Diario La Ley*, nº 7368, 2010, p. 1-4 (versión La Ley Digital).

DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Directores), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 65-115.

GIL Y GIL, J. L., “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coordinadores), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, 2009, p. 403-446.

GIL Y GIL, J. L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., *La protección contra el despido disciplinario*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

HOFER, H., “La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2010, p. 1-13 (versión La Ley Digital).

MALO OCAÑA, M. A. y TOHARIA CORTÉS, L., *Costes de despido y creación de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

MALO OCAÑA, M. A., *Las indemnizaciones por despido: un problema de negociación*, ACARL, Madrid, 1998.

MARÍN MORAL, I., "La indemnización por despido", en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Director), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 639-724.

MARÍN MORAL, I., *La indemnización por despido*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

MONTOYA MELGAR, A., "Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiguridad»", en GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coordinadores), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, 2009, p. 87-109.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El despido disciplinario y la "modernización" del derecho del trabajo", en GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coordinadores), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, 2009, p. 39-58.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A., "El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo: comentario a la STS de 11 marzo 2004", *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004, p. 1-13 (versión digital).