

El coste del despido individual sin causa justificada en España

Balance de situación y propuesta de reforma para su adecuación a la carta social europea revisada

“La inexistencia de una reacción adecuada contra el despido... debilitaría peligrosamente la constancia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho..., cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador... máxime si ello acontece a título individual y no colectivo (SSTC 123/1992, 98/1993 y 177/1993). Estas reflexiones reconducen el discurso a la igualdad efectiva, traída a cuento en un principio.”

STC 20/1994, 27 de enero (FJ 2, párrafo segundo, in fine)

“El régimen jurídico del despido en España es un ejemplo clamoroso de ineficacia de las normas o, lo que es más grave, de una ineficacia de las normas programada por el propio Derecho que parece sometido a un trastorno bipolar: máxima protección para unos trabajadores y protección mínima o nula para otros”

Aurelio DESDENTADO BONETE. “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España”.

En AAVV (2011). (Dir. ID- Coord.: Ana De La Puebla Pinilla). *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral*. Un análisis desde el Derecho y la Economía, Lex Nova, Valladolid, p. 31.

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN: DE LAS REFORMAS DEL DESPIDO SIN CAUSA EMINENTEMENTE IDEOLÓGICAS A LA REFORMA DE RACIONALIDAD JURÍDICO-ECONÓMICA	4
2. EVIDENCIA JURÍDICA DE PARTIDA: EL MODELO NORMATIVO ESPAÑOL ES LA HISTORIA DE UNA PROGRESIVA DEVALUACIÓN DE LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL DESPIDO SIN CAUSA JUSTIFICADA, HASTA DEVENIR INEFICAZ	7
2.1. Un giro de 180 grados en las regulaciones del despido improcedente: de una regulación proteccionista a una regulación liberalizadora	7
El número que refleja objetivamente esta devaluación: España es el país de la OCDE que más ha reducido la protección frente al despido arbitrario	11
2.2. El Carácter ideológico de las reformas de devaluación protectora: rebajar el coste del despido arbitrario ni mejoró la estabilidad ni creó más empleo	14
2.3. La notable reducción de la seguridad jurídico-económica contractual: el despido individual dejó de ser la última ratio en España	15
3. LOS DESPIDOS INDIVIDUALES EN CIFRAS: LA PRUEBA ESTADÍSTICA DEL JUICIO DE "INEFICACIA JURÍDICAMENTE PROGRAMADA" DE LA REGULACIÓN LEGAL FRENTE AL DESPIDO IMPROCEDENTE	17
3.1. El abultado volumen de despidos realizados en España: un récord anual que no cesa, más en el empleo indefinido que en el temporal	17
3.2. Una conclusión primera: aunque no se banalice propiamente el acto del despido, tampoco es la "última opción", como derivaría de la ley internacional	22
3.3. La necesidad de evitar un error derivado de ciertas estadísticas oficiales: los despidos improcedentes anuales se cuentan por decenas de miles, no son un porcentaje mínimo	23
3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción	25
3.5. La evidencia de ineficacia protectora frente al despido arbitrario cuando el modelo normativo es confrontado con su aplicación efectiva (práctica): falta de realismo de quienes defienden el modelo actual	35
3.6. Un "efecto invisible" de la dispersión estadística por la dualidad del empleo en España: La indemnización más frecuente es, además, notablemente menor que la indemnización promedio, aunque no se calcule estadísticamente	39
3.7. La pérdida de expectativas de recolocación tras el despido: España es el país de la UE con menor tasa de oportunidades para hallar un nuevo empleo tras cesar en el anterior	41
4. LA MAGNITUD Y EL COSTE DE LOS DESPIDOS IMPROCEDENTE A TRAVÉS DE LAS ESTADÍSTICAS JUDICIALES: AÑOS 2022 Y 2023	45

CONTENIDO

4.1. La importancia de explorar unas bases de datos estadísticas poco usadas por los análisis, jurídicos y económicos: la estadística judicial de los despidos improcedentes	45
4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España: La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido	46
4.3. Otro acercamiento estadístico a la magnitud, circunstancias y costes del despido improcedente en virtud de las bases de datos de sentencias (2022-2023)	53
5. DE LA EVIDENCIA DE LAS RAZONES DE EFICACIA PARA EL CAMBIO AL REARME JURÍDICO EFECTIVO DEL MODELO: IMPERATIVO INTERNACIONAL INAPLAZABLE	58
5.1. El régimen legal y judicial español de despido individual improcedente no supera el juicio de convencionalidad	58
5.2. El contenido mínimo del derecho a una indemnización adecuada ex art. 24 CSER: La doble componente finalista de la justicia resarcitoria efectivamente restitutoria y eficazmente disuasoria	59
5.3. "Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar": Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes al art. 24 CSER	62
5.4. ¿Del "chauvinismo jurídico-social francés" al "patriotismo normativo" español?: El TS español va superando gradual, pero equívocamente, el enfoque conservador en el juicio de convencionalidad	69
6. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO Y SEGURIDAD JURÍDICA: ¿EL FIN DE LA TASADA ES MÁS DESVENTAJOSO PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS Y PARA LAS EMPRESAS?	72
6.1. ¿Seguridad Jurídica?: ¿Qué seguridad jurídica y para quién?	72
6.2. Mutación normativa, de iure y de facto, de la indemnización por despido sin causa: de técnica de tutela resarcitoria a medida de flexibilidad de gestión	76
6.3. Límites a la discrecionalidad del poder legislativo (y jurisdiccional) para fijar el contenido del derecho a una indemnización adecuada	77
7. PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL: ALTERNATIVAS REGULADORAS PARA LA MEJORA (OPTIMIZACIÓN) DE LA TUTELA RESARCITORIO-DISUASORIA FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO	79
7.1. ¿Por qué el cambio?: Síntesis de las razones expuestas	79
7.2. Cómo: alternativas de regulación	80
8. CONCLUSIONES	93

1. Introducción: de las reformas del despido sin causa eminentemente ideológicas a la reforma de racionalidad jurídico-económica

Como prueba la evidencia estadística (de la que se dará cuenta en este informe), la experiencia española ha venido conociendo dos graves *anomalías jurídico-sociales y económicas de su mercado de trabajo*: de un lado, el recurso abrumador a la vía de la **contratación temporal como principal cauce de la flexibilidad** de gestión laboral, de otro, la proliferación de los despidos individuales (o plurales) sin causa justificada. La primera ha sido corregida significativamente por la reforma laboral del 2021, cambiando de forma muy notable la tendencia, que ahora es la de acudir con más frecuencia a los contratos indefinidos, tanto a jornada completa como a través de la fijeza discontinua. Pese a que siempre queda camino por andar en este loable fin de la estabilidad en el empleo, y a ciertas críticas, más interesadas que interesantes, las cifras son inequívocas para probar este profundo cambio de tendencia (más allá de la guerra de cifras, es irrefutable que el número de personas con contratos indefinidos se ha multiplicado en más de un 300 por cien desde la reforma, todo un récord ¹).

En cambio, la segunda, que no pudo ser afrontada ni acordada en ningún sentido en la reforma laboral, ha quedado prácticamente inalterada. No sorprende -aunque sí nos ha de preocupar y mucho-, porque hay razones que lo explican, aunque no lo justifica, ni jurídica ni

económicamente, leer en estos días titulares como éste: *“España pulveriza los registros de despidos: superan los 476.000 en la primera mitad de 2023”*. No refleja una situación excepcional, aunque sí evidencie la profunda anomalía señalada, porque España es uno de los países de la UE -y de la OCDE- que más despidos, de todo tipo, lleva a cabo desde hace varios años, como también vienen reflejando las estadísticas oficiales, del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Instituto Nacional de Estadística.

En ese escenario de recurso masivo a los despidos, la gran mayoría individuales, muy pocos realmente colectivos, un porcentaje muy importante de los mismos tendrán la consideración de improcedentes, aunque no siempre se reflejan en esas estadísticas, que incluso ofrecen informaciones poco fiables al respecto, por no utilizar las bases de datos adecuadas (sí aparece en otras, como en las que ofrece el Consejo General del Poder Judicial, así como el estudio de las bases de datos judiciales). Y de ellos, **un porcentaje nada desdeñable es calificable de despidos improcedentes, pero presentan un plus de arbitrariedad**: carecen de causa real o seria.

1 <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/novedades/todas/index.htm>

2 <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12406781/08/23/espana-pulveriza-los-registros-de-despidos-superan-los-476000-en-la-primera-mitad-de-2023-.html>



Consecuentemente, es manifiesto que la regulación y su experiencia práctica del despido individual en España presenta dosis de elevada inseguridad contractual, por lo tanto, de inseguridad jurídica. Incluso quienes defienden la conformidad internacional de nuestra regulación del despido sin causa justificada, así como su sustancial eficacia, desde un plano de gestión del mercado de trabajo, reconocen, aunque por otros motivos diferentes. De ahí que demanden y alienten reformas legislativas en el mismo que creen *"certidumbre y seguridad jurídica"*³, aunque con propuestas bien diferentes, opuestas, a las que aquí se proponen, porque sitúan la seguridad jurídica en un sentido unilateral, esto es, solo en atención a las razones de gestión de la empresa. Pero, sabido es, toda la regulación del despido, por imperativos constitucionales e internacionales, tiene -o debe tener- un sentido de protección de la estabilidad en el empleo, como derecho subjetivo de las personas trabajadoras y como valor de interés general para la economía y sociedad

Sea como fuere, lo cierto es que el debate sobre la necesaria revisión del despido en España adquiere una notable actualidad y no puede ya ser eludido. Sabemos que en él ha irrumpido con extraordinaria fuerza la expectativa abierta por la reclamación de la UGT ante el CEDS (cuyo procedimiento contradictorio ya ha culminado y

ha quedado visto para "sentencia", para la toma de la Decisión de Fondo final), en virtud de la cual el régimen de indemnización legalmente predeterminada, por tasada y topada, se estima disconforme con el art. 24 de la Carta Social Europea Revisada (CSER). Pero, con ser esta dimensión del debate muy importante, crucial, ya no es exclusiva, sino que, atendiendo a los datos estadísticos disponibles, relativos al reducido coste del despido sin justa causa o con causa irreal o irrazonable, se plantea también un problema de ineficacia reguladora del régimen de protección del despido en nuestro país. También aquí se han difundido informaciones que, aparentemente ciertas, adecuadamente analizadas, se revelan muy falaces, como la que sostiene que *"los datos desmienten a Díaz: España tiene el despido menos "barato" de Europa"*⁴.

Pero, como veremos, no solo la Vicepresidenta del Gobierno en funciones, sino la doctrina científica más solvente, y nada sospechosa de desviaciones izquierdistas (ej. Aurelio Desdentado), vienen sosteniendo, con datos reales, que España subestima de una forma señalada, e injustificada, la protección jurídico-económica de las personas trabajadoras frente al despido, precisamente las más vulnerables, agravando su precariedad.

3 Vid. Conde Ruiz, J.I.- Lahera Forteza, J. "Retos futuros del mercado de trabajo en España", FEDEA, 2023.

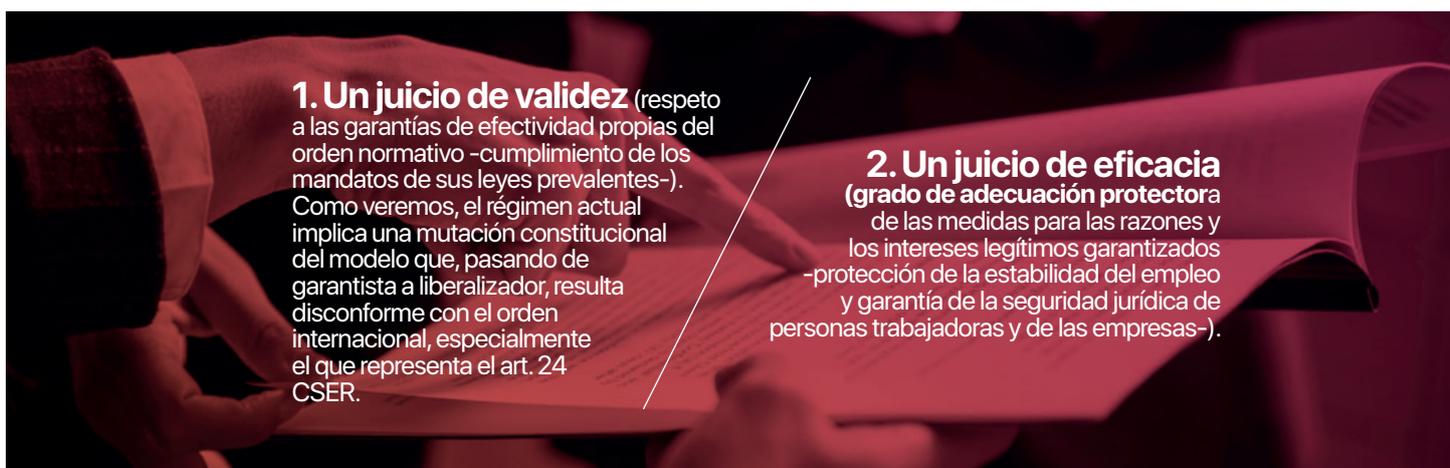
4 <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12152441/02/23/Espana-tiene-el-coste-del-despido-mas-elevado-de-la-Union-Europa.html>

Con “datos en la mano”, la OCDE no solo no rebatiría tales posiciones, sino que las acreditaría, en la medida en que se ha constatado que España es el país de la UE que más intensamente ha devaluado la protección frente al despido sin causa justificada, **hasta el punto de que ha pasado desde una posición de máxima garantía en el índice o ranking de la OCDE (máxima rigidez o protección fuerte) a estar muy por debajo de la media (alta flexibilidad o protección débil).**

Verificaremos esta afirmación también con datos numéricos, no solo legales y jurisprudenciales. En cualquier caso, el coste del despido sin causa justificada vuelve a estar en el centro del debate, también por razones políticas. Una parte del Gobierno de coalición comprometió una reforma próxima para elevar

las indemnizaciones actuales. Lo hizo en el [Congreso de los Diputados](#) durante el debate de una moción interpuesta por ERC (cuyos votos son determinantes también para el nuevo Gobierno -al igual que los de Bildu, que se suma) a fin de recuperar los 45 días por año trabajado para el despido improcedente. En el actual acuerdo para la XV legislatura entre SUMAR y el PSOE se recoge expresamente “que se establecerán garantías para las personas trabajadoras frente al despido, dando cumplimiento a la Carta Social Europea y se reforzará la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral”. En consecuencia, la valoración del régimen español de protección resarcitoria en relación con el despido improcedente individual (o plural), esto es, sin causa justificada tiene pendiente realizar un doble juicio de conformidad. A saber:

En este informe, de forma lo más sucinta



posible, afrontaremos ambas cuestiones. Pero en la medida en que tiene una dimensión de análisis de costes y de proposición de una línea de reforma que pueda superar ambos juicios

(normativo y de eficacia), nos centraremos en la segunda, lógicamente.

2. Evidencia jurídica de partida: *el modelo normativo español es la historia de una progresiva devaluación de la función protectora del despido sin causa justificada, hasta devenir ineficaz.*

2.1. Un giro de 180 grados en las regulaciones del despido improcedente: de una regulación proteccionista a una regulación liberalizadora

Es indudable que para saber bien “a dónde vamos” (futura regulación del despido sin justa causa), hay que conocer no sólo “dónde estamos realmente” (su ser práctico, no solo en su delimitación formal normativa), sino “de dónde venimos” (pasado reciente, y no tanto).

En este sentido, la comprensión adecuada de la situación y de la necesidad de una reforma legislativa del despido individual en general, y, más concretamente, por lo que interesa en este Informe, de su coste indemnizatorio para resarcir justamente y para disuadir eficazmente de los despidos sin causa justificada o sin causa real y seria, se derivará mejor de una imagen dinámica, de una visión secuencial histórica, no fija, del tratamiento resarcitorio frente a tales despidos en España (arts. 56 ET y 108 LRJS). En efecto, es una lección de experiencia, difícilmente contestable, que el Derecho Laboral español ha venido experimentando una progresiva, gradual, pero intensa, **devaluación legal**, al menos desde 1994 hasta el año 2021, del régimen de estabilidad obligacional como respuesta más “normalizada” frente al despido arbitrario o sin justa causa.

Al respecto, no solo se fue reduciendo el número de supuestos que daban lugar a la nulidad, y por tanto a la readmisión obligatoria (ej. despidos en situaciones de suspensión

del contrato; despidos sin la debida forma; despidos fraudulentos o abusivos), sino que se ha ido rebajando cada vez más el derecho indemnizatorio compensador de la facultad empresarial de optar por la extinción, pese a la ausencia de razón justificada. Este proceso degradador de la protección socioeconómica frente a la arbitrariedad del despido es reconocido de forma unánime, también por la patronal, aunque lo valora de una forma diferente a los sindicatos, como es lógico. En efecto, la CEOE, en su respuesta a la reclamación colectiva presentada por UGT ha puesto de relieve, como argumento de mayor calado, en el fondo, que quebrar el régimen de la indemnización tasada sería un giro de 180 grados en la regulación, retornando al modelo histórico, en el que sí existía esa indemnización abierta, fijada judicialmente. Por lo tanto, a su juicio, el art. 24 CSER llevaría a una involución de nuestro sistema, hacia un modelo autoritario y rígido.

En consecuencia, en el fondo, reconoce el proceso de devaluación profunda de nuestro sistema protector por razones eminentemente ideológico-empresariales, si bien lo avala como expresión de modernidad flexibilizadora de los mercados de trabajo. Y es que, en efecto, en el **modelo pre-estatutario**, la LRL de 1976, para la época de transición democrática, tenía como regla general el restablecimiento de las

2.1. Un giro de 180 grados en las regulaciones del despido improcedente: de una regulación proteccionista a una regulación liberalizadora

relaciones laborales (readmisión obligatoria para los despidos sin causa justificada), pudiendo el

Juez dictar su sustitución, en ejecución (art. 35) por una cuantía económica:

a

2 meses por año de servicio, **con un límite de doce anualidades. No inferior a 6 meses de salario.**

b

Contempla **un factor multiplicador**, por 1,5 o 2, de esos límites mínimos, según ciertas circunstancias personales (cargas familiares, edad -mayor de 40 y de 55 años-, grados de discapacidad).

Ciertamente, tal regulación -muy garantista- duró muy poco, conviene mantener la debida honestidad científica. Fue sustituida de inmediato por el Decreto Ley 17/1977, de Relaciones Laborales. Según su art. 37, si el empresario no procedía a la readmisión "en debida forma", el órgano judicial estaba:

a

Facultado para sustituir la obligación de readmitir por el resarcimiento de perjuicio, declarando la extinción de la relación laboral. La indemnización por resarcimiento de perjuicios *se fija mediante el criterio del prudente arbitrio jurisdiccional*, teniendo en cuenta ciertos criterios (la antigüedad en la empresa, las condiciones del contrato de trabajo extinguido, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, dimensión y características de empresa y circunstancias personales y familiares de la persona trabajadora -ej. cargas familiares, edad -más de 40 años- y discapacidad-).

b

Límites máximos y mínimos. La cantidad resultante no podría ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades.

d

A la indemnización por resarcimiento de perjuicios se añadía, en todo caso el pago del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar (derecho a la indemnización complementaria que suponían los salarios de tramitación).

c

En los casos de empresas que ocupen menos de veinticinco trabajadores fijos, la Magistratura, a su prudente arbitrio, podía rebajar el tope mínimo en razón a las circunstancias concurrentes.

En definitiva, el modelo histórico de regulación del despido sin causa respondía, en España, estrictamente al Convenio 158 OIT, en especial al art. 10. Ciertamente, el derecho a una indemnización de resarcimiento adecuado conforme al prudente arbitrio judicial contemplaba:

1. La regla general de readmisión de la persona trabajadora ante la ausencia de causa justificada, si bien se aceptaba el no cumplimiento en sus propios términos de tal obligación, a cambio de una indemnización resarcitoria alta.

2. Límites mínimos (dos meses de salario por año de servicio -criterios objetivos y automatizados-) y máximos (5 anualidades tras la reforma de 1977-).

3. El prudente arbitrio judicial estaba orientado por la aplicación de un catálogo muy amplio **de criterios para su cuantificación**, a fin de hacerla más racional, previsible y, por tanto, cierta.

Como es bien sabido, este modelo desapareció por completo con el ET (1980). Con el ET se pasó de un modelo cuasi civilista, basado esencialmente en la cuantificación del daño mediante el prudente arbitrio judicial pero con modulaciones típicas de un modelo laboral, basado en topes o límites (mínimos -garantía de protección básica- y máximos -seguridad económica para las empresas-), a otro de indemnización legal, tasada y topada. Ahora bien, brevemente, conviene recordar que:

+ **La indemnización** era de 45 días de salario por año de servicio (hoy 33), con un límite de 42 mensualidades (hoy solo 24).

+ **Los salarios** de tramitación correspondían en todo caso de improcedencia -hoy solo si hay readmisión, lo que depende solo de la empresa como regla-.

+ **La nulidad** se contemplaba en un número de casos más elevados que hoy.

2.1. Un giro de 180 grados en las regulaciones del despido improcedente: de una regulación proteccionista a una regulación liberalizadora

De este modo, es evidente que no solo se habrían erosionado gravemente las bases constitucionales de esta protección (art. 35 en relación con los arts. 9.2, 10 y 14 CE), pese a la conformidad declarada por nuestro Tribunal Constitucional (siempre con importante contestación en su seno, a través de sólidos votos particulares), sino que adolece de una fuerte pérdida de eficacia como sistema disuasorio de extinciones sin causa (real y seria). Al contrario, actuaría más bien como un relevante incentivo

de esta conducta ilícita, por sus ventajas en términos de costes de gestión empresarial (ej. la opción empresarial por el cese indemnizado exime del pago de los llamados “salarios de tramitación” -una parte de la indemnización adecuada-, mientras que la readmisión implica su pago obligatorio). No es ocioso recordar aquí la doble función que cumplía esta componente del derecho al resarcimiento por un despido injustificado o arbitrario:

1 De un lado, contribuía a compensar o corregir, siquiera parcialmente, la exigua cuantía indemnizatoria en todos los casos de personas con escasa antigüedad en el servicio (y bajos salarios), lo que tenía especial incidencia en personas trabajadoras con carreras más fragmentadas y atípicas, con gran incidencia en España (dada su mayor inestabilidad contractual hasta 2021, y también ante el menor promedio salarial respecto de otros países).

2 De otro, desplegaba una cierta función disuasoria de los despidos arbitrarios, por el efecto multiplicador que tenía sobre la indemnización, al ser mayores los salarios de trámite que la indemnización.

Vemos, pues, que ya el propio modelo normativo ha derivado en **una profunda anomalía jurídica, empresarialmente para modelos de**

gestión del trabajo basados en la reducción de costes, frente a las que se basan en la creación de valor por la innovación.

Sorprendentemente, y esta es una situación que no tiene parangón en toda la UE, la ausencia de causa justificada lejos de desincentivarse con una indemnización más elevada, como habría venido sucediendo también en nuestra legislación histórica, se incentiva, **premiando a la empresa con el derecho a optar por la indemnización con el aliciente de eximirse de los salarios de tramitación**, pese a que nuestro Derecho otorga efectos inmediatamente ejecutivos al despido. El mundo jurídico al revés. A este respecto, conviene recordar que la OIT⁵ considera el nivel de protección frente al despido como una condición muy significativa para identificar o no si una regulación adolece de precariedad.

El número que refleja objetivamente esta devaluación: España es el país de la OCDE que más ha reducido la protección frente al despido arbitrario.

Esta observación no es puramente valorativa o especulativa, sino que tiene su reflejo en **indicadores objetivos o numéricos de OCDE**. Como sostiene esta organización económica internacional, los "sistemas de protección del empleo son una institución clave para la seguridad" de las personas trabajadoras. De ahí que venga elaborando, desde hace años, indicadores objetivo de la legislación de

protección del empleo, a fin de retratar de forma numérica a cada país integrante y su evolución. Al respecto, la OCDE muestra grandes diferencias entre los países. Las regulaciones frente al despido pueden incentivar, o, todo lo contrario, desincentivar, que las empresas consideren los despidos como ultima ratio a la hora de adoptar decisiones de gestión del empleo.

En efecto, un indicador numérico del grado de devaluación en la protección de la estabilidad en el empleo frente al despido sin causa justificada o arbitrario, elaborado por la OCDE, muestra que España ha pasado de un indicador de protección de empleo (IPE) **de 3,55 (1985) a otro de 2,05 (2019), si bien ha estado en 1,96 desde los años 2014 hasta 2018**⁶. **La leve subida del índice no se debe a una mejora de la protección general, como se sabe, sino a la derogación del contrato de apoyo a emprendedores y su largo periodo de prueba.** Por lo tanto, estaríamos, incluso, algo por debajo la media de la OCDE (2,06). Ahora bien, también es conveniente recordar que la media de la UE a 15 es muy superior a la de la OCDE, por lo que estaríamos bastante por debajo de la media europea. Asimismo, en un análisis dinámico y comparado, se comprueba que España es el segundo país de la UE (después de Portugal, aunque nuestro país vecino se mantiene por encima del 3) **que**

5 Del trabajo precario al trabajo decente (Documento final del simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo), 2012, p. 34.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/meetingdocument/wcms_179789.pdf

6 La información: <https://www.oecd.org/employment/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm>

Un profundo estudio en UGT. Seguridad vs. Inestabilidad en el empleo. Un análisis de los indicadores de protección de la OCDE. <https://servicioestudiosugt.com/seguridad-vs-inestabilidad-en-el-empleo/>

2.1. Un giro de 180 grados en las regulaciones del despido improcedente: de una regulación proteccionista a una regulación liberalizadora

más intensamente ha devaluado la tutela del empleo frente al despido individual (nada menos que 1,5 puntos).

Es importante tomar nota de estos datos para nuestro estudio. Al menos por dos razones. Primero, porque siguiendo determinados estudios económicos tiende a darse una información errónea del indicador de protección de empleo español frente al despido individual, situándose en el 2,43, cuando realmente está en el entorno del 2. En segundo lugar, porque

cuando se dice que "normativamente" o "de iure", España es el país con mayor protección, por tanto, con el despido "más caro", es evidente que no lo es. Por lo tanto, haciendo comparaciones inadecuadas, por la comparación de datos no homogéneos y por el uso de datos errados, se llega a conclusiones indebidas. Desde este punto de vista, lo cierto **es que España tiene un indicador de protección de empleo frente al despido individual muy por debajo de:**

Alemania	— (2,60 -partía de 2,50, por lo que lo ha elevado-)
Francia	— (2,56 -partía de 2,52, por lo que lo ha elevado levemente-)
Italia	— (2,56 -partía de 3,02, por lo que lo ha reducido en medio punto-)
Países Bajos	— (3,61 -partía de 3,46, por lo que lo ha elevado levemente, siendo ya muy alto el nivel previo-)
Portugal	— (3,14 -partía de 4,83, por lo que lo ha reducido más de punto y medio, pero se mantiene en una posición alta-)
Grecia	— (2,45), siendo análogo a Bélgica (2,07 -partía de 1,64, por lo que lo ha elevado medio punto-)

*2.1. Un giro de 180 grados en las regulaciones del despido improcedente:
de una regulación proteccionista a una regulación liberalizadora*



En suma, como se ha evidenciado, cuando se afirma mediáticamente, siguiendo posiciones de estudios económicos poco fiables, más ideológicos que científicos, que "de iure" la afirmación de la ministra de trabajo es mentira, se está faltando a la verdad. En su momento

se verá que, "de facto", el coste del despido improcedente es muy bajo, de conformidad con los datos estadísticos oficiales y en atención a las circunstancias reales o concretas de nuestro mercado de trabajo (persistente alta inestabilidad, persistentes bajos salarios).

2.2. El Carácter ideológico de las reformas de devaluación protectora: rebajar el coste del despido arbitrario ni mejoró la estabilidad ni creó más empleo

Desde esta perspectiva de desautorizar con datos científicos las críticas tradicionales al aumento del coste del despido sin causa o arbitrario, también se ha mostrado que tal proceso de devaluación legislativa que inspiró las reformas del despido, en especial en 2010 y 2012, obedeció más a razones ideológicas que de pura racionalidad económica.

Ha sido una receta liberal aplicada contumazmente en España sobre la base de que: a mayor libertad de gestión del trabajo, flexibilizando la causa extintiva (incluso eximiendo de ella -despido sin causa real o seria-) y rebajando el coste indemnizatorio (también si no hay causa), menor temporalidad y mayor volumen de empleo.

Sin entrar en disquisiciones teóricas, la experiencia de nuestro mercado de trabajo **ha desnudado** la falacia de este argumento, según el cual el pretendidamente alto coste indemnizatorio del despido en España, antes de las reformas, en especial la 2010-2012, era un freno significativo para la creación de empleo indefinido, único argumento que ha venido esgrimiéndose para justificar las sucesivas reformas de devaluación del coste del despido arbitrario en España.

Asimismo, indirectamente tal argumento, más bien esta falacia neoliberal, servía también para "justificar" la alta tasa de temporalidad que ha venido sufriendo nuestro mercado de trabajo. Ahora bien, lo errado (más bien lo puramente misticador o ideológico) de este argumento se verifica a través de un doble dato. A saber:

a

De un lado, la continua reducción de la indemnización por despido improcedente nunca consiguió reducir significativamente la tasa de empleo temporal (hasta la reforma laboral del año 2021 se situaba en el 90 por cien de contratos laborales realizados en el año -con tasas globales por encima del 30 por cien-).

b

De otro, el actual incremento notable del empleo de tipo indefinido sea ordinario sea fijo discontinuo, se ha producido sin tocar esta regulación, por lo que su impacto en la creación de empleo en general, e indefinido en particular, no ha sido una variable relevante, a juzgar por la tasa de empleo española actual, la más elevada desde 2007 (antes de estallar la burbuja inmobiliaria precedente) mínimos, según ciertas circunstancias personales (cargas familiares, edad -mayor de 40 y de 55 años-, grados de discapacidad).

2.3. La notable reducción de la seguridad jurídico-económica contractual: el despido individual dejó de ser la última ratio en España

Ahora bien, si esa rebaja del coste indemnizatorio del despido nunca logró el objetivo de reducir la temporalidad, sí habría conseguido aumentar notablemente la inseguridad jurídico-económica de toda la población trabajadora, también la indefinida. De este modo, se produjo una mutación constitucional en relación al despido sin causa justa: dejó de desplegar una función protectora de la persona trabajadora frente a decisiones arbitrarias de cese, para ser un instrumento de fomento de la flexibilidad de salida. En consecuencia, como vamos a ver también en cifras, la normativa ha devenido ineficaz, no solo para la creación de empleo indefinido (función de política económica y social), sino también para la protección de la seguridad en el empleo de la persona trabajadora (función jurídico-institucional) ⁷.

Es importante señalar este dato porque, desde el sector crítico con el cambio eventual de paradigma a la hora de fijar la indemnización de despido, se vuelve a insistir en que, si se tornara a elevar la indemnización por despido arbitrario, España escalaría muchas posiciones en el índice de protección. No solo se volvería a una legislación tan estricta que perjudicaría ventajas competitivas de nuestro sistema, sino que frenaría la creación de empleo, en un país con una cota o tasa de desempleo muy superior a la media europea, incluso cuando está en un volumen de ocupación histórico. Parece, pues, un aviso a navegantes, al nuevo Gobierno que salga de las

urnas del 23J, de modo que estos argumentos se sumarían a los jurídicos esgrimidos -con débil técnica jurídica- por el Gobierno en funciones a la hora de replicar -doblemente- la reclamación colectiva presentada, ante el CEDS, por UGT. Al igual que la patronal, insiste en que el modelo de **la indemnización predeterminada legalmente, tasada y topada** cumple una función de seguridad jurídica (certidumbre) para ambas partes, la empresa y la persona empleada, pues pueden conocer de antemano la cuantía.

La realidad es muy diferente, como ya se ha apuntado. Atendiendo a los indicadores objetivos de (des)protección del empleo frente al despido (arbitrario), el ordenamiento jurídico-social español no solo es el que más ha devaluado esa protección en estos años, sino que se mantiene muy por debajo de las principales economías de la UE (Alemania, Italia, Francia, Países Bajos, incluso Portugal o Grecia⁸, entre otros muchos). España está hoy entre los países de mayor flexibilidad en materia de despido individual y, por tanto, de menor rigidez. En consecuencia, el estado jurídico (norma más decisiones judiciales) actual, atendido su proyección real para nuestro mercado laboral, **debilita notablemente la seguridad contractual** y, por tanto, el valor de la seguridad jurídica para las personas trabajadoras. Éstas ven un determinado número significativo de empresas en España acude con más frecuencia a los despidos -incluso sin causa real- que los

8 Para un interesante análisis jurídico de los sistemas de protección del despido en Europa, con una clara dosis de realismo jurídico, esto es, **evidenciando las dificultades para llevarla a cabo y la necesidad de ponderar las diferencias existentes**, para no sacar informaciones erróneas, Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2009). **INFORME SOBRE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO EN EUROPA**, Temas Laborales, n. 99, pp. 259-297. En efecto, la protección es un indicador global -como hemos visto- que depende de varias reglas e instituciones, por lo que el coste del despido no deriva solo de la cuantía estricta indemnizatoria.

7 BAYLOS GRAU, A.P. "El despido Individual y la Garantía Judicial del Derecho al Trabajo". Derecho y Sociedad, n. 37. CABEZA PEREIRO, J. (2022). "La devaluación de las garantías del empleo: el reducido control de la decisión unilateral del empresario", Cuadernos de Relaciones Laborales, n. 40, p. 58; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (2021). "La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional", Labos, Vol. 2, n. 2, p. 61.

2.3. La notable reducción de la seguridad jurídico-económica contractual: el despido individual dejó de ser la última ratio en España

países de su entorno, alentadas las empresas, o al menos sin que haya disuasión eficaz, por el bajo coste indemnizatorio. **La indemnización media y, sobre todo, la indemnización, más frecuente es de reducida cuantía**⁹.

En última instancia, hay que tener en cuenta, como coinciden en señalar tanto los juristas como los economistas institucionalistas (asentados en la importancia de los costes de transacción y de los costes de oportunidad),

los costes del despido dependerán de forma significativa también del **poder de negociación de la persona trabajadora con la persona empleadora. Y tal poder aumentará notablemente, o disminuirá de manera significativa, en función de las expectativas que las personas trabajadoras alberguen en torno a la intensidad de protección del sistema judicial**¹⁰.

9 *Si bien es cierto que el año 2021 la cuantía de las indemnizaciones ha repuntado, según veremos, tras siete años de caída, eso se debe básicamente al fuerte aumento de las indemnizaciones por despido colectivo, casi un 50 por cien. Esta desviación estadística hace que tales indemnizaciones prácticamente doblen a las individuales. Un dato que evidencia el error en el planteamiento de la CEOE al contestar la reclamación de UGT, reprochándole que, siendo legalmente la misma regulación para la indemnización, no se impugnara ante el CEDS, limitándose solo a las individuales. La razón es evidente: mientras que en el ámbito colectivo hay poder de negociación de la tutela resarcitoria, en el individual no. Para una visión comparada.*

10 Para profundizar en cómo las decisiones judiciales afectan a los costes de despido Vid. MARTÍN ROMÁN, A.L. et alii. (2013). "Tipo de juez y estimación de los casos de despido: un análisis de los Juzgados de lo Social en España". *Vol. 36. Núm. 102*, pp. 142-154. DOI: 10.1016/j.cesjef.2013.04.001. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-cuadernos-economia-329-articulo-tipo-juez-estimacion-los-casos-S0210026613000046>. A su juicio (al igual que para todo economista orientado por la importancia de los llamados "costes de transacción" -también por los costes de oportunidad-) la clave estará en que exista un mayor o menor espacio para la negociación entre la persona trabajadora y la empleadora, así como del poder de negociación real de aquél.

3. Los despidos individuales en cifras:

la prueba estadística del juicio de “ineficacia jurídicamente programada” de la regulación legal frente al despido improcedente.

3.1. El abultado volumen de despidos realizados en España: un récord anual que no cesa, más en el empleo indefinido que en el temporal

Cuando ilustres profesores (y magistrados del TS) pusieron de relieve, ya en 2011, antes por lo tanto de las reformas devaluadoras más intensivas (2012), que el “régimen jurídico del despido en España es un ejemplo clamoroso de ineficacia de las normas o, lo que es más grave, de una ineficacia de las normas programada por el Derecho...”¹¹, no disponían de un formidable instrumento que lo avala y lo refuerza de una manera casi irrefutable: la prueba estadística. **De la normativamente programada ineficacia de la protección resarcitoria frente al despido improcedente** (sin una causa justificada) ya **tenemos cifras**, una prueba de realidad, *sin perjuicio de las limitaciones y falacias que nos pueden producir análisis estadísticos simplones*.

Muy útil al respecto es el recurso a una herramienta estadística oficial como es la llamada “*Estadística de Despidos y su Coste*”, realizado

por el Ministerio de Trabajo y de Economía Social. Se elabora desde el año 2015, pero apenas ha tenido eco en la prensa, hasta hace un par de años, en plena pandemia. El último informe del que se disponen los **datos es del año 2021**¹².

Para la estimación tanto del número de despidos (magnitud global de las decisiones extintivas en España anualmente) como de su coste promedio se consideran los despidos cuya cuantía deriva de la cantidad indemnizada exenta de tributación que consta en los registros de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y de las Haciendas Forales de Navarra y País Vasco, junto con la cantidad pagada directamente por el FOGASA. Además, se presentan los datos de despidos atendiendo:

1 A ciertas condiciones subjetivas de las personas víctimas o afectadas por tales despidos: según sexo, edad o nacionalidad.

2 Por tipo de despido, contrato, sección económica, provincia y CA.

3 Se incluyen datos de las empresas implicadas en los despidos, por tamaño de la empresa, sector y sección de actividad económica y por CCAA.

11 Vid. DESDENTADO BONETE, A. (2011). En “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España”. En AAVV. (Dir.: Aurelio Desdentado – Ana De la Puebla Pinilla-). Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía, Lex Nova, Valladolid, p. 31.

12 https://www.mites.gob.es/estadisticas/dec/dec21/DEC_2021.pdf

3.1. El abultado volumen de despidos realizados en España: un récord anual que no cesa, más en el empleo indefinido que en el temporal

El primer dato estadístico llamativo es el propio volumen de despidos llevados a cabo en España anualmente. Como es sabido para el análisis científico, un aspecto clave de toda investigación científica, incluso de la jurídica, es conocer cuál es la magnitud (económica y social) del fenómeno estudiado en nuestro caso el despido individual sin causa justificada y sus costes (derivados tanto de las previsiones normativas como de las decisiones judiciales al respecto, conviene tenerlo en cuenta ¹³).

En términos absolutos, desde 2015 a 2017, los despidos (a los que hay que añadir los ceses derivados del periodo de prueba ex art. 14 ET que, como se sabe, sí son auténticos desistimientos, sin necesidad de causa ni de indemnización), el promedio fue de más **450.000** despidos. Una cifra que se mantuvo estable, si bien con tendencia a leve baja. Sin embargo, a partir de 2018 sube (hasta situarse en casi 480.000 en 2020), para volver a bajar en 2021 (situándose de nuevo en el entorno de los 450.000), variando en el período 2015–2021 en valor absoluto en unos 7.560 despidos a la baja,

mientras que en valor relativo ha supuesto un porcentaje del -1,7%. Sin embargo, según datos que se del primer semestre del año 2023, con la estadística de la TGSS, serían **ya 476.000 despidos**, por lo que aumentarían de forma considerable: *crecen un 40% respecto hace un año en promedio, siendo mayor el incremento de los de despidos de personas con contrato indefinido (62%)¹⁴.*

De este modo, la ratio de despido por persona afiliada con un contrato estable se habría duplicado tras la reforma laboral: **de una media del 0,4% (antes de la reforma) al índice del 0,94 por cien (después de la reforma)**. Emergen cuestiones aquí para analizar con más detalle. Es evidente que una razón de este incremento estará en el aumento notable del volumen de contratos indefinidos. Ahora bien, el elevado incremento de este tipo de despidos parece sugerir que hay algo más que un hecho cuantitativo (muchas más personas empleadas con contrato indefinido, sea ordinario sea fijo discontinuo).

13 Precisamente, los estudios disponibles, escasos, ponen de relieve un porcentaje mayor de estimación de asuntos en el caso de los jueces titulares, que se agudiza durante el periodo de crisis y más en el periodo de vigencia de la ley 35/2010, donde la brecha llega a estar cercana a los 5 puntos porcentuales. Este resultado afecta a los costes de despido: *los jueces titulares aumentan más los costes para el empleador en las fases recesivas por el hecho de fallar más a favor del trabajador*. En suma, La decisiones de los jueces de lo social son un componente importante de los costes de despido efectivo que afronta un empleador, y no es una dimensión bien tratada hasta ahora. Vid. MARTÍN ROMÁN, A.L. et alii. (2013). "Tipo de juez y estimación de los casos de despido: un análisis de los Juzgados de lo Social en España". Vol. 36. Núm. 102. pp. 142-154. DOI: 10.1016/j.cesjef.2013.04.001.

Disponible: <https://www.elsevier.es/es-revista-cuadernos-economia-329-articulo-tipo-juez-estimacion-los-casos-S0210026613000046>

14 La base de datos es de la TGSS y la elaboración de El Economista. Vid. [https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12406781/08/23/espana-pulveriza-los-registros-de-despidos-superan-los-476000-en-la-primera-mitad-de-2023-.html#:~:text="](https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12406781/08/23/espana-pulveriza-los-registros-de-despidos-superan-los-476000-en-la-primera-mitad-de-2023-.html#:~:text=)

3.1. El abultado volumen de despidos realizados en España: un récord anual que no cesa, más en el empleo indefinido que en el temporal

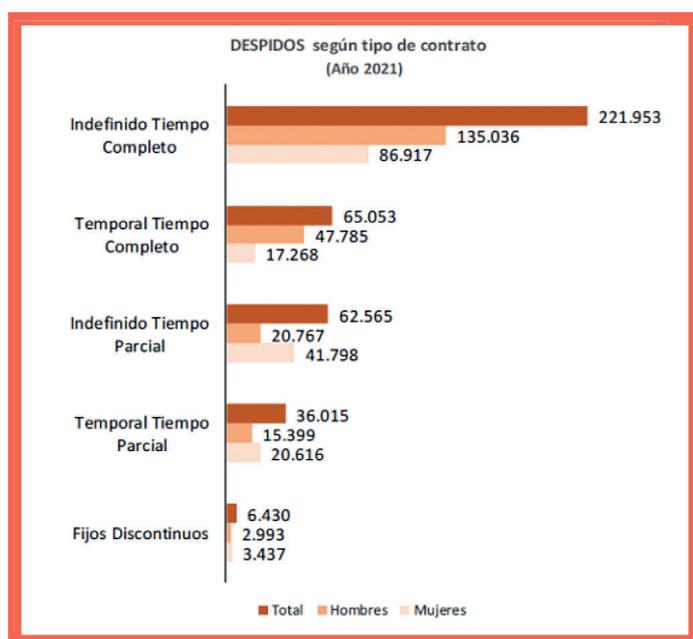


Evolución del número de despidos, según el tipo de contratos, años 2015-2021



Fuente: Estadística de despidos y su coste. Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2021.

Número de despidos en el año 2021, según tipo de contrato.



Fuente: MTES

3.1. El abultado volumen de despidos realizados en España: un récord anual que no cesa, más en el empleo indefinido que en el temporal

En lo que hace a las empresas implicadas, descendieron desde 2015 (unas 209.000 empresas) a 2017 (193.267), aumentando a partir de 2018, alcanzando en 2020 las 231.986 empresas. En el año 2021 vuelven a bajar, situándose, en todo caso, en número superior a 2015 (218.872 empresas que han realizado despidos).



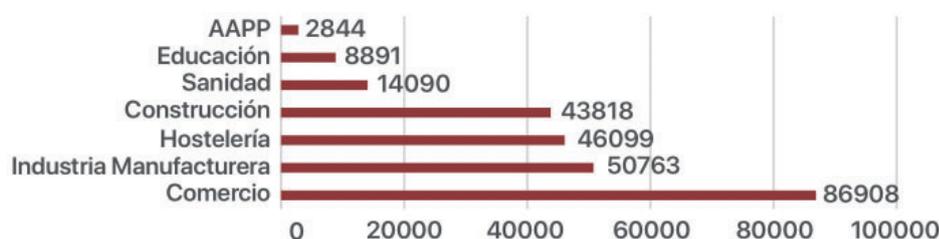
Evolución del número de despidos, según sector de actividad económica 2015-2021



Fuente: Estadística de despidos y su coste. Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2021.

3.1. El abultado volumen de despidos realizados en España: un récord anual que no cesa, más en el empleo indefinido que en el temporal

DESPIDOS según sección de actividad económica (año 2021)



Fuente: Estadística de despidos y su coste. Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2021.

En lo que hace a la variable tamaño ocupacional, las empresas con menor tamaño en cuanto a número de personas empleadas han sido las que más despidos practicaron (un 43,9% respecto al total de empresas).

No obstante, conviene no llevarse a engaño, en la medida en que las PYMES son la inmensa mayoría de las empresas en España, esto es, representan prácticamente un 97% del total, por lo que, proporcionalmente, han sido las empresas de mayor tamaño las que más despidos han realizado. En este sentido, bien mirada la estadística, mientras las PYMES habrían reducido el número de despidos en el año 2021 (96.142) respecto al año 2020 (111.157), las empresas de más dimensiones los habrían aumentado significativamente, pasando de 6670 (año 2021) a 8.043 (2020). Ha de

recordarse que se incluyen también los despidos colectivos, que afectan mucho más a las grandes empresas

De este elevado volumen de despidos, pero, ciertamente, reducido número de empresas afectadas (hay en España en torno a 3 millones de empresas¹⁵ -solo unas 5400 grandes-) se deriva más de una conclusión. Conviene advertir, no obstante, que en estos datos se incluyen todos los tipos de despidos, por dimensión (individual y colectivos), por causa (disciplinaria u objetiva) y por calificación (procedentes e improcedentes). De igual modo, **hay que realizar otras dos advertencias para comprender adecuadamente las cifras y comparar con corrección las diferentes bases de datos.**

15 <https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx>

3.2. Una conclusión primera: aunque no se banalice propiamente el acto del despido, tampoco es la "última opción", como derivaría de la ley internacional

La otra observación que deriva del número elevado de despidos en España es que, ante tan abultada cifra, no es creíble defender que funcionan como la ultima ratio, una idea clara en el modelo normativo y en la última reforma (para los despidos ligados a regulaciones de empleo -favoreciendo la regulación temporal-). Ciertamente, no por ello puede decirse que las empresas españolas banalicen el despido, pero si recurren a él de forma significativamente frecuente, más las PYMES (las grandes empresas suelen acudir más a los despidos colectivos), como técnica de gestión empresarial, pasando de un enfoque de ordenación racional a otro de gestión fiduciaria. Como es lógico, de este dato **se desprende tanto la ineficacia de la función protectora como de su efecto disuasorio. Naturalmente, la razón principal de ser está en su asequible (bajo) coste.**

El dato es aún más significativo si se tiene en cuenta que el incremento de los despidos se da en mayor proporción en los indefinidos tras la reforma. Por lo tanto, el dato estadístico revela que la regulación normativa del despido individual genera una gran inseguridad jurídico-contractual, de modo que incluso devalúa la ecuación, que ya no es (tan) efectiva, entre relación contractual *indefinida igual a relación sociolaboral estable (indefinición = estabilidad)*.

3.3. La necesidad de evitar un error derivado de ciertas estadísticas oficiales: los despidos improcedentes anuales se cuentan por decenas de miles, no son un porcentaje mínimo

Por supuesto, de las estadísticas referidas no se desprende cuáles de todos esos -muchos- despidos son improcedentes. Más aún. Una visión superficial y precipitada de las mismas parecería dar a entender que son un porcentaje muy reducido. Del contraste de porcentajes podría pensarse que, de atender solo a la foto fija estadística del año, los despidos **declarados improcedentes serían un volumen muy bajo del total**. Pero eso es -sería- una falacia, una ilusión óptica, una deformación estadística, que debe desvelarse y corregirse. En efecto, en estos análisis económicos se pone de relieve la enorme disparidad entre las prevalencias de unos tipos de despidos respecto de otros.

Así, al tiempo que se llama la atención sobre el reducido número de los despidos colectivos (apenas suponen el 3%), se pone énfasis en la aparentemente nimia cantidad de despidos improcedentes: que supondrían **“apenas un 0,15%, pese a estar en el centro del debate político sobre la indemnización”**¹⁶.

Obviamente, este dato no es nada representativo de la realidad. En ella hallamos (las bases estadísticas del Consejo General del Poder Judicial -CGPJ- así lo evidenciarán) que, año a año, los órganos de la jurisdicción social conocen miles y miles de asuntos de despido **y decenas**

de miles son declarados improcedentes cada año, aunque puedan proceder de años anteriores (más con la últimamente grave dilación de la justicia social). No obstante, un análisis más detenido de la estadística de la TGSS ya apunta en la misma dirección de un volumen de despidos improcedentes muy superior al porcentaje que se indica.

En efecto, de un lado, **tal estadística prueba que nada menos que el 55%** de los despidos notificados (a Seguridad Social en lo que va de 2023) **son disciplinarios**. Como es lógico, y la prueba estadística judicial así lo adverará -se insiste-, **un gran número de esos despidos (más de la mitad) serán impugnados judicialmente y en medida elevada declarados improcedentes**. Debe recordarse que, de allanarse con la decisión, no lleva indemnización, por lo que la persona buscará por la vía judicial (gratuita) obtener un pronunciamiento favorable, **sirviendo además tal vía**, atendiendo a la probabilidad de que sea declarado improcedente, **de incentivo para alcanzar un acuerdo**, incluso pese a la derogación del despido exprés. Veremos, a partir de las estadísticas del CGPJ, cómo hay **una marcada preferencia por la conciliación extrajudicial en materia de despido (1 de cada 2 asuntos de despido terminan con avenencia)**, lo que en buena medida supone una

¹⁶ <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12406781/08/23/espana-pulveriza-los-registros-de-despidos-superan-los-476000-en-la-primera-mitad-de-2023-.html#:~:text=>

3.3. La necesidad de evitar un error derivado de ciertas estadísticas oficiales: los despidos improcedentes anuales se cuentan por decenas de miles, no son un porcentaje mínimo

forma de convalidación institucional del referido favor empresarial por decisiones de despido sin causa (arbitrario, abusivo o fraudulento).

Un incentivo que es menor, pero también existe, para el segundo tipo más frecuente (**despidos objetivos**), que suponen el **41,8%**, con una indemnización tasada en 20 días por año trabajado (tope 12 meses)¹⁷. Aquí hay que recordar cómo, **pese a los cambios legales acordados socialmente con la reforma laboral, las vías alternativas a los despidos económicos objetivos (no colectivos), siguen sin reconocerse, ni legal ni judicialmente (ej. no existe el derecho a la**

recolocación interna, a diferencia de otros países, como Francia).

En consecuencia, como hemos visto y probado, sí que el despido originariamente sin causa justificada (desde el mismo momento de la decisión empresarial) es una opción significativamente seguida en nuestro mercado laboral. Una razón para ello está, como vamos a comprobar con números (de las palabras a las cifras), por la exigua cuantía de **la indemnización, sea promedio sea, sobre todo, más frecuente en España por despido arbitrario.**

¹⁷ Como no conlleva una nueva baja la Seguridad Social apenas los recoge. La reforma laboral de 2012 eliminó el despido exprés, que permitía a la empresa reconocer la improcedencia en el momento del despido, lo que obligaba al trabajador a recurrir en todos los casos, una situación que la reforma aprobada a finales de 2021 no revertió <https://www.economista.es/economia/noticias/12406781/08/23/espana-pulveriza-los-registros-de-despidos-superan-los-476000-en-la-primera-mitad-de-2023-.html>

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción

Las estadísticas comentadas no solo analizan el número de despidos y sus tipos, sino también, y esto es lo más relevante en este Estudio, como es lógico, sus costes. El análisis detenido, ni superficial ni precipitado, de tales estadísticas mostrará con claridad el aserto del que aquí se parte: la pérdida de eficacia de la protección frente al despido sin causa en España no solo está programada en la norma (Desdentado), sino que queda agudizada en su aplicación práctica a un mercado de trabajo que, como el español, sigue presentando altas tasas de inestabilidad (poca antigüedad), de parcialidad del empleo femenino y bajos salarios promedio y más frecuentes. Precisamente, los dos factores de objetivación automática de las cuantías indemnizatorias. Una evidencia palmaria de que, frente al tópico neoliberal, el coste del despido no actúa realmente como una barrera para la salida de la empresa, aunque no haya una causa justificativa del cese, más allá de un puro análisis favorable de costes-beneficios de la empresa ¹⁸.

Sorprenden, por tanto, los análisis simplistas, puramente idealizados, del coste del despido en España en virtud de una comparación sesgada e irreal, de las diferentes normas europeas de cuantificación del despido improcedente. Aunque ya hemos visto que España es el país de la UE-15 (también de la OCDE) que más

intensamente rebajó la protección normativa frente a los despidos individuales, situándose ahora por debajo de la media europea (también de la OCDE), se siguen sucediendo los titulares e informes que intentan sostener que, en España, de iure, el coste del despido está entre los más elevados de la UE y de la OCDE. Entonces ¿es caro o es barato despedir individualmente **en España? ¿Tiene alguna justificación quienes sostienen que no solo no es barato, sino que es el más caro de Europa?**¹⁹.

Veamos los números, antes de responder a estas preguntas, pues creemos que una vez -bien- analizados se responden por sí mismas. Comprobaremos que la quiebra de la eficacia protectora del régimen jurídico del despido improcedente es muy acusada para ciertos colectivos, los más vulnerables, también las personas despedidas con mayor frecuencia. La extrema fragmentación resarcitoria es digna de mención, con el nocivo efecto de protección (desprotección) asimétrica de la normativa. El contraste de la regla analizada abstracto con su aplicación concreta, a cada realidad de la persona despedida (factores de vulnerabilidad), es extremo y, por consiguiente, exige su compensación a través de factores correctores de cuantificación indemnizatoria con la debida reforma.

18 Para [Bentolila \(1997\)](#) el coste esperado de despido es un resultado de la respuesta estratégica que tienen las empresas y los trabajadores ante el marco legislativo de referencia, especialmente en los casos en que no existe acuerdo entre las partes. Los jueces crearían así un marco de incentivos que operarían en el mercado de trabajo, afectando a dicho coste esperado a través de una vía directa (aumentando la proporción de casos en los que se declara improcedente o nulo, aumentando la demora en la resolución, y aumentando el coste de asesoramiento legal del empresario), y de una forma indirecta, a través de la probabilidad de que el trabajador recurra el despido, la probabilidad de conciliación previa y la disposición del empresario a pagar mayor indemnización pactada previamente al juicio, además de la incertidumbre que genera el proceso de reclamación.

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción

La dispersión y diversidad numérica se comprueba con datos como estos. A saber:



Si en 2015 -primer año de la serie- el promedio indemnizatorio por despido en términos absolutos (todo tipo de los despidos, incluyendo colectivos, con cifras cuatro veces superiores a la media de los individuales) fue de **10.044€**, en 2017 se situaba tan solo en **9.126** (en torno al 10 por cien menos). **En 2018 pasó a 9.306,4€, promedio que se mantuvo prácticamente invariado el año siguiente,**

en 2019 (sin perjuicio de ciertas fluctuaciones según el tipo de despido, mayor a la baja en el despido colectivo, así como en los despidos individuales disciplinarios, siendo alcista en los despidos objetivos). En todo caso, conviene advertir que **en estos años el promedio de despidos individuales es menor: en torno a los 8.530€** los disciplinarios y algo menos de **8.000€** los objetivos.

¹⁹ Como se sostiene, sobre estudios de FEDEA, en "El despido en España no es barato, es el más caro de Europa", <https://www.elcorreo.com/economia/trabajo/despido-espana-barato-caro-europa-20230402005501-ntrc.html>

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción

La tabla siguiente (fuente la estadística ministerial) lo refleja bien:

Año 2019						
	DESPIDOS		CANTIDAD MEDIA INDEMNIZADA (2)		CANTIDAD MEDIA FOGASA (Otros pagos)	
	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior
TOTAL DESPIDOS (1)	474.222	47.558	9.310,7	4,3	0,9	-715,6
TIPO DE DESPIDO						
Despido disciplinario individual	148.622	4.210	8.534,0	-286,1	0,1	0,1
Despido causas obj empresa	260.562	24.953	8.019,7	171,9	0,2	0,2
Despido causas obj trabajador	23.826	4.163	7.395,0	522,5	0,1	0,1
Despido colectivo	38.469	12.630	22.593,9	-4.853,0	6,6	6,6

(1) En el TOTAL se incluyen los datos de despidos no clasificados por tipo por no disponer de esa información. Los despidos no clasificados por tipo suponen (2) La cantidad media indemnizada por despido se calcula para las indemnizaciones exentas de tributación. Incluye los pagos directos a Fogasa.

Tabla. 2019 . Cuantías (absolutas y promedio) atendiendo a diferentes tipos de despidos, así como la cuantía pagada por el FOGASA). Fuente: MTE

El año -siempre singular por la pandemia- 2020 supuso una rebaja de esa media de la indemnización, pues se situó en **8.965€** (casi 346€ menos). Ahora bien, de nuevo, conviene estar atentos a los datos bien ponderados, porque los **despidos individuales disciplinarios se incrementaron en casi 600€ (9.131€)**, mientras que los objetivos no conocieron apenas fluctuación o variación (7.570€ para los objetivos por causa de la empresa y 8.194 para los objetivos por causa de la capacidad de la persona empleada). La tabla es expresiva ²⁰:

Año 2020						
	DESPIDOS		CANTIDAD MEDIA INDEMNIZADA (2)		CANTIDAD MEDIA FOGASA (Otros pagos)	
	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior
TOTAL DESPIDOS (1)	479.181	4.959	8.965,0	-345,7	0,3	-0,6
TIPO DE DESPIDO						
Despido disciplinario individual	115.061	-33.561	9.131,0	596,9	0,0	-0,0
Despido causas obj empresa	290.039	29.477	7.570,5	-449,2	0,1	-0,1
Despido causas obj trabajador	21.409	-2.417	8.194,2	799,3	-	-0,1
Despido colectivo	50.325	11.856	17.079,3	-5.514,6	0,9	-5,7

(1) En el TOTAL se incluyen los datos de despidos no clasificados por tipo por no disponer de esa información. Los despidos no clasificados por tipo suponen un 0,5%.

(2) La cantidad media indemnizada por despido se calcula para las indemnizaciones exentas de tributación. Incluye los pagos directos a Fogasa.

20 https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/dec/index.htm

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción

En el año 2021, la indemnización media por despido crece en su cantidad promedio global, incluso puede que decirse de forma significativa: se sitúa en 11.416€, la más elevada de la serie, con un incremento de más de 2.500€ respecto al año anterior. Ahora bien, una vez más, conviene atender a los datos desagregados para que nos ofrezcan

una información más precisa. En efecto, de nuevo, la cuantía promedio nos induce a cierta deformación de la imagen real de la situación resarcitoria para despidos individuales, que son los aquí analizados, en la medida en que:



El incremento mayor, que es el único realmente relevante económicamente por su cuantía, se produce para los despidos colectivos: aumentan 4.818€, pasando de poco más de 17.000€ el año pandémico, 2020, a 21.754€.



En cambio, los despidos disciplinarios individuales apenas experimentan una variación significativa, solo 372€ respecto del año anterior, de modo que, para este tipo de despidos, la gran mayoría (más de la mitad de los realizados), la indemnización promedio será solo de 9.512€.



Sí aumenta de forma relevante la cuantía de los despidos individuales de tipo objetivo por causa de la empresa (aumenta 1.821€), que prácticamente se equipara a los disciplinarios en promedio indemnizatorio: 9.310€

La siguiente tabla (Fuente: Estadística ministerial²¹) refleja claramente todas las observaciones aquí realizadas.

Año 2021 (*)		DESPIDOS		CANTIDAD MEDIA INDEMNIZADA (2)		CANTIDAD MEDIA FOGASA (Otros pagos)	
		Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior
TOTAL DESPIDOS (1)		447.705	-9.613	11.416,7	2.510,0	0,1	-0,2
TIPO DE DESPIDO							
Despido disciplinario individual		118.373	8.027	9.512,3	372,2	0,0	0,0
Despido causas obj empresa		231.136	-46.648	9.310,3	1.821,4	0,0	-0,1
Despido causas obj trabajador		22.321	1.812	8.656,6	514,4	-	-
Despido colectivo		75.328	27.181	21.754,9	4.810,6	-	-1,0

(*) Datos provisionales. No incluyen los despidos cuya indemnización tribute en las haciendas forales de País Vasco
(1) En el TOTAL se incluyen los datos de despidos no clasificados por tipo por no disponer de esa información. Los despidos no clasificados por tipo suponen un 0,1%.
(2) La cantidad media indemnizada por despido se calcula para las indemnizaciones exentas de tributación. Incluye los pagos directos a Fogasa.

Tabla. 2021. Cuantías (absolutas y promedio) atendiendo a diferentes tipos de despidos, así como la cuantía pagada por el FOGASA). Fuente: MTES

21 https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/dec/index.htm

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción



a **Más indemnización, por mejores condiciones, pero menos despidos.** El sector de suministros de energía, con un reducido número de personas empleadas, pero mejores condiciones de trabajo, en virtud de sus potentes convenios colectivos, conoce una indemnización media por despido de unos **46.000€**. En cambio, "solo" presenta **554 despidos**. Una situación análoga a la que presentan otros sectores de significativa protección convencional, como el sector financiero y de seguros, con una media de **40.372€**.

Este presenta con alguna periodicidad un número significativo de despidos (ej. más de 13.000 despidos en 2021). Pero es bien sabido que a menudo colectivos, por lo que gozan de la protección de la negociación colectiva, dado que a menudo son acordados

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción

b

Menor promedio indemnizatorio, mayor tasa de desempleos. En el extremo se encontrarían, sin embargo, sectores económicos con mayor volumen de empleo, pero condiciones de trabajo más precarias, atendiendo a la menor protección convencional. Sería el caso, por ejemplo, del sector de:



La hostelería, en el que, con más de **46.000 despidos** tan solo tiene una media **indemnizatoria de 3.834€**.



El de la construcción, que con **43.000 despidos** tiene un promedio resarcitorio o de indemnización por despido de **4.218€**.

En suma, por sector de actividad económica, la fragmentación, dispersión y dualidad protectoras son manifiestas, extremas. Es evidente que un sistema normativo que quede anclado en **factores de cuantificación automatizada**, igual para todas las situaciones, sin atender adecuadamente a los factores diferenciales, en este caso de actividad laboral (que sintetiza diferencias de condiciones de trabajo

y de protección convencional), **está abocado a una incapacidad de cumplir su función de protección** adecuada a la persona trabajadora, en términos de reparación suficiente de daños y efecto disuasorio eficaz frente al despido sin causa justificativa. De ahí la crítica doctrinal por ineficacia programada, con una clara brecha de protección en atención al sector de actividad.

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción



Es evidente que, en función del sector económico prevalente en cada CA, así se producirá la media indemnizatoria, existiendo importantes brechas territoriales en la tutela resarcitoria. Como es natural, el lugar de establecimiento de la empresa que hace el

despido generará o mayor o menor volumen de expectativas para encontrar nuevos empleos tras el despido, con lo que también es un factor relevante, atendiendo al factor de expectativas de empleabilidad del mercado local de empleo.

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción



a

Aunque hay un mayor número de hombres despedidos que de mujeres, por la sencilla razón de que constituyen un volumen de población trabajadora también mayor, **la media indemnizatoria es notablemente menor para las mujeres que para los hombres, como resultado tanto de la menor antigüedad en el servicio y el menor salario** ²².

Las brechas laborales de género repercuten también, pues, en brechas de género indemnizatorias por despido arbitrario. Es interesante esta cuestión porque, como se ha puesto de relieve, a diferencia de la edad y el sexo, y salvo indirectamente a través

de las responsabilidades familiares, el sexo no ha sido tenido nunca en cuenta como criterio de cuantificación diferencial de la indemnización en la legislación social histórica, previa al modelo estatutario de indemnización legalmente predeterminada.

²² Así las indemnizaciones medias por edad y sexo son las siguientes en 2021: en trabajadores de 16 a 19 años era de 292 euros (301,2 en los hombres, 276,6 en caso de mujeres). De 20 a 24 años era de 1.052,7 (1.158,7 hombres, 907,8 euros en mujeres). De 25 a 34 años la indemnización media era de 3.593,4 euros (3.638,2 en hombres, 3.540,7 en mujeres). De 35 a 44 años era de 9.647,8 euros (9.154,8 en hombres y 10.244,1 en mujeres –único caso en ser superior-). De 44 a 54 años era de 15.114,3 (15.472,9 en hombres y 14.621,6 en mujeres). De 55 y más años, la indemnización media era de 21.705,1 (23.884,9 en caso de hombres 17.687,6 en mujeres). Se comprueba el efecto de la antigüedad en la indemnización y la menor actividad laboral de las mujeres.

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción

b

Ese diferencial indemnizatorio tiene su reflejo también si combinamos el sexo con la edad, si bien el efecto no es lineal en todas las cohortes etarias. La brecha se produce fundamentalmente en la franja de edad entre 20 y 24 años (1.158€ de media indemnizatoria para hombres, 908€ para las mujeres, casi un 25 por cien), **e, intensamente, en el colectivo de 55 y más años** (23.885€ de media indemnizatoria para los hombres, 17.687 para las mujeres).

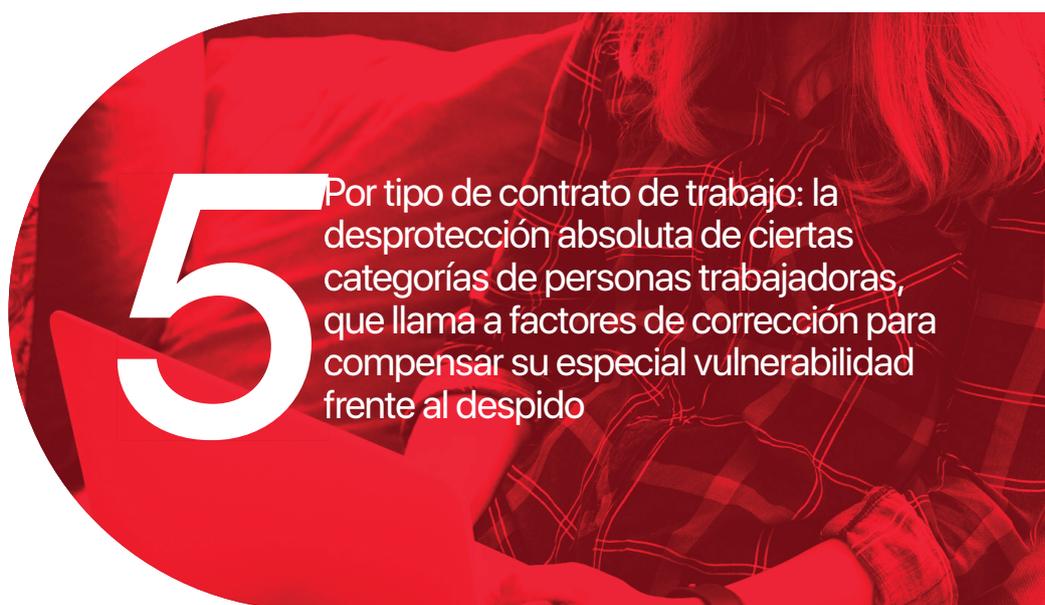
Es obvio que, en esta última franja de edad, con un volumen muy elevado de despidos (55.479 de hombres, 30.94 de mujeres), aunque no es la franja de edad que más los sufrirían (la mayor incidencia se da entre 35 y 54 años: más de 235.000), se halla una situación inquietante, al acumularse dos factores relevantes de vulnerabilidad: sexo y edad. La

brecha de género indemnizatoria se agudiza con la brecha etaria, golpeando de forma significativa a las mujeres, que tendrán menos oportunidades en el mercado de trabajo para encontrar un nuevo empleo, lo que no puede ser irrelevante a la hora de establecer la cuantía indemnizatoria desde el enfoque de un derecho a la indemnización adecuada.

En suma, se confirma la necesidad de incluir factores correctores del quantum indemnizatorio por despido impropio de carácter personal, en

línea con lo que, según se recordó, se estableció en la legislación precedente al ET.

3.4. El coste del despido (más sin causa real) si es, tanto de iure (modelo normativo) como de facto (aplicación práctica en nuestro mercado de trabajo), bajo, por lo que alienta, no disuade, su adopción



5 Por tipo de contrato de trabajo: la desprotección absoluta de ciertas categorías de personas trabajadoras, que llama a factores de corrección para compensar su especial vulnerabilidad frente al despido

a

La **temporalidad** despliega sus efectos de precarización frente al despido. Así, quienes tienen contratos temporales, si son a tiempo completo tienen una media indemnizatoria de solo **1.477€**, reduciéndose notablemente si se trata de jornada a tiempo parcial (**618€**).

b

La **fijeza discontinua** deja también su huella en la reducción de la protección indemnizatoria por desempleo, en la medida en que la media estaría por debajo de los **4.500€**.

c

La **parcialidad, aún en contratos indefinidos**, igualmente se proyecta en el debilitamiento de la tutela resarcitoria: quienes trabajan indefinidamente, pero a tiempo parcial, perciben una indemnización **promedio de 4.647€**.

c

El **carácter indefinido y a tiempo completo constituye** la modalidad con más protección, como es lógico, pero la media indemnizatoria tampoco supone ninguna garantía ni de resarcimiento suficiente ni de efecto disuasorio: **18.112€**.

3.5. La evidencia de ineficacia protectora frente al despido arbitrario cuando el modelo normativo es confrontado con su aplicación efectiva (práctica): falta de realismo de quienes defienden el modelo actual

En las páginas anteriores ya habíamos comprobado cómo, desde un punto de vista exclusivamente normativo, esto es, **de iure** ("deber ser"), por tanto, desde una visión formal, general y abstracta de la representación normativa de la regulación indemnizatoria del despido improcedente, es decir, sin causa real y seria, España ha sido el segundo país de la UE –después de Portugal, pero que mantiene un índice superior al español– que de manera más radical ha devaluado su índice de protección frente al despido **(pasando desde un 3,55 a apenas**

un 2 por cien, reduciéndolo más de un 40 por cien –prácticamente a la mitad-). Ahora bien, si desde una clave de garantismo jurídico pragmático atendemos no solo a la norma, sino a su proyección práctica en un mercado de trabajo dado, el español, comprobamos, de nuevo de manera objetivada, numérica, no puramente especulativa, sino científica, medida (cálculo económico), esto es, **de facto** ("ser de la norma"), hemos visto igualmente cómo los datos son inequívocos y contundentes:

+ El promedio



El promedio indemnizatorio general para las relaciones indefinidas y a tiempo completo es de unos 18.000€. Lo que es solo **el equivalente en torno a un 60% de una anualidad media para tal colectivo –27.228€²³**, coincidiendo en lo sustancial con el salario más frecuente o modal, según tabla²⁴. O, lo que es lo mismo, a unos 9 meses de salario – muy por debajo del límite máximo fijado legalmente: 24 mensualidades–, esto es, apenas un 40 % del límite legal.



Poner los dos ejemplos del periódico que prueba el idealismo



Pero las desigualdades o brechas (no decimos discriminaciones, por cuanto se deben a las diferencias contractuales y salariales) indemnizatorias son de una dimensión abismal, porque en el caso de las personas trabajadores con contratos temporales apenas alcanza un promedio de 1.500€, como vimos.

23 [NP EAES 2021 \(ine.es\)](https://ine.es)

24 [¿Cuál es el sueldo medio español? Salario medio y salario más frecuente | Blog Bankinter](#)

3.5. La evidencia de ineficacia protectora frente al despido arbitrario cuando el modelo normativo es confrontado con su aplicación efectiva (práctica): falta de realismo de quienes defienden el modelo actual

Si hacemos las correspondientes correlaciones con parámetros cuantitativos que nos informen realmente de la eficacia o ineficacia protectora del régimen legal del despido, **hay que evidenciar que tal cuantía resarcitoria resulta irrisoria (1.500€ apenas equivale a una mensualidad salarial), por lo que ni tiene efecto reparador alguno ni mucho menos disuasorio²⁵. Apenas cabe apreciar un cambio relevante en esta doble valoración crítica** (ni el promedio de 4.600€ para las personas despedidas con contrato indefinido a tiempo parcial, ni mucho menos los 600 euros de los contratos temporales y parciales son representativos de una indemnización adecuada) **para los despidos de personas que tienen otros contratos atípicos o**

distintos al prototípico (indefinido y jornada completa).

Si estos datos económicos y esta prueba estadística son conocidos y contundentes ¿cómo es posible que, para tratar de verificar que el coste del despido en España sería el mayor de Europa, se acuda a ejemplos muy alejados de la realidad del mercado laboral español²⁶, no ya de las situaciones más frecuentes, sino incluso de las situaciones medias o promedio, donde la dispersión estadística es muchísimo más acusada? Para dar una mayor concreción a esta crítica, traigamos a colación los 3 ejemplos que varios medios han traído a colación, a partir de estudios de FEDEA y otros institutos económicos (con una información jurídica poco fiable, dicho sea de paso). A saber²⁷:



Como primer ejemplo, se indica que el promedio para personas trabajadoras de **20 años de antigüedad, para un despido objetivo sería de 362 días.**

A partir de ahí, se dice –apelando a un Informe de la OCDE de 2021– que eso es “*el triple que Portugal y el doble que Francia, Irlanda o Grecia y muy alejado de los 18 días que se pagan en Italia o los 45 de Austria, Dinamarca o Polonia*”. Ahora bien, dejando de lado que, como se ha recordado e insistido, España está ya por debajo de la mayoría de esos países (no de Austria y Dinamarca, pero estos países no han ratificado el C 158 OIT ni la Carta Social Europea

Revisada, lo que se omite en esas informaciones, por lo que no está sujeto al deber de fijar una indemnización adecuada –además de que Austria tiene un modelo diverso, el célebre de la “*Mochila Austriaca*”, que algunos quieren implantar en nuestro país²⁸–) en el IPE (Indicador de Protección de Empleo frente al despido individual) *¿cuántas son las personas despedidas que alcanzan esa cuantía?* Ya hemos visto que muy pocas.



Conscientes de que esa antigüedad es completamente irreal, recurren a un segundo ejemplo: si fuera una antigüedad de cuatro años, de nuevo para los despidos objetivos (que no son la mayoría, sino que lo son, como vimos, los disciplinarios) se pagarían 80 días de salario.

²⁵ El salario promedio para los de contrato de duración determinada fue de 19.842,69€ el año 2021. NP EAES 2021 (ine.es)

²⁶ Es interesante comprobar, lo que es casi de Perogrullo, es lógico por el factor a tener en cuenta, cómo la actividad económica con mayor remuneración anual fue “Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado”, con 52.985,83 euros. Por el contrario, los asalariados de Hostelería tuvieron la ganancia media más baja, con 14.632,81. Si en el caso del sector de suministro de energía, la indemnización promedio se acerca, pero es notablemente menor –recordará que 46.000€– a su salario promedio, **en el caso de la hostelería la distancia entre una anualidad retributiva y la indemnización de despido promedio es también enorme –la indemnización promedio es solo 1/3 del salario promedio–**

²⁷ [El despido en España no es barato, es el más caro de Europa \(heraldo.es\)](https://www.heraldo.es)

²⁸ [Ratificación de los convenios de la OIT: Ratificación por convenio \(ilo.org\)](https://ilo.org)

3.5. La evidencia de ineficacia protectora frente al despido arbitrario cuando el modelo normativo es confrontado con su aplicación efectiva (práctica): falta de realismo de quienes defienden el modelo actual

En este caso, ya no se habla de promedios sino del dato estrictamente normativo (20 días de salario por año de servicio, si es procedente, no si es improcedente). Pero, además de que aquí se mezclan los criterios, con lo que es difícil comparar, pareciendo quedarse solo con el dato del despido objetivo lícito y en el plano normativo, no medio –más bajo notablemente–, lo cierto es que ya se indica que España ocupará el “quinto país más caro”. Pero, de nuevo, habría que volver a situar la cuestión en su justa medida, pues

además de que el IPE global está por debajo, de iure, cuando hablamos de facto, en la realidad, el promedio baja muchísimo esa protección para la mayor parte de las personas trabajadoras. Y, además, el debate no se está suscitando en el marco del precio o coste del despido procedente²⁹, sino en el de improcedente y sin causa, por lo que, una vez más, la comparación no solo es confusa en los criterios, sino inadecuada, porque ni va al problema realmente:

1 **La ineficacia protectora frente al despido sin causa** (no está en juego en este momento el despido con causa objetiva, sobre todo económica, máxime una vez derogado el despido por absentismo laboral).

2 **Las típicas condiciones del mercado de trabajo español**, que hace que los únicos dos factores objetivos y de jugo automático utilizados (antigüedad y salarios), sean en España más bajos que el promedio de los países que se referencian. Así:

a **Menor estabilidad real.** Pesa al importante hito que ha representado la reforma laboral de 2021, con un importante cambio de dinámica contractual, impensable hace años, España (ha reducido 8 puntos la brecha con la media europea respecto de este dato de temporalidad) es el tercer país UE con más temporalidad (**17,4%**), según **Eurostat** (la media europea: **14,6%**) y el que más personas empleadas expulsa al paro cada trimestre (**3% -más del doble de la media europea-**).

El dato es relevante a nuestros efectos porque confirma que la estabilidad real de nuestro mercado de trabajo está muy por debajo, aún, pese al esfuerzo de cambio por la reforma laboral, de la media europea. Por tanto:

El indicador automatizado de tiempo de antigüedad dará peores resultados en el cálculo indemnizatorio que en la mayoría de los países europeos, donde las rotaciones son menores

Se explica, así, que pese a que, en los estudios económicos orientados a poner como ejemplo del alto coste del despido, siempre salga Holanda como un país donde el despido es más barato, lo cierto es que ese país tiene un IPE del **3,61**, con lo que su índice de estabilidad real es muy superior al de España. Lo que es muy indicativo de que la indemnización de despido ni repara los daños ni disuade de nada en un buen número de situaciones.

El porcentaje de transición desde el empleo al paro es el triple en España que, en Holanda, y eso pese a que Holanda tiene una temporalidad –tras el cambio de estadísticas–, superior a la de España (está en más del 27 por cien).

Una vez más se confirma que las comparaciones simplonas, aspecto a aspecto de los sistemas de relaciones laborales no sirven para comprender cómo son y funcionan los mercados de trabajo nacionales y sus sistemas ordenadores, menos los costes de despido y su funcionamiento real.

²⁹ Por eso, de nuevo se apela a casos de difícil realización y a situaciones diferentes. Se dice que el caso de un trabajador con 10 años de antigüedad despedido de forma objetiva recibiría de media 28,6 semanas de salario, mientras que el segundo país en el que mejor protección tendría es en Grecia (26 semanas). En Alemania e Irlanda se pagarían 21 semanas; en Portugal, 17 semanas; en Francia cuentan con poco más de diez semanas de indemnización; y en Reino Unido, apenas ocho semanas (según datos del Banco Mundial de 2015). Pero además, se recuerda que hay bastante países en los que no se prevé una indemnización específica por despido objetivo procedente, citándose a [Austria](#), [Dinamarca](#), [Italia](#), Países Bajos, Chipre, Finlandia, Suecia y Malta. Conviene insistir en el dato –que omite este análisis– que la gran mayoría de ellos no han ratificado el Convenio 158 OIT (ej. Austria, Dinamarca, Italia, Países Bajos, Malta), otros sí (Chipre, Finlandia –se recordará que fue condenada por el CEDS–, Suecia) contemplando otro tipo de medidas de carácter alternativo (ej. en Austria la célebre “Mochila austriaca”).

3.5. La evidencia de ineficacia protectora frente al despido arbitrario cuando el modelo normativo es confrontado con su aplicación efectiva (práctica): falta de realismo de quienes defienden el modelo actual

b

El salario medio en España es entorno a un 20% más reducido que el europeo, lo que representa que una persona trabajadora gana en España, de media, unos 480€ menos al mes que en la UE³⁰.

En consecuencia, se entiende que el otro factor automatizado, salarios, también se aun hándicap a la hora de comparar la función de garantía resarcitoria de nuestro sistema de regulación del despido con los otros países de la UE, evidenciando también un menor efecto

reparador y disuasorio³¹. **En suma, también este dato de la realidad pone de manifiesto la escasa (por tanto, insuficiente) eficacia de la tutela resarcitorio-disuasoria efectiva frente al despido en general, y sin justa causa en particular.**

30 Vid. Informe IX Monitor Anual Adecco sobre Salarios. El salario medio mensual en España se situaría en 2022 en torno 1.822 euros/mes, mientras que habría sido de 2.302€ mes de media en la UE. Todos los países de economías referenciales para España, como Alemania, Francia, Italia u Holanda está por encima de esa cuantía. Sí estaría por encima de Portugal y Grecia.

31 [España es uno de los seis países europeos con salarios más bajos que hace una década \(elconfidencial.com\)](https://elconfidencial.com)

3.6. Un "efecto invisible" de la dispersión estadística por la dualidad del empleo en España: La indemnización más frecuente es, además, notablemente menor que la indemnización promedio, aunque no se calcule estadísticamente

Como hemos visto, los datos estadísticos sobre las indemnizaciones promedio por despido evidencian, con suficiente claridad, la doble insuficiencia de su regulación legal para proteger eficazmente frente al despido sin causa, tanto en lo que concierne a su función reparadora de daños como disuasoria del ejercicio arbitrario de la facultad extintiva, hoy imperativo constitucional e internacional (art. 24 CSER). **La indemnización media ronda los 10.000€**, si se atiende al promedio de sectores y todo tipo de contrato, manteniéndose relativamente estable, con pequeños vaivenes (la de 2021 es análoga a la de 2015, pero entre 2015 y 2018 se produjo un leve descenso, y entre 2019-2021 un leve ascenso)³². Ahora bien, como también hemos visto, existe una gran dispersión, **pues los sectores económicos que más despiden son los que tienen peores condiciones** de trabajo (menos antigüedad y salarios más bajos)

En consecuencia, las deficiencias de protección resarcitoria aún son mayores si se tiene en cuenta otro dato estadístico que, sin embargo, no se recoge en las estadísticas ministeriales: la **indemnización más frecuente o indemnización modal**. En efecto, como hemos visto, y sucede también con los salarios, **existe una gran dispersión estadística, lo que genera una indemnización promedio**

distorsionada por la extrema disparidad de situaciones reales.

Los números son contundentes. Las diferencias entre sectores y tipos contractuales son tan significativas, como hemos visto, que el dato promedio, con ser relevante, no es el más adecuado para apreciar con toda crudeza lo reducido de las indemnizaciones, es decir, lo barato del despido, de una notable mayoría de personas trabajadoras, aquellas, además, más vulnerables y que no son las más infrecuentes, sino más bien lo contrario. Por eso habría que proponer que las estadísticas ministeriales también aportaran el dato de la indemnización más frecuente o indemnización modal, no solo la promedio, como ya sucede respecto del salario, el otro factor automatizado determinante para el cálculo indemnizatorio, junto con la antigüedad. **La dualidad es extrema -fruto de todas y cada una de las dualidades y brechas del mercado de trabajo- pudiendo superar un ratio de 200 a 1: con lo que el despido no solo es fácil, incluso sin causa, sino desigual, muy barato en los casos más frecuentes**³³.

No disponemos de esa estadística propiamente, pero sí en materia salarial. Y en ese caso hemos visto que las diferencias pueden estar en torno al 30 por cien entre el salario medio y el salario más frecuente. Teniendo en cuenta que, de un lado, uno de los factores

32 <https://www.publico.es/economia/coste-despido-radiografia-despido-espana-facil-barato-desigual.html#analytics-noticia:contenido-enlace>

33 <https://www.publico.es/economia/son-indemnizaciones-despido-espana.html>

3.6. Un “efecto invisible” de la dispersión estadística por la dualidad del empleo en España: La indemnización más frecuente es, además, notablemente menor que la indemnización promedio, aunque no se calcule estadísticamente

objetivados es el salario y, de otro, que el otro se mide atendiendo a la real estabilidad, siendo España uno de los que menor tasa de estabilidad real tiene, parece claro que la indemnización por despido más frecuente será notablemente inferior a la indemnización estadísticamente promedio.

Esta dispersión, por tanto, radical dualismo resarcitorio, con el consiguiente efecto de regresividad protectora en materia de despido (se protege más a quienes tienen posición

contractual más sólida y menos a quienes la tienen más debilitada en su contrato y en el mercado de trabajo), también se puede apreciar en la estadística ministerial. **En ella se deja claro que los sectores con mayor frecuencia de despido son los que menor cuantía ofrecen, la mayoría por debajo del promedio de los 11.416,7€.** La siguiente tabla (con información ministerial vista) lo evidencia (la excepción está en el sector financiero, pero se dio la causa: la prevalencia de despidos colectivos):

SECTOR DE ACTIVIDAD	NÚMERO DE DESPIDOS	INDEMNIZACIÓN PROMEDIO
Comercio	86.908	13.104€
Industria manufacturera	50.763	18.459€
Hostelería	46.099	3.833,9€
Construcción	43.818	4.218,8€
Actividad administrativa	31.071	7.536€
Sanidad y servicios soc.	14.090	6.669€
AAPP	2.844	3.451€
Suministro energía	554	45.844€
Actividades financieras y seguros	13.608	40.377€

Las brechas indemnizatorias de las situaciones más frecuentes son aun mayores que las promedio y, en consecuencia, se agudiza el carácter regresivo de la normativa en su aplicación práctica: quienes tienen más factores de debilidad o vulnerabilidad en el mercado de trabajo terminan con una desprotección aún

mayor, respecto de los que tienen una posición contractual mejor. Por tanto, las brechas indemnizatorias por el despido recogen todas las brechas laborales más relevantes y, en consecuencia, ofrece una situación muy preocupante, que una indemnización tasada y topada, con factores automáticos de cálculo, no solo no corrige, sino que perpetúa y agudiza.

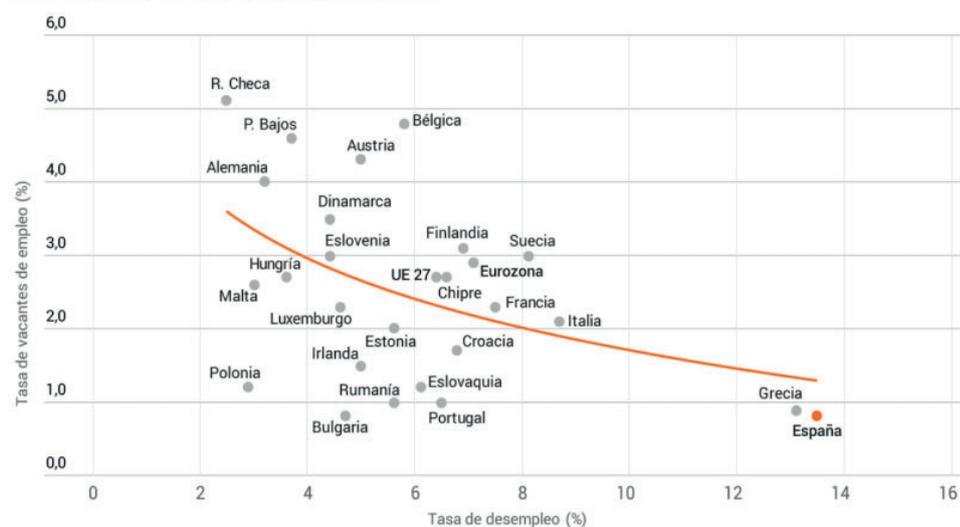
3.7. La pérdida de expectativas de recolocación tras el despido: España es el país de la UE con menor tasa de oportunidades para hallar un nuevo empleo tras cesar en el anterior

Finalmente, dentro de este necesario estudio empírico para comprobar la reducida o escasa eficacia de la tutela resarcitoria en España por despido improcedente, ahora en su función básica de compensación suficiente de daños y perjuicios derivados de tales ceses sin causa justificada, es necesario contemplar otro dato que habitualmente no es tenido en cuenta en estos análisis: **España también sigue apareciendo en último lugar ("a la cola") en torno a las oportunidades que ofrece su mercado de trabajo para hallar un nuevo empleo** (tasa de recolocación tras cesar en la relación anterior -cualquiera que sea el motivo

-despido procedente, despido sin causa, desistimiento, dimisión...-). De conformidad, una vez más, con los datos derivados de EUROSTAT, España, pese a que está conociendo un volumen de empleo histórico, sería el país de la UE con peor ratio entre puestos de trabajo disponibles (la menor tasa de vacantes de la zona euro: 0,9) y paro (mayor tasa de paro -11,6%- de la zona euro -6,4%; 5,9% en media europea-). De ahí que algunos analistas acudan a la metáfora del "mercado de trabajo glaciar"³⁴ frente a los mercados de trabajo del "sobrecalentamiento"³⁵ en otros países europeos.

Puntos Beveridge en la Unión Europea

Tasas de paro y vacantes en media 2021-2022



Fuente: Eurostat.

elEconomista.es

34 <https://www.economista.es/economia/noticias/12140958/02/23/Los-datos-de-Escriba-certifican-el-fracaso-de-la-Gran-Renuncia-pese-al-record-de-dimisiones.html>

35 Para determinar este umbral, Eurostat recurre a un modelo alternativo dentro de la clásica Curva de Beveridge (que refleja una evolución a lo largo del tiempo) y opta por los denominados 'puntos' Beveridge, que reflejan una foto fija que permite comparar el desajuste entre vacantes y ofertas de los países europeos en un momento concreto.

3.7. La pérdida de expectativas de recolocación tras el despido: España es el país de la UE con menor tasa de oportunidades para hallar un nuevo empleo tras cesar en el anterior

Al margen de lo acertado o no de estos calificativos (conviene ponderar el dato del significativo volumen de crecimiento de empleo y empleo estable en España, aunque no sea suficiente para reducir las ratios de desempleo con la UE), a nuestros efectos, sí que tiene importancia esta situación, porque evidencia un mayor obstáculo en España a la hora de hallar un nuevo empleo en caso de despido sin causa,

lo que supondría crear un daño añadido, por la pérdida de expectativas de oportunidades **de empleo**. Un daño personal y social que debe ser resarcido por quien toma decisiones arbitrarias a tal fin, agravando un problema social existente. Además, otros datos demográficos y laborales ponen de manifiesto estos daños añadidos. A saber:

a

Factores demográficos, como el cada vez mayor porcentaje de parados mayores de 45 años (ya son el 57%), el máximo de la serie histórica, que arranca desde 1996. Pasando del 22 por cien en aquellas fechas hasta el inquietante 57 por cien actual. Además, representan el porcentaje de personas paradas de más larga duración (55,59 por cien), según los Informes del Mercado de Trabajo del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE).

En lo que aquí concierne, y dejando de lado la cuestión -importante- de eventuales factores de edadismo y discriminación por razón de edad (ej. una reciente investigación de la **Fundación Iseak** demostró que una persona de 49 años tiene que mandar el doble de currículos para lograr una entrevista de trabajo que una de 35 años, una brecha que aumenta con el nivel de cualificación), parece claro que un factor añadido al perjuicio de una decisión de despido

arbitraria -también si tiene causa, pero cuando carecer de ella es imputable a la empresa, que debería compensar ese plus de daño personal y social- **es la edad de la persona despedida**. Recordaremos que este criterio ha venido estando en la legislación histórica para orientar la fijación de las indemnizaciones por despido sin causa cuando se reconocía margen judicial para ello.

3.7. La pérdida de expectativas de recolocación tras el despido: España es el país de la UE con menor tasa de oportunidades para hallar un nuevo empleo tras cesar en el anterior

Aunque, ciertamente, conviene ponderar adecuadamente este dato. Y ello porque, según la información estadística referida, una persona trabajadora joven, entre 16 y 19 años, percibe una indemnización 100 veces menor que la de

una persona mayor de 60 años. Lo que es obvio, por la escasa antigüedad y el reducido salario, también por sufrir tipos contractuales más atípicos (parciales, temporales)³⁶.

b

España es uno de los países de la UE donde mayor es la brecha entre salarios e inflación (la subyacente y actual, inflación que según señalan las estadísticas oficiales se debe fundamentalmente al aumento de los márgenes empresariales)³⁷, por lo que se consolida la pérdida de poder adquisitivo aun cambiando de trabajo.

Por lo tanto, emerge un nuevo daño derivado de los despidos sin causa justificada o si causa real o seria: una decisión arbitraria empresarial reduce la expectativa de la persona trabajadora víctima de mantener su salario en un eventual

nuevo puesto, por lo que se produce no solo un **daño patrimonial de lucro cesante** sino también de **lucro emergente (peores expectativas salariales, junto a las indicadas ocupacionales)**.

c

La escasa eficacia de los servicios públicos de empleo para la recolocación

36 Radiografía del despido en España: fácil, barato y desigual

<https://www.publico.es/economia/coste-despido-radiografia-despido-espana-facil-barato-desigual.html#analytics-noticia:contenido-enlace>

37 <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12107289/01/23/El-impacto-de-la-Gran-Renuncia-en-los-salarios-ha-tocado-techo-.html>

3.7. La pérdida de expectativas de recolocación tras el despido: España es el país de la UE con menor tasa de oportunidades para hallar un nuevo empleo tras cesar en el anterior

A estos datos sociodemográficos y económico-ocupacionales habría que añadir otros, al menos dos, de carácter estrictamente jurídico que agravan la situación de quien es despedido, con o sin justa causa, objetivamente. A saber:

a

Carecemos de una regulación adecuada del plazo de preaviso, porque no existe en un amplio abanico de situaciones, pese a la exigencia general internacional, y porque allí donde existe, el plazo es muy reducido (15 días), inferior al que está previsto en la mayor parte de los ordenamientos europeos. Ya la OCDE, en 2018, advirtió de la necesidad de elevar ese plazo para facilitar la búsqueda de empleo ante la comunicación de un despido objetivo de futuro inmediato.

b

La jurisprudencia española no considera exigible la imposibilidad de recolocación en otro empleo de la misma empresa o grupo empresarial en tales casos como una condición para la procedencia del despido objetivo económico, a diferencia de lo que sucede -como ya se indicó-, en otros países europeos (caso francés).

En consecuencia, desde un enfoque de gestión empresarial conforme al principio de adecuación social de la medida, trasunto del deber de gestión de buena fe de las relaciones de trabajo, debería establecerse esa obligación de acreditar, por la empresa, la imposibilidad u onerosidad irrazonable de recolocación.

Ciertamente, estos temas desbordan la cuestión del despido improcedente, pues afecta, en realidad, a la gestión del despido en general, en especial los objetivos, incluso con causa. Pero sí da idea de la escasa cultura en nuestro país de la recolocación.

En cualquier caso, de todo lo indicado se deriva, con rotundidad cuantitativa, y mucha inquietud valorativa, la incapacidad de una indemnización automatizada para

afrontar esa mayor vulnerabilidad de unas personas frente al despido respecto de otras.

38 En efecto, respecto a la necesidad o no de acreditar, por parte de la empresa que extingue los contratos, la imposibilidad de recolocar al trabajador despedido, nuestra jurisprudencia ha sido constante en la negación de tal exigencia ya que el artículo 52-c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma. Cfr. STS, 4ª, 190/2023, 14 de marzo.

4. La magnitud y el coste de los despidos improcedente a través de las estadísticas judiciales:

Años 2022 y 2023

4.1. La importancia de explorar unas bases de datos estadísticas poco usadas por los análisis, jurídicos y económicos: la estadística judicial de los despidos improcedentes.

No nos cabe ninguna duda de la enorme utilidad de las estadísticas ministeriales, en los términos en que se han indicado. No obstante, conviene también tomar nota de sus ciertas limitaciones. De un lado la falta de completa actualización. La información estadística disponible por parte del Ministerio llega, hasta el momento, hasta el año 2021 y, en consecuencia, falta datos del bienio 2022-2023. No obstante, hemos ofrecido una información actualizada al primer semestre del 2023 con la información estadística que, en materia de despidos, aporta la TGSS.

De otro lado, hemos visto que la información que se ofrece respecto de la cuantía de las indemnizaciones tiene también ciertas limitaciones para nuestro análisis. Primero por abarcar todo tipo de despidos, incluidos los

que tienen causa justificada. Segundo, por la presencia importante (más del 50 por cien) de despidos objetivos y su indemnización de 20 días de salario, lo que también distorsiona la identificación de la indemnización por despido improcedente. Tercero, porque nos ofrece la indemnización promedio en tales casos, no la más frecuente. Finalmente, porque no es, en última instancia, solo de despidos improcedentes, cuyo volumen está, además, escasamente ponderado.

Por eso, nos ha parecido útil acercarnos a la realidad de la magnitud y coste de los despidos, ahora propiamente improcedentes, a través de otra aproximación: el estudio de las bases de datos judiciales. A tal fin se han manejado varias bases de datos, según el tipo de información que queríamos analizar y extraer.

4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España: La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido

En las páginas precedentes expusimos las razones por las cuales entendemos que, en España, la regulación del despido presenta una **profunda anomalía jurídica**, porque ha mutado su función de protección frente al despido sin causa (garantía frente a usos arbitrarios) en una función incentivadora del mismo, al ser menos costoso (más barato) la extinción sin causa que la readmisión, reconocido que no hay causa. Por lo que no hay efecto disuasorio alguno, sino, al contrario, facilitación, incluso con reconocimiento por parte de la empresa de su actuar sin causa.

Pues bien, otra confirmación de esta honda, e incomprensible (fuera de la pura fe en las recetas liberales de reforma del mercado de trabajo), anomalía reguladora, contraria de plano a la doctrina del CEDS (que no cuestiona el carácter facultativo de la obligación de readmitir, sino que resulte más incentivador optar por el despido sin causa que por el respeto de ésta), es la prevalencia del momento de conciliación extrajudicial cuando de despidos se trata³⁹. Los datos estadísticos en materia de conciliación, elaborados por el Consejo General del Poder Judicial – CGPJ ⁴⁰ –, así lo ponen de relieve. El

dato es muy relevante: más de la mitad (en torno al 54%) de los asuntos relativos a despidos terminan por conciliación extrajudicial.

Previamente a comentar con algún detalle cuantitativo más este asunto, resulta muy llamativo el dato, en sí mismo significativo, del **extraordinario número de asuntos por despido que llegan a la jurisdicción social**: varios centenares de miles anualmente, (si bien más de la mitad se concilian). Naturalmente, ni todos los no conciliados terminan con sentencia, siendo un número mucho más reducido los que acaban con sentencia estimatoria y, por lo tanto, salvo los nulos (menor porcentaje), improcedentes. Aunque es un porcentaje superior a los favorables a la empresa (procedentes). **En todo caso, se dictan decenas de miles de sentencias sobre esta materia al año.**

Las cifras se han mantenido más o menos estables durante estos años, pese a que, en el año 2020, por razones lógicas (pandemia) hubo una reducción muy significativa. Así, en el **año 2019**:

Hubo un total de 253.636 asuntos de despido (el total de conciliaciones de carácter individual fueron 477.099)	Terminaron con avenencia en conciliación extrajudicial 135.437	Terminaron sin avenencia en conciliación extrajudicial 63.162	Finalizaron por otras causas (ej. desistimiento) el resto: 55.037	La cuantía media acordada fue de 18.592€
---	---	--	--	---

39 "De efecto patológico" de la regulación habla Rodríguez Sanz, Beatriz (2021, p. 62)

40 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion--Arbitraje-y-Conciliacion-laborales/>

**4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España:
La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido
confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido**

En 2020 las cifras son las siguientes:

DESPIDOS 2020	
Otras	43.926
Sin avenencia	38.225
Cantidades acordadas (mill. €)	22.705€
Con avenencia	96.810
TOTAL	178.961

Fuente: Elaboración propia. Con datos de la Estadística Judicial CGPJ

En el año 2021, estos datos se mantienen en términos similares, con un volumen muy notable de asuntos de despido, incrementándose también el número de avenencias y rebajándose significativamente la indemnización promedio:

DESPIDOS 2021	
Otras	42.000
Sin avenencia	41.968
Cantidades acordadas (mill. €)	19.780€ media
Con avenencia	108.442
TOTAL	192.410

Fuente: Elaboración propia. Con datos de la Estadística Judicial CGPJ

**4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España:
La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido
confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido**

El año 2022 ofrece datos muy relevantes para nuestro objeto de estudio. Aunque en lo sustancial mantiene las constantes indicadas, observamos que:

- En términos totales, se incrementa abultadamente el número de asuntos: 222.942. Sigue siendo inferior a 2019, pero se aproxima de manera muy notable.
- El número de asuntos de despido con avenencia se eleva, como es lógico, si bien el porcentaje se mantiene análogo a los años anteriores: 117.724.
- En cambio, y lógicamente, el número de asuntos sin avenencia se reducen de un modo radical: solo 11.150 sin avenencia.
- Ciertamente, es muy llamativo el número de terminación por otros motivos, entre los que destacan los desistimientos. De hecho, es mayor su volumen que el de avenencias, lo que pone de manifiesto las escasas expectativas de las personas trabajadoras de obtener un resultado exitoso con su acción.
- Pero, sin duda, en lo que atañe a este estudio, lo más llamativo es que se produce una nueva reducción de la indemnización promedio: **17.287€.**

No es poco, un 12,6% respecto al año 2021 y entorno a un 25% respecto al año 2020 (5.500 euros menos). Por lo que incluso desciende la cuantía respecto al promedio del año 2019 (18.592€). Recuérdese que la media indemnizatoria de despido, según las estadísticas del Ministerio -mide otras magnitudes- se sitúa en torno a los 10.000.

DESPIDOS 2022

Otras	122.362
Sin avenencia	11.150
Cantidades acordadas (mill. €)	17.287€ promedio
Con avenencia	117.724
TOTAL	222.942

Fuente: Elaboración propia. Con datos de la Estadística Judicial CGPJ

**4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España:
La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido
confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido**

En lo que concierne a los datos relativos a los asuntos tratados judicialmente sobre despido (aquellos que no fueron acordados por conciliación en vía extrajudicial, ni se desistieron de ellos⁴¹) y ha terminado siendo resueltos en el juzgado, podemos observar que en el año 2019:



Hubo un total de **108.698 asuntos** por despido resueltos por el juzgado, unos terminados con sentencia y otros a través de otro tipo de resoluciones (que incluyen conciliaciones extrajudiciales, desistimientos judiciales, etc.).



6.550 finalizan con sentencia desfavorable para la persona trabajadora, por lo tanto, favorable para la empleadora (despidos procedentes).



50.307 terminaron con conciliación judicial.



En torno a 26.000 sentencias terminaron con fallo favorable a la persona trabajadora: 21.599 con estimación total de la pretensión (la mayoría son improcedentes, siendo menor la cantidad de sentencias por despido nulo, si bien las estadísticas no lo concretan con precisión, lo que es de lamentar) y **4.445 con sentencia parcialmente favorable (en estos casos queda claro que estaremos ante despidos improcedentes, de modo que no será estimada la pretensión de nulidad, quedándose en improcedencia).**

Si en el año 2020 las cifras se mantienen en unas magnitudes análogas, más destacables son los datos del año 2021, por el incremento notable del número de los asuntos de este tipo:



Un total de **135.361** despidos.



7.545 fueron desestimatorias de la pretensión, por lo tanto, favorables a la empleadora.



30.652 fueron sentencias favorables a la pretensión de la persona empleada: 25.503 acogieron íntegramente la pretensión, 5.149 solo parcialmente.



62.578 asuntos fueron conciliados en vía judicial (algo más del 40%).

41 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/>

4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España: La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido

El año 2022 arroja unos datos más parecidos a años precedentes que a 2021, por lo que se produce una reducción del número de despidos que se tramitan mediante un juicio, terminen o no por sentencia. Pero los porcentajes relativos a los conceptos arriba indicados se mantienen análogos (2022: 115.085 casos de despido, de

los cuales 21.751 fueron sentencias favorables al trabajador, 4.665 favorables en parte al trabajador y, un total de 6.926 sentencias desfavorables, 50.401 casos por conciliación). Una visión más gráfica, completa de la evolución así lo evidencia.



Fuente: Elaboración propia. Con datos de la Estadística Judicial CGPJ

Como síntesis, atendiendo a las estadísticas oficiales del GGPJ, la evolución de los costes promedios del despido improcedente **desde 2018 a 2022** queda como sigue:

Año 2018									
DESPIDOS									
Trabajadores despedidos (1)			Cantidad s acordadas Miles de euros			Cuan tía s medias Euros			
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	
77.662	28.629	49.033	780.019,7	320.721,4	459.298,3	10.043,8	11.202,7	9.367,1	

Año 2019									
DESPIDOS									
Trabajadores despedidos (1)			Cantidad s acordadas Miles de euros			Cuan tía s medias Euros			
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	
82.886	29.969	52.917	862.284,0	337.877,8	524.406,2	10.285,0	11.388,5	9.671,0	

Año 2020									
DESPIDOS									
Trabajadores despedidos (1)			Cantidad s acordadas Miles de euros			Cuan tía s medias Euros			
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	
76.618	27.096	49.522	753.424,7	282.056,3	471.368,4	9.583,4	10.408,8	9.145,2	

Año 2021									
DESPIDOS									
Trabajadores despedidos (1)			Cantidad s acordadas Miles de euros			Cuan tía s medias Euros			
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	
102.996	36.405	66.591	914.812,4	387.940,2	526.872,2	8.892,0	10.853,5	7.913,6	

Año 2022									
DESPIDOS									
Trabajadores despedidos (1)			Cantidad s acordadas Miles de euros			Cuan tía s medias Euros			
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	
83.761	30.408	53.353	787.002,7	348.007,2	438.995,5	9.158,1	11.444,8	7.854,7	

Fuente: Elaboración propia. Con datos de la Estadística Judicial CGPJ⁴²

4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España: La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido

A la vista de estos datos recopilatorios del CGPJ, y al margen de ciertos límites de las bases de datos (ej. no se desagrega convenientemente los motivos que dan lugar al despido ni el sentido del fallo judicial -nulo, improcedente-) y algunas diferencias entre los datos recopilados por el CGPJ (ej. la disociación entre las cantidades

acordadas en la fase de conciliación extrajudicial -superior- y las que reseña el CGPJ por conciliación judicial), si es posible extraer algunas conclusiones relevantes para nuestro estudio y que confirma la anomalía jurídica de nuestra regulación por despido, en especial frente al despido sin causa justa o justificada. A saber:

1 Más de la mitad de los despidos llevados a los tribunales de lo social terminan con conciliación extrajudicial (y otro porcentaje muy importante por conciliación judicial). Lo que significa que las empresas tienen un poderoso incentivo -desde luego por la reducida cuantía más frecuente del despido- para reconocer que el despido efectuado carece de la realidad y/o seriedad (gravedad) suficiente como para justificar el despido, acordando una indemnización. La vía extrajudicial es, pues, una vía institucional para normalizar la práctica de despedir sabiendo que, en un número significativo de casos, la causa o no existe o es muy débil.

2 Ciertamente, **el coste indemnizatorio promedio del despido conciliado en el trámite extrajudicial es notablemente superior** (ej. 2022: 17.287€) **al fijado por sentencia** (2022: 11.444€). En consecuencia, los costes institucionales (reales) del despido resultan más elevados que los costes legales, evidenciando ese plus de coste para las empresas, de nuevo, el reconocimiento de la empresa de que el despido no tiene la suficiente justificación, por lo que prefiere pagar ese plus a someterse a la incertidumbre de la decisión judicial, su dilación y la dificultad probatoria - más sin son económicos- (compensa los costes procesales). Esta indemnización también es superior a la media de los despidos, según estadística ministerial (en torno a 10.000€), si bien cercana a la promedio de personas indefinidas y a tiempo completo (unos 18.000€).

42 Conviene advertir que en este cuadro estadístico el número de personas despedidas no incorpora a las que desisten en el procedimiento ni los terminados por otras causas -que son muchos, como hemos visto-, y el número de sentencias no incluye las que son favorables a la persona empleadora, desestimando la pretensión de despido de la persona trabajadora. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadística-Judicial/Estadística-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/>

**4.2. Otra confirmación de la anomalía reguladora del despido en España:
La prevalencia de la conciliación extrajudicial en los asuntos de despido
confirma el incentivo empresarial al despido sin causa, incluso reconocido**

3 Ahora bien, **esos costes indemnizatorios promedio en conciliación extrajudicial se han ido reduciendo significativamente en los últimos años**, hasta alcanzar más del 25% en 2022 (17.0287) respecto del año 2020 (**unos 22.500€**). Este dato nos acredita que las personas trabajadoras cada vez tienen un menor poder contractual y aceptan cantidades más reducidas que antes. Aunque esta cuantía promedio sigue siendo superior a la fijada en sentencia (en cuantía muy estable, con leves crecimientos o reducciones, prácticamente insignificantes socialmente).

4 La estadística judicial muestra que **por acuerdo de conciliación judicial se despide prácticamente el doble de personas trabajadoras que por sentencia** (ej. 2022: 53.433 y 30.408, respectivamente), **estando la indemnización por despido media cordada muy inferior a la establecida por sentencia** judicial (ej. 2022: 9158 indemnización media en el seno del proceso; 11.444 la fijada promedio por sentencia; 7854 como indemnización promedio acordada en conciliación judicial).

Una vez más los datos son contundentes. Las personas trabajadoras están perdiendo expectativas y confianza en una sentencia, prefiriendo la conciliación, pese a sufrir una reducción importante de su derecho, lo que confirma que el sistema en su conjunto alienta que la empresa concilie, antes o después (la estadística evidencia que le sale más barato conciliar en vía judicial más que en la

extrajudicial). Todo ello confirma lo aquí indicado: la indemnización legal por despido ni repara eficazmente ni disuade frente a los despidos sin causa, asumiendo las empresas el plus indemnizatorio en fase previa, en la extrajudicial, con tal de ahorrarse el trámite procesal, si bien la conciliación en vía judicial le resulta muy beneficiosa en términos de reducción de costes respecto de la vía extrajudicial.

4.3. Otro acercamiento estadístico a la magnitud, circunstancias y costes del despido improcedente en virtud de las bases de datos de sentencias (2022-2023)

Aunque el análisis estadístico completo realizado más arriba podría permitirnos extraer todas las informaciones y conclusiones necesarias para afianzar nuestra tesis y propuestas, el equipo investigador se planteó dar un paso más en el estudio estadístico, tan poco habitual en el análisis jurídico, y poco explorado en el económico para este tipo de temas. Al respecto, el segundo estudio de esta información estadística judicial nos llevó a querer conocer las circunstancias que caracterizan principalmente a los despidos calificados como improcedentes en sede judicial, en los años 2022 y 2023, siguiendo pautas análogas a las del Ministerio. Conviene advertir que, en este caso, no se analizan todas las sentencias dictadas en la materia, decenas

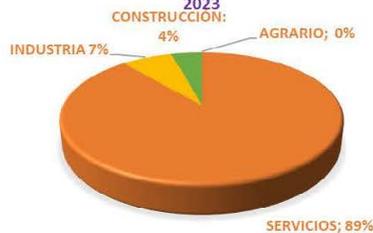
de miles al año, la mayoría de los juzgados de lo social, sino las que hay sido confirmadas, o revocadas, por los Tribunales Superiores de Justicia, por tanto, ofrecen una imagen más real del sentido final del fallo y situación. En este sentido, se seleccionaron 665 sentencias de la Base de Datos Aranzadi -por lo tanto, selectiva, no completa, como sin son las bases de datos CENDOJ- del año 2022 y el primer semestre del año 2023.

Una primera información relevante es que, por sectores de actividad, los que llegan a los tribunales son prevalentemente del sector servicios, como es lógico, por tener una mayor prevalencia de personas empleadas. Así sucede en 2023:

DESPIDO IMPROCEDENTE SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD ECONÓMICA 2022



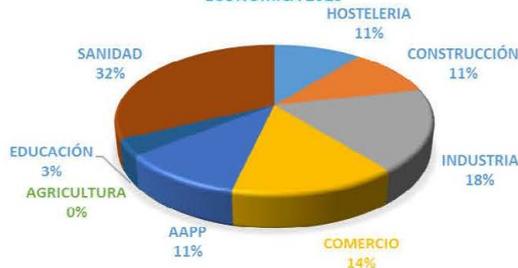
DESPIDO IMPROCEDENTE SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD ECONÓMICA 2023



DESPIDOS IMPROCEDENTES POR SECCIÓN DE ACTIVIDAD ECONÓMICA 2022



DESPIDOS IMPROCEDENTES POR SECCIÓN DE ACTIVIDAD ECONÓMICA 2023



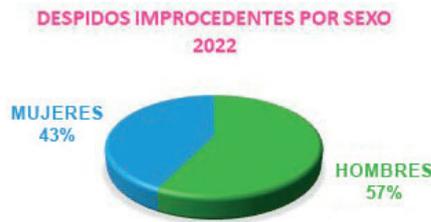
Fuente: elaboración propia

Fuente: elaboración propia

4.3. Otro acercamiento estadístico a la magnitud, circunstancias y costes del despido improcedente en virtud de las bases de datos de sentencias (2022-2023)

En lo que concierne al factor sexo, vemos que hay una proporción muy disímil entre el recurso judicial de las trabajadoras y los trabajadores, de modo que parecen ser estos los que reclaman más, seguramente porque son los que tienen

expectativas de indemnización más elevadas. Ahora bien, la estadística cambia notablemente en el año 2022 respecto del año 2023, pues en este periodo la mayoría abrumadora es de mujeres.

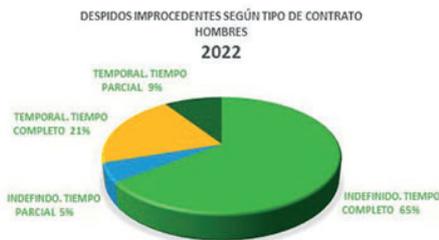


Fuente: elaboración propia



Fuente: elaboración propia, con datos Aranzadi

Por lo que hace al tipo de contrato y sexo, las situaciones judicializadas reflejan este reparto:



Fuente: elaboración propia



Fuente: elaboración propia



Fuente: elaboración propia



Fuente: elaboración propia

4.3. Otro acercamiento estadístico a la magnitud, circunstancias y costes del despido improcedente en virtud de las bases de datos de sentencias (2022-2023)

¿Y respecto a los costes por la improcedencia del despido resultantes qué?

Por lo que hace al coste promedio, conviene señalar que la indemnización resulta más elevada, pues se sitúa, en los juzgados de lo social, en torno a los **21.000€ (85 meses de**

antigüedad promedio y salario medio de unos 1.700€), si bien asciende a los **30.000€ en el caso de los TTSSJ (antigüedad media unos 121 meses y un salario promedio de 2.490€).**

	TSJ	JS
CUANTÍA INDEMNIZACIÓN	30.021,23€	21.260,05€
ANTIGÜEDAD	121 meses	85 meses
SALARIO	2.490,03€	1.712,79€

Fuente: elaboración propia, con datos Base de sentencias Aranzadi

Se deriva, pues, un dato estadístico del coste promedio del despido calificado judicialmente como improcedente diferente y notablemente superior al promedio que deriva de las estadísticas analizadas del CGPJ. La diferencia puede tener diversos motivos explicativos, que no alteran las conclusiones globales de este estudio. En primer lugar, la muestra analizada es muy selectiva, la realizada por la entidad privada gestora de la base, que hace un cribado atendiendo al interés de las mismas, por lo que la muestra utilizada es muy reducida respecto del

total de sentencias. En segundo lugar, y mucho más importante, hay que tener en cuenta que **este análisis confirma la extrema dispersión o fragmentación existente en nuestro sistema legal** respecto de las indemnizaciones por despido, adverbando **el criterio evidenciado por la información estadística Ministerial. En la muestra hallamos indemnizaciones de más de 100.000€ y de menos de 1.000€.**

4.3. Otro acercamiento estadístico a la magnitud, circunstancias y costes del despido improcedente en virtud de las bases de datos de sentencias (2022-2023)

Piénsese por ejemplo en el caso -cada vez más frecuente- de la **STSJ País Vasco 1878/2023, 26 de julio. Se trataría de uno de esos miles de casos anuales de sentencias parcialmente favorables a la pretensión de la persona trabajadora, mujer limpiadora y contrato temporal** empleada en una empresa prestadora de tales servicios a un hotel muy importante de Bilbao⁴³, que termina con una declaración de despido improcedente y una bajísima indemnización, pese a constatarse la inexistencia de causa real del despido y haberse pedido la nulidad por discriminación por razón de enfermedad (despido durante la baja por IT). Desestimada su demanda de despido nulo, y subsidiariamente improcedente, en la instancia social, el TSJ estimará parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz el 20 de marzo de 2023, y declara que la decisión empresarial de extinguir el contrato temporal formalizado

con aquel era constitutiva de un despido improcedente.

La sala social vasca estimará parcialmente el recurso porque considera que la contratación temporal se hizo en fraude de ley, por lo que el cese anticipado constituye despido improcedente, no nulo, pese a ser la extinción durante su baja por IT, porque no habría discriminación por razón de la edad ex art. 2 de la Ley 15/2022, 12 de julio (un tema hoy muy candente, como se sabe, y en el que no podemos entrar -seguramente necesite de una reforma legal expresa, para clarificar un tema muy confuso con la nueva legislación antidiscriminatoria, que no clarifica si se trata de una nulidad automática, como en el pasado, o requiere prueba indiciaria al menos del móvil discriminatorio-). Ahora bien, todo el "resarcimiento" que obtiene la trabajadora, que aguarda sentencia firme desde el 20 de noviembre de 2022, será, de optar -como es casi seguro- la empresa por la indemnización es la "friolera" cuantía de "899€".



Casi un 60% por debajo del promedio de la indemnización de este colectivo (temporal a tiempo completo), situada para el año 2021 en 1.476€.



Casi un 50 por cien por debajo de la media en el caso de mujeres con tal contrato y jornada (1.395€).



Claramente superior, pero no muy lejana, al promedio indemnizatorio de la relación temporal a tiempo parcial (617€).

Es manifiesto que en estas condiciones la indemnización ni repara nada ni disuade de nada. Incumpliendo de forma manifiesta, evidente, su finalidad legal

43 La mujer prestó servicios para la empresa IMPACTO S.L., en virtud de un contrato de trabajo temporal por circunstancias de la producción a jornada completa, desde el día 28 de mayo de 2022, con la categoría profesional de limpiadora, y un salario de 1675,57 euros mensuales brutos, incluida la prorrateo de las pagas extraordinarias en el centro de trabajo del Hotel Andamur (Vitoria, Álava). En fecha 29 de junio de 2022, las partes suscribieron una prórroga de contrato desde el 29 de junio de 2022 al 20 de noviembre de 2022.

4.3. Otro acercamiento estadístico a la magnitud, circunstancias y costes del despido improcedente en virtud de las bases de datos de sentencias (2022-2023)

Poco incentivo puede haber, pues, para sostener un proceso judicial de despido en estas débiles condiciones de protección monetaria⁴⁴, pese a obtener finalmente una decisión favorable parcialmente, lo que ha requerido un recurso de suplicación, ante la desestimación inicial en la instancia social. Por lo tanto, confirmamos una y otra vez que el ordenamiento español no establece, para situaciones frecuentes de vulnerabilidad de las personas trabajadoras ante las condiciones de empleo (temporalidad, parcialidad) y trabajo (en este caso el salario estaba en el más frecuente, por debajo de la media, si bien por encima del SMI notablemente), incentivos para la estabilidad real frente a las decisiones arbitrarias de las empresas a la hora del cese individual.

Solo en el caso de personas trabajadoras con más estabilidad -antigüedad-

y mayor salario esos incentivos pueden existir moderadamente, para seguir en el proceso y no desistir o conciliar. Esto se comprueba en la estadística analizada, pues vemos que el promedio de antigüedad y salarios de quienes terminan con sentencia está por encima de las situaciones promedio y, desde luego, más frecuentes en España. En conclusión:

Se comprueba también cómo los límites máximos de las indemnizaciones se quedan muy cortos para abarcar una reparación suficiente atendiendo a este factor de automaticidad. Un argumento más para promover reformas que eleven esos máximos, o que propongan un sistema diferente al objetivado y automático, también regresivo, actual.

44 Más allá de los límites fijados en la normativa laboral (en cierto modelo vendrían recogidos por los parámetros α y β), hay otros factores determinantes del coste de despido que el empleador tiene que afrontar de manera efectiva. Destacando el efecto de las decisiones judiciales El coste de despido no es siempre de una cuantía cierta y determinada, sino que podría depender de un fallo judicial. Supongamos que un fallo a favor del trabajador (en contra del empresario) supone un coste de despido de cuantía α . Por otra parte, si el juez falla en contra del trabajador (a favor del empresario), el monto del despido es de cuantía β . Ante esta tesitura, **el empleador podría estratégicamente ofrecer al trabajador una indemnización de cuantía δ con el objetivo de que este último aceptara la oferta y no llevara el caso a la vía judicial.** Parece lógico, pues, considerar que $\alpha > \delta > \beta$. Como consecuencia de todo ello, el resultado final es que el coste de despido (C) debe conceptualizarse como un coste esperado y que puede resumirse a través de la expresión:

5. De la evidencia de las razones de eficacia para el cambio al rearme jurídico efectivo del modelo:

imperativo internacional inaplazable

5.1. El régimen legal y judicial español de despido individual improcedente no supera el juicio de convencionalidad

Hasta aquí, el análisis de los datos ha evidenciado, creemos que sin posibilidad sería de refutación, más allá de un enfoque puramente sesgado ideológicamente, conforme a la receta liberal que alentó las reformas que nos han traído hasta aquí, nunca eficaces para lograr su objetivo (más empleo y más estable), pero sí útiles para hacer ineficaz su función constitucional (reparación adecuada y disuasión efectiva). Con ese estado de las cosas sería suficiente razón para promover un cambio, más o menos radical, del modelo resarcitorio ante el despido, al menos frente al despido individual sin causa (la ley debe desincentivar la arbitrariedad extintiva, nunca incentivarla, como ahora ocurre). Ahora bien, esa necesidad de cambio no es solo una necesidad constitucional y social, sino que es un imperativo hoy inexorable internacional, por el radical contraste entre ese modelo de indemnización frente al despido improcedente predeterminado legalmente y el que exige el art. 24 CSER, según la interpretación, vinculante, de su órgano de garantías, el CEDS.

En otros términos, no solo por razones de la ineficacia resarcitoria y disuasoria actual de la regulación española frente al despido arbitrario, sino por la invalidez del modelo en relación con la norma social internacional europea prevalente, el art. 24 CSER, ha llegado el tiempo para el debido rearme jurídico-social del régimen de protección

frente al despido sin causa justificada. No puede ser una opción de política del derecho, como sostenía el representante de España en su réplica a la reclamación de UGT ante el CEDS, sino un imperativo, como lo es, por ejemplo, la garantía del SMI en un estándar mínimo del 60 por cien del salario medio bruto del país, de cumplimiento de los compromisos internacionales de España. Así lo exige el art. 96 CE y el art. 30 de la Ley 25/2014, sobre Tratados Internacionales, una vez que se constatan resistencias serias de los tribunales a dar estricto cumplimiento a este mandato. Si los tribunales españoles se abren a una indemnización abierta a la determinación judicial, conforme a la prueba del daño, pero de carácter puramente excepcional, el CEDS exige que esa apertura esté normalizada, sea general.

No es este el enfoque más relevante en este Informe, en la medida en que aquí partimos de esa disconformidad, en la línea con la reclamación de UGT y a la espera, como es lógico, de lo que pueda dictaminar el CEDS. No obstante, sí conviene dejar claro el contenido de esa doctrina del CEDS, **a fin de establecer pautas claras del modelo de propuesta de reforma legal que se realiza en este Informe, un aspecto sí original y determinante del mismo.**

5.2. El contenido mínimo del derecho a una indemnización adecuada ex art. 24 CSER: La doble componente finalista de la justicia resarcitoria efectivamente restitutoria y eficazmente disuasoria.

La exigencia de efectividad de la garantía de causalidad del despido, presente sea en el art. 35 CE sea en el art. 24 CSER, exige, aún en el modelo de estabilidad obligacional, más débil que el de estabilidad real (propio de la técnica de la nulidad), que el empleador se tome en serio la determinación de una causa real, no ficticia o inventada, a la hora de adoptar una decisión tan delicada como el despido de una persona trabajadora. Por lo tanto, junto a la capacidad para una restauración íntegra de los daños que puedan derivarse de un despido sin esa causa justificada, se hace imprescindible que esté dotada también de una función o finalidad disuasoria, esto es, que sirva para prevenir decisiones arbitrarias, porque su cuantía obligue a reflexionar o meditar prudente y racionalmente su decisión, evitando favorecer decisiones arbitrarias. De ello es plenamente consciente, el CEDS, que lo requiere como componente del principio de adecuación indemnizatoria, pero también aparece en otros Altos Tribunales, como en la Corte Constitucional italiana (Sentencia 150/2020), no tanto, en otros, como la Casación Civil.

El desplazamiento o sustitución (aceptados constitucional e internacionalmente) del modelo de estabilidad real (cumplimiento en sus propios términos ante decisiones contrarias a Derecho: nulidad de la decisión y readmisión obligatoria, con los salarios de tramitación),

por el más extendido modelo de estabilidad obligacional requiere, como una debida contrapartida asegurar un equilibrio adecuado entre los derechos (razones) en juego, sin que uno (la libertad de empresa) sacrifica en extremo al otro (el derecho social al trabajo). Para ello, el CEDS viene defendiendo que el empleador encuentre en el ordenamiento medidas que desincentiven (disuadan) decisiones extintivas sin causa, o con causa ficticia, inventada, irreal, e incentiven, en cambio, las que sí encuentren una causa o razón justificada. La dimensión disuasoria, que debe ser eficaz, forma parte de la efectividad de la tutela jurídica (internacional -constitucional-) frente al despido sin causa. Sin ella no se cumple su finalidad protectora o garantista, evitando que la decisión sea solo una cuestión de estrictos "costes resarcitorios", más si son de la reducida cuantía promedio actuales en tantos y tantos casos (colectivos más vulnerables en el mercado).

Conviene no confundir, en todo caso, la finalidad disuasoria (preventiva) con la función sancionadora (daños punitivos). No se trata de establecer una indemnización de cuantía ejemplarizante, que haga desistir al empleador de comportamientos análogos en el futuro por la entidad de la indemnización, sino de que resulte lo suficientemente relevante como para que el empleador medite seriamente, antes de tomar su decisión, si le merece o no la pena arriesgarse

5.2. El contenido mínimo del derecho a una indemnización adecuada ex art. 24 CSER: La doble componente finalista de la justicia resarcitoria efectivamente restitutoria y eficazmente disuasoria.

a un despido sin justa causa, fomentando bien su abstención si no está seguro o un procedimiento de negociación de la cuantía superior a la legal, que evite el juicio.

Más aún. La finalidad disuasoria de la indemnización por despido arbitrario o sin causa justificada es **una garantía de coherencia ineludible en un modelo en el que, como el nuestro, se atribuye el derecho de opción al empresario pese a constatarse que no hay causa real y seria.** De otro modo, el sistema legal introduce una anomalía jurídica profunda, porque deja el modo de cumplimiento a quien le es imputable la arbitrariedad, sin un desincentivo serio para comportarse de ese modo (no solo es una regla legal muy injusta socialmente -regresiva, también, como se ha visto en datos-, sino ineficiente económicamente desde un enfoque racional, no sesgado de parte -interés empresarial de protección de su confianza o fiducia-).

Desde esta perspectiva, quien tiene legalmente atribuido con carácter general el derecho de opción, pese a ser quien ha incumplido la norma (régimen de causalidad), y, en consecuencia, ha de hacer el análisis costes-beneficios de su decisión arbitraria, debe hallar en el ordenamiento jurídico incentivos para cumplir (desincentivos para incumplir) con la norma, sin que actualmente los encuentre, más bien al contrario. Y ello porque no solo sabe de antemano que deberá pagar una indemnización tasada, y reducida, sino porque se ahorrará también, si no readmite, los salarios de tramitación, sin que corra un riesgo cierto de nulidad por la absoluta invención o arbitrariedad de su decisión, dado que el despido fraudulento hace décadas que dejó de ser nulo. Sólo si concurriera algún motivo de despido nulo, que es excepcional en nuestro

45 El derecho a la restitución íntegra no tiene una dimensión constitucional, aunque sea un principio básico del Derecho de Daños, salvo violación de derechos fundamentales. Pero sí la exigencia de adecuación o eficacia de la protección. La estabilidad obligacional solo puede ser legítima en el plano constitucional en detrimento de la estabilidad real (derechos fundamentales) si se garantiza el debido equilibrio entre las razones de la empresa (razonabilidad del coste y flexibilidad de gestión) y las de las personas trabajadoras (compensación adecuada de los daños que derivan de la protección de las razones de empresa).

5.2. El contenido mínimo del derecho a una indemnización adecuada ex art. 24 CSER: La doble componente finalista de la justicia resarcitoria efectivamente restitutoria y eficazmente disuasoria.

sistema (violación de derechos fundamentales, incumplimiento del procedimiento de despido colectivo), cabría temer la ineficacia de su decisión extintiva arbitraria, al no validarse y obligar a la readmisión⁴⁵.

De este modo, la eficacia disuasoria de la regulación legal frente al despido sin causa o arbitrario, a través de una indemnización económica que ha de ser adecuada a tal fin, por lo tanto, no solo íntegramente reparadora, adquiriendo una cierta autonomía, y complementariedad, respecto de la finalidad restitutoria, sirve también para introducir principios de adecuación social (no solo económica), esto es, razones sociales. Así,

esta finalidad ha de facilitar atender a la mayor vulnerabilidad de ciertas categorías laborales, para las que la indemnización legal, tasada y topada, carece del más mínimo efecto de desincentivo, al ser tan exigua (antigüedad del servicio reducida, salarios bajos -por el tipo contractual, por el sector de actividad; brechas de género y etarias, etc.). La debida relectura del art. 35 CE en atención a los arts. 9.2 y 10 CE, así como del art. 24 CSER lleva a rediseñar el régimen legal actual del despido sin justa causa, de modo que vuelva a ser una técnica de protección de la estabilidad -aún obligacional- del empleo en vez de lo que ha terminado en convertirse en un régimen incentivador de despidos sin causa⁴⁶.

46 Vid Molina Navarrete, C. (2021 y 2020); Gorelli, J. (2023).

5.3. "Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar": Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes al art. 24 CSER

Que esta construcción no es mera especulación doctrinal, sino una realidad jurídica plenamente operativa, en virtud de la diligencia debida en aplicar las garantías del art. 24 CSER (trasunto, pero no copia literal, del art. 10⁴⁷ Convenio 158 OIT en relación con su art. 12), lo observamos en el impacto que ha tenido ya en ordenamientos europeos muy similares al nuestro en materia indemnizatoria, como el italiano (la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 150/2020 es explícita al respecto) o el francés. Si bien ya se advirtió de que no puede compararse alegremente un ordenamiento con otro, pieza a pieza, sin tener en cuenta el conjunto, porque se llega a conclusiones erradas, no por ello se puede renunciar a recordar que la doctrina del CEDS viene siendo aplicada de una forma reiterada desde hace largo tiempo, reiterándose en fechas recientes. Recuérdese que tanto Italia

como Francia ocupan una posición superior en el ranking de la OCDE de protección frente al despido individual⁴⁸.

Pongamos algunos ejemplos que puedan ser fácilmente proyectados en España y que sirvan tanto de "aviso a navegantes" como de "pautas orientadoras de la reforma", en sentido positivo (lo que se puede-debe hacer) y negativo (lo que no se puede-debe hacer). El primero será del ordenamiento finlandés, cuyo IPE es análogo al español.

La Decisión de Fondo de 6 de septiembre de 2016 (Finnish Society of Social Rights c. Finlandia, n. 106/2014) resolvió una queja relativa al límite de la indemnización por despido injusto, fijado en 24 mensualidades de salario .

47 "Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada."

48 | Para otro índice de interés, el de "calidad en el empleo", vid.

<https://asempleo.com/servicio/informes/Indice%20de%20Calidad%20del%20Empleo.pdf>

49 Conforme a la norma finesa aplicable, resultante de una reforma restrictiva del año 2013, la indemnización por despido se regulaba de la siguiente manera: la indemnización debía ser equivalente "a la remuneración debida por un período comprendido entre un mínimo de tres meses y un máximo de 24 meses de trabajo". En el caso de delegados sindicales se fijaba en 30 meses de trabajo. La norma ofrece un listado de criterios o pautas para la determinación judicial de la indemnización: "En función del motivo invocado para la extinción de la relación laboral, el cálculo de la cuantía de la indemnización deberá tener en cuenta los siguientes factores: duración estimada de la inactividad profesional y del lucro cesante, duración residual de un contrato de trabajo de duración determinada, duración de la relación laboral, parentesco, edad del trabajador y perspectivas de encontrar un puesto de trabajo correspondiente a sus diplomas o a sus cualificaciones y formación profesional, procedimiento seguido por el empleador para rescindir el contrato, motivos de cualquier incumplimiento del contrato imputable al trabajador, situación general del trabajador y la empleador, otros factores comparables".

5.3. *“Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar”:*
Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes al art. 24 CSER

Es interesante la referencia, en la medida en que es el mismo tope máximo previsto en España para el despido injusto.

Al respecto, recuerda el Apartado 45 de aquella Decisión de Fondo del CEDS que ha de tenerse por una indemnización adecuada u otra preparación apropiada:

a

“Los que prevén el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor”. Esto es, en términos típicos del Derecho español, se está refiriendo a los “salarios de tramitación”. Por tanto, para el CEDS es obligatorio reconocer en todo caso de un despido improcedente los salarios de tramitación, no pueden quedar a la decisión de la empresa, como ahora sucede en nuestro Derecho.

b

“La posibilidad de readmisión y/o indemnizaciones en cuantía suficientemente elevada para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima”. Es inequívoca, pues, la doble función de la indemnización adecuada, la de resarcimiento suficiente de daños y disuasión efectiva del ejercicio arbitrario del despido.

Por su parte, el apartado 46 afirma, respecto al tope resarcitorio, que todo:

“tope que tenga como efecto que la compensación concedida no sea proporcional al daño sufrido y no sea suficientemente disuasorio es, en principio, contrario a la Carta. Sin embargo, si existe un tope para la compensación otorgada por daños materiales, la víctima debería poder reclamar una compensación por los daños morales”.

5.3. “Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar”:
Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes
al art. 24 CSER

En consecuencia, constatada la posibilidad de que existan situaciones para las que no resultara suficiente compensación de las pérdidas y daños sufridos” (apartado 49), el CEDS lo declaró contrario a la CSER. No basta con que haya una posibilidad teórica de acudir a otros mecanismos alternativos de resarcimiento, sino que debe acreditarse que están normalizados en la práctica (Apartado 53).

La Decisión de Fondo -que sigue muy de cerca la anterior- del 11 de septiembre de 2019 (queja 158/2017), **presentada por el sindicato CGIL c. Italia**, refiere al Decreto Legislativo 23/2015, considerado finalmente disconforme con el art. 24 CSER por regular **una indemnización de despido sin causa justa tasada y topada** (sometida a un límite máximo -también mínimo: 6 meses de salario, sin atender al factor antigüedad). Un límite, por cierto, análogo al español, si bien la cuantía del italiano era más elevada (36 mensualidades -3 anualidades-) que en el caso español (24 meses -dos anualidades-⁵⁰). Conviene advertir también que el ordenamiento italiano admitía, además, la posibilidad de una conciliación previa a la vía judicial, pudiendo optar por ella la persona despedida, en la que se le ofreciese una indemnización diferente, y más elevada que

la legalmente predeterminada, si bien también sometida a un límite máximo (artículo 6 del Decreto Legislativo 23/2015)-.

Siguiendo su “doctrina jurisprudencial” o legal (derecho de precedentes), el CEDS niega la conformidad de esta regulación al art. 24 CSER, porque las condiciones en que se desarrollan cualquiera de las “*dos opciones compensatorias fomentan, o al menos no disuaden, del recurso a los despidos ilegales*” (Apartado 101). Esta apreciación del CEDS es muy importante para el ordenamiento español, pues, como también se ha visto en el plano de la estadística judicial, ni por vía judicial ni extrajudicial, la regulación española disuade del despido improcedente, al contrario, como prueba el elevado número de los asuntos de despido que se concilian judicialmente. Por tanto, ni la opción empresarial por la obligación de readmisión (con salarios de tramitación) o la de indemnización (sin salarios de tramitación), ni tampoco las condiciones de la conciliación extrajudicial, son regulaciones disuasorias, sino claramente fomentadoras de los despidos improcedentes, incluso sin ninguna causa real o seria. La Decisión del CEDS es concluyente (un aviso a navegantes clarísimo para el Gobierno y la patronal españolas):

“ni las vías de derecho alternativas ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del tope previsto por la ley... ni el mecanismo de conciliación... establecido en las normas impugnadas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y de carácter disuasorio del recurso a los despidos ilegales”(apartado n. 104).

50 Según el apartado primero del artículo 3 del Decreto Legislativo 23/2015, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, “cuando se establezca que faltan las condiciones para el despido por causa objetiva justificada o por causa subjetiva justificada o por justa causa, el juez declarará la extinción de la relación laboral en la fecha de la despido y condenará al empleador al pago de una indemnización, exenta de cotización social, en una proporción, en todo caso, no inferior a seis ni superior a treinta y seis mensualidades”.

5.3. "Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar":
Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes
al art. 24 CSER

La doctrina será reiterada, en lo sustancial, por dos veces, en relación con el modelo indemnizatorio análogo de Francia (ej. Decisión de Fondo 5 de julio de 2022 queja 175/2019 -notificada el 29 de julio y publicada el 30 de

noviembre del año 2022-²²). No obstante, hay algunos elementos de interés particular de este asunto. La norma impugnada fue el Artículo L1235-3 (modificado por el art. 11 de la Ley n°2018-217 de 29 de marzo), en virtud del cual:

"Si el despido de un trabajador se produce por una causa que no es real y grave, el juez puede proponer la readmisión del trabajador en la empresa, con mantenimiento de los beneficios adquiridos.

Si una u otra de las partes rechaza esta readmisión, el juez concederá al trabajador una indemnización a cargo del empleador, cuya cuantía se situará entre los límites mínimo y máximo establecidos en el cuadro siguiente. (...)"

Las escalas indemnizatorias se diferencian según el tamaño de la empresa (según tenga más o menos de 11 personas empleadas), siendo sensiblemente inferiores para las pequeñas empresas respecto de las de mayor tamaño. En todo caso, se trata de una indemnización

legalmente predeterminada, atendiendo a la antigüedad y al salario, con un límite mínimo por cada tramo de antigüedad (año completo) y un máximo. Por lo tanto, como diferencias con el modelo español destacan:

a

La regla general es la readmisión de la persona trabajadora cuando no hay una causa real y seria (grave) para el despido, teniendo la jurisdicción facultad para establecer esta condena en cualquier despido sin justificación suficiente. No obstante, esa obligación de readmisión puede ser rechazada tanto por la persona empleadora como por la persona trabajadora y, en tal caso, procede la indemnización, según una tabla legalmente predeterminada.

b

Esta tabla indemnizatoria tiene un aparente mayor dinamismo que el modelo español, al contemplar un mínimo (situado generalmente en 3 meses para todos los tramos) y un máximo dentro de cada escala por antigüedad.

c

En todo caso, el máximo establecido es de 20 mensualidades para un periodo de antigüedad en la empresa de 29 o más años, por lo que, en efecto, este límite es inferior al español (24 mensualidades). El periodo de menos del año de antigüedad se compensa con un máximo de un mes, por tanto inferior al español (33 días de salario por año de servicio, con el consiguiente prorrateo).

51 https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/processed-complaints/-/asset_publisher/5GEFkJmH2bYG/content/no-175-2019-syndicat-cfdt-de-la-metallurgie-de-la-meuse-v-france

52 Se presentó el 31 de enero de 2019 y fue admitida el 28 de enero de 2020.

5.3. "Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar":
Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes
al art. 24 CSER

Escala indemnizatoria francesa.

Antigüedad del empleado en la empresa (en años completos)	Compensación mínima (en meses de salario bruto)	Compensación máxima (en meses de salario bruto)
0	Sin objeto	1
1	3	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29 y más allá	3	20

5.3. "Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar":
Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes
al art. 24 CSER

Respecto a la readmisión puramente facultativa, no obligatoria, lo que se cuestionó por el sindicato reclamante el CEDS remite a su precedente finés, ya comentado (2016). En él quedan claras tres afirmaciones. A saber:

1

Aunque el art. 24 CSER no integra explícitamente la readmisión como una medida exigible en caso de despido sin justa causa, sí que tiene cabida en él, a través del reconocimiento del derecho a "otra reparación apropiada".

2

Conforme a ese precepto y en relación con otros de la CSE (ej. arts. 8.2 y 27.3), se cumplirá con las exigencias de aquella solo con que exista tal posibilidad de readmisión como uno de los recursos previstos en la legislación de los Estados ratificadores.

3

En consecuencia, la legislación francesa sería conforme con la CSER porque basta con que exista la posibilidad de la readmisión para una persona despedida sin justa causa, en el mismo o análogo puesto de trabajo.

Hay que recordar que la opción por la indemnización en vez de la readmisión está contemplada en el derecho laboral francés tanto para la empresa como para la persona empleada, siendo facultativa en nuestro país solo para las empresas. Aunque no parece desdeñable la diferencia, entendemos que, en lo sustancial, ambos modelos se basan en una readmisión facultativa y, por consiguiente, la doctrina para Francia podría servir para España. En todo caso, esa no es la cuestión para dilucidar en este Informe.

Lo realmente relevante a nuestros efectos es que el CEDS también declara contrario al art. 24 CSER esta tabla indemnizatoria

predeterminada legalmente, tasada y topada, pese al pequeño margen de valoración que permite entre el límite mínimo y el máximo. Para el CEDS ni se garantiza en todos los casos la suficiencia de la reparación, tampoco el efecto disuasorio ni el margen valorativo judicial es significativo, más bien estrecho, para valorar las circunstancias concurrentes. En consecuencia, como ya concluyó antes, en una Decisión previa, en respuesta a la queja de otro sindicato por la misma regulación de despido en Francia, se declara la disconformidad con el art. 24 CSER. En esta segunda decisión sí es interesante la reflexión que hace el CEDS sobre la "rebeldía" de la Casación Francesa en torno a la aplicación de su doctrina.

**5.3. "Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar":
Los ordenamientos de nuestro entorno han sido declarados disconformes
al art. 24 CSER**

Concretamente, el CEDS:

"tiene conocimiento de la reciente decisión del Tribunal de Casación (Sala de lo Social, Sentencia de 11 de mayo de 2022, recursos números 21-14.490 y 21-15.247) que, al rechazar la pretensión de la demandante relativa a los límites máximos...consideró que la Carta se basa en una "lógica programática" y que su art. 24 no tiene efecto directo en la ley francesa. Además, consideró que las decisiones del CEDS no tiene carácter judicial y, por lo tanto, no son vinculantes para los Estados Parte. Todo esto lleva al Tribunal

de Casación a concluir que los trabajadores o los empleadores no pueden invocar el art. 24 de la Carta en los litigios ante el Tribunal" (Apartado 90).

Como es natural, el CEDS, además de tomar educadamente nota de la posición del Tribunal de Casación francés (que ya hemos visto difiere parcialmente de la tomada por la Corte Constitucional italiana, que sí le concede autoridad interpretativa), contesta rotundamente al Alto Tribunal francés y le recuerda:

1 Que la CSE establece obligaciones de derecho internacional y, como tales, serían jurídicamente vinculantes para los Estados Parte.

2 Que corresponde exclusivamente al CEDS valorar la conformidad jurídica de una norma nacional a las disposiciones de la CSE, así como su aplicación en la práctica.

3 Que a las jurisdicciones nacionales corresponde pronunciarse sobre la cuestión del derecho a una indemnización adecuada atendiendo a las reglas y principios que el CEDS ha establecido o, en su caso, a los de la ley nacional, pero si ajustados a los de aquélla (remite al precedente: Decisión 22 de mayo 2003, queja 12/2002, presentada por la Confederación de empresas suecas contra Suecia).

4 Que, al no aplicarse directamente el art. 24 CSER en Francia, viola este mandato.

5.4. ¿Del “chauvinismo jurídico-social francés” al “patriotismo normativo” español?: El TS español va superando gradual, pero equívocamente, el enfoque conservador en el juicio de convencionalidad

Traer a colación estas últimas observaciones del CEDS nos resultan especialmente útiles para situarnos de nuevo estrictamente en la experiencia española, ahora judicial. Hemos visto la distinta actitud de los Altos Tribunales nacionales respecto de la doctrina del CEDS. Si la Corte Constitucional italiana, más respetuosa, le otorga autoridad por vía interpretativa, la Casación francesa le niega todo valor. ¿Y en España? **¿Qué posición ha mostrado la Corte Constitucional española? ¿Y la del Tribunal Supremo español?**

Conviene advertir que la situación es algo diferente si analizamos la jurisprudencia del TC en relación con la del TS. **Respecto al TC español**, a su vez, hay que distinguir entre su posición general en torno a la vinculatoriedad jurídica para los tribunales nacionales de las decisiones de este tipo de órganos de garantía, y su aplicación práctica en relación con la doctrina del CEDS, en las escasas oportunidades que ha tenido que enfrentarse a la Carta Social Europea. Al respecto, si con carácter general el TC asume la vinculación de los órganos nacionales a las decisiones reiteradas de los órganos de garantías jurídicas internacionales, aunque no se trate ni de órganos jurisdiccionales ni de sentencias (**SSTC 116/2006 y 81/1989**), el uso que ha hecho de la doctrina del CEDS es muy exiguo y poco comprometido. Este juicio concreto luego ha influido notablemente en el TS, como vamos a ver ahora.

En lo que concierne al **Tribunal Supremo español**, conviene advertir una **evidente evolución, más acorde con una mayor adecuación de nuestra jurisprudencia social a la nueva cultura de protección multinivel de los derechos sociales fundamentales. Si bien la situación dista de ser satisfactoria, tampoco suficientemente cierta.**

En efecto, **el juicio de convencionalidad** ex art. 96 CE debería actuar, como condición aplicativa del principio de legalidad nacional, tan relevante en nuestro tiempo como el principio de constitucionalidad o el principio de unionismo (o más conocido como principio de conformidad comunitaria). Todos ellos son tan democráticos como el principio de legalidad nacional, incluso éste no es tal sino se ajusta previamente a tal juicio, siempre que respeten la distribución de competencias entre los diferentes poderes creadores de Derecho en el orden constitucional. Y así se recoge en los propios textos constitucionales e internacionales (Derecho de los Tratados internacionales). No ha sido así hasta ahora. El conservadurismo patrio en esta materia ha sido dominante y mantiene hondas raíces, concentrándose o concretándose en el enfoque del carácter de la norma social internacional como no directamente aplicable (“non self-executing”).

5.4. ¿Del “chauvinismo jurídico-social francés” al “patriotismo normativo” español?: El TS español va superando gradual, pero equívocamente, el enfoque conservador en el juicio de convencionalidad

Pero esta resistencia tradicionalista no se justifica hoy. Entre otras cosas poco choca con el cambio legislativo en la materia, un tanto silenciado y que exige atenderse de una forma más seria y rigurosa que hasta ahora⁵³. Justamente, este proceso evolutivo o de superación es el que puede ya apreciarse, con matices, en el TS. Este tradicionalismo en la

interpretación parece ya más cosa del pasado que del presente y del futuro inmediato, a raíz de los más recientes pronunciamientos del TS, pero que mantiene importantes matices que ponen de relieve la continuidad de las resistencias a esta debida evolución jurídica y social. En este sentido cabe destacar:

STS, 4ª, 268/2022, de 16 de marzo: Asume el carácter vinculante de la CSE, así como el valor interpretativo de la doctrina del CEDS, integrando en nuestro orden jurídico un derecho sociolaboral no previsto legalmente (el derecho a un preaviso de 15 días en determinados contratos sometidos a periodos de prueba elevados), pero sí exigible ex art. 4.4 CSE, pero ni generaliza este derecho, al no aplicar de una forma directa e inmediata el precepto, valiendo como un argumento más en una amplia batería de razones jurídicas internas, ni generaliza tampoco el deber de aplicar con preferencia la CSE, porque se debe analizar cada precepto concreto de aquélla, a fin de identificar cuáles si solo directamente aplicables y cuáles no.

En concreto: *“puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión*

revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias”.

53 Vid. CRISTÓBAL RONCERO, Rosario (2022). “La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española”, Documentación Laboral, n. 125, pp. 105-107.

5.4. *¿Del “chauvinismo jurídico-social francés” al “patriotismo normativo” español?: El TS español va superando gradual, pero equívocamente, el enfoque conservador en el juicio de convencionalidad*



En cualquier caso, parece claro que, por lo indicado por el CEDS, en la Decisión de Fondo 5 de julio de 2022, ya comentada, y ante las resistencias del Tribunal de Casación francés, **el art. 24 CSER es directamente aplicable**, en la medida en que en ningún momento el CEDS ha evidenciado lo contrario. En consecuencia, **no hay a este respecto incertidumbre en su contenido**, a juzgar por las decisiones reiteradas del CEDS en el mismo sentido (Finlandia, Italia, Francia...). **Este contenido se identifica con la exigencia de rellenar el principio de adecuación reparadora con una indemnización que repare de forma íntegra el daño y tenga un efecto disuasorio efectivo, lo que no sucede con el actual sistema de indemnización tasada y topada:**

Que ni es eficaz, por los datos cuantitativos económicos indicados

Ni es válido, por las razones de disconformidad a la ley internacional

6. Indemnización por despido arbitrario y seguridad jurídica:

¿el fin de la tasada es más desventajoso para las personas trabajadoras y para las empresas?

6.1. ¿Seguridad Jurídica?: ¿Qué seguridad jurídica y para quién?

De las dos condiciones puestas por la jurisprudencia social española para aplicar la CSE, el carácter directamente aplicable de la norma (self executing) y la razonable certeza sobre su contenido regulador, no habría mayor problema en aceptar ampliamente que concurre la primera en el art. 24 CSER, sin embargo, muchas más dudas y críticas se han levantado entorno a la segunda, la certeza aplicativa de su contenido, si por el derecho a una indemnización adecuada se entiende lo que exige el CEDS: una indemnización basado en la

suficiencia resarcitoria de los daños derivados, patrimoniales y morales, del despido sin causa justificada, así como en su efecto disuasorio, inherente a aquélla. Para los sectores críticos con el cambio de paradigma indemnizatorio, desde el actual tasado a otro, más civilista, abierto al resarcimiento de los daños realmente derivados por la decisión de cese sin causa justificada, incluso a un efecto disuasorio, recuerdan que no solo perdería la empresa, también las personas trabajadoras.

Y ello porque:



La indemnización tasada se percibe en todo caso, sin necesidad de probar el daño realmente producido, por lo que bien pudiera devengarse incluso si no hay tal perjuicio (ej. al día siguiente del despido se encuentra un empleo nuevo y con un salario mayor -hipótesis posible, sin duda, pero poco frecuente, pues estadísticamente, la gran mayoría encuentra empleos con menor salario respecto del precedente-). El esfuerzo de la carga de la prueba del daño real puede llegar a ser pesado y complejo, dificultando de forma notable la posición trabajadora en estos procesos.



Las empresas esgrimen, lógicamente, que el modelo abierto quiebra la seguridad jurídica (la suya, claro), porque haría imprevisible la cuantía indemnizatoria.



Además, en la medida en que cada tribunal puede tener unos criterios de medir diferentes, los costes pueden también divergir notablemente, con lo que no solo sería nocivo para las razones de igualdad de trato a las personas trabajadoras ante situaciones análogas, sino que también tendría un efecto de perjuicio a la competencia empresarial, porque unas empresas tendrían costes extintivos mayores que otras, solo por decisión judicial.



Se critica igualmente que pasaríamos de una jurisdicción simplificada, por tanto, acelerada [algo que la práctica cada vez desmiente más], a otra más compleja y litigiosa, porque se añadiría un factor más de conflicto, la fijación de la cuantía. La sencillez del modelo de la indemnización tasada, tanto que hasta permite una operatividad normalizada, a través de un instrumento o herramienta informática puesta a disposición por el CGPJ para las personas profesionales del orden social, desaparecería.



Asimismo, la cultura judicial arraigada en décadas de aplicación de este modelo dificultaría la correcta y justa delimitación jurisdiccional de un concepto jurídico tan indeterminado como el de "indemnización adecuada", en términos no solo de reparación íntegra sino de función disuasoria.

Ahora bien, conviene salir al paso de estas críticas, en la medida en que, a nuestro juicio, resultan no solo desmesuradas, sino sesgadas. En primer lugar, de un balance global de

beneficios e inconvenientes del sistema legal de indemnización tasada por despido improcedente individual (eufemismo legal que oculta una decisión arbitraria, en lo jurídico, irracional en lo

económico -no hay causa, solo pérdida de confianza -juicio fiduciario), cabe deducir que las verdaderas beneficiarias son las empresas.

En efecto.

a

La seguridad jurídica apelada es la suya, de modo que no solo puede realizar un cálculo financiero previo al despido sin causa que le favorezca, sino que mantiene estímulos a la decisión extintiva, al ser, en un buen número de casos, no en otros, barata tal opción. En el citado enfoque de seguridad jurídica no es estrictamente tal, en el sentido del art. 9.3 CE, sino en el reducido de "*seguridad del cálculo económico*" (reduccionismo monetario del valor de la seguridad jurídica). Seguridad económica que aumenta al toparse la cuantía máxima. En otras palabras, la pretendida seguridad jurídica de la empleadora descansa en la inseguridad de la persona empleada en mantener su puesto de trabajo y a no hurtárselo sin justa causa.

b

Además, la empresa tiene un claro incentivo económico porque ese saber de carácter anticipado le facilita el poder despedir, de modo que, la función de disuasión de cualquier ejercicio arbitrario de una facultad empresarial que debe cumplir la protección constitucional (e internacional) muta, asimismo, en la opuesta, de favor hacia el cese. En consecuencia, la dimensión preventiva de la protección resarcitoria desaparecería y pasa a cumplir otra de incentivo. Lejos de hacerle "desistir" (en sentido sociológico) del cese que sabe sin causa haría que "desistiese" (en sentido jurídico-económico) del contrato.

En segundo lugar, y respecto de las personas trabajadoras, es cierto que en los casos de alta antigüedad y elevados salarios (situaciones menos frecuentes en España), la indemnización tasada puede tener un significativo efecto resarcitorio, incluso disuadir a las empresas (al menos hipotéticamente) de decisiones sin causa. Ahora bien, queda igualmente claro que, en aquellos casos contrarios, con reducida antigüedad de servicio (recuérdese que nuestra

jurisprudencia diferencia entre antigüedad en la relación para ciertos efectos -ej. cálculo de complementos económicos- y antigüedad en el servicio para el despido) y bajos salarios (que son situaciones más frecuentes en el mercado de trabajo español), **el mecanismo de indemnización tasada ni les favorece ni les otorga la más mínima seguridad jurídico-contractual**. En estos casos -los más frecuentes-:



El bajo coste de su despido, aún arbitrario, haría de permanente Espada de Damocles sobre la continuidad de su puesto. **En consecuencia, aquí la aparente seguridad jurídica torna real desprotección, además de derivar una notable injusticia resarcitoria frente a ceses arbitrarios.**



Asimismo, el tope máximo de la cuantía, que tiene como referencia el salario, se convierte también en una norma peyorativa, y creadora de agravios, para quienes tienen salarios más reducidos. Esta consecuencia claramente discriminatoria se observa en la menor indemnización actual de las mujeres- menos años de trabajo y menos salario- frente a los hombres y se observa de forma palpable en el hecho de que ante un mismo despido injusto y arbitrario las víctimas percibirán indemnizaciones dispares- en función antigüedades y salarios distintos – aunque el ilícito sea idéntico y los daños causados sean similares. Se discrimina, pues, a mujeres y jóvenes.

En términos matemáticos, podríamos formular así este efecto negativo -que es regresivo- del sistema:

La intensidad de la tutela resarcitoria frente al despido individual arbitrario resultaría inversamente proporcional al nivel salarial de la persona trabajadora víctima de aquél, así como a su estabilidad contractual, de modo que crece a medida que se incrementa el salario y la antigüedad, y decrece a medida que se hacen más pequeños el salario y la duración de su vínculo.

6.2. Mutación normativa, de iure y de facto, de la indemnización por despido sin causa: de técnica de tutela resarcitoria a medida de flexibilidad de gestión

La precariedad laboral, pues, lejos de corregirse a través de esta vía, o paliarse, se intensifica y perpetúa, pues a la condición de precariedad que representa el menor salario y la menor estabilidad, se suma la menor tutela contractual frente a su despido arbitrario. **El sistema legal de indemnización tasada se convierte, pues, en línea con lo que sostiene la OIT, en una condición fundamental de precariedad laboral, con un efecto regresivo notable, porque desprotege a las personas más vulnerables, y protege más a las más estables y mejor remuneradas.** En definitiva, el sistema de indemnización tasada y topada sería, sí, inseguro jurídicamente (también económicamente para la persona trabajadora), pero también regresivo, en la medida en que perjudica a las personas trabajadoras "más vulnerables", las que menor estabilidad y

retribución tienen en el sistema y en el mercado de trabajo.

A la luz de lo analizado, es de evidencia que hemos asistido a un giro copernicano en el sistema de regulación del despido improcedente en España. Ha pasado de una técnica de protección, si se quiere de sobreprotección, si atendemos a la regulación preconstitucional y "pre-estatutaria" (ej. generalización de la readmisión obligatoria, altos costes del despido en situaciones de mercado de trabajo estable, si bien discriminatorio para las mujeres por excluyente), a otro de continua devaluación de su función de garantía, conforme a la norma constitucional e internacional, hasta llegar a mutar en una función de seguridad económica para las empresas. En otros términos:

El alma de protección que tiene esta regulación ha sido desplazada por la económica, de modo que se ha desnivelado la debida regulación de equilibrio entre ambas razones para dar cabida esencial, no exclusivamente, a las de la empresa.

En consecuencia, lejos de servir este modelo a la seguridad jurídica, como tiende a defenderse, actúa en sentido contrario, de incentivo para la inseguridad jurídico-contractual. Ninguna seguridad jurídica se edifica sobre la arbitrariedad, máxime si la única cautela, en los casos más frecuentes, es una indemnización exigua.

La ley debe remover los obstáculos creados gradualmente para que el derecho a la indemnización adecuada, en los casos en que se entienda la tutela apropiada, sea efectivo, no perpetuar e intensificar las facilidades que da a la extinción sin causa justa un modelo normativo

abstractamente considerado. El art. 24 CSER exige establecer un sistema indemnizatorio que permite evaluar los efectos concretos que, en la práctica, tiene una decisión extintiva arbitraria respecto de la estabilidad obligacional del empleo de un buen número de personas, las de mayor vulnerabilidad (protección del valor social del trabajo decente sin agravios desproporcionados debidos a la diversidad -más bien la desigualdad- contractual y sociodemográfica -sexo, edad, nacionalidad, etc.-).

6.3. Límites a la discrecionalidad del poder legislativo (y jurisdiccional) para fijar el contenido del derecho a una indemnización adecuada

Que el principio de conformidad a la CSER del sistema de tutela resarcitoria frente al despido arbitrario prevalezca sobre la tradición conservadora del modelo legamente establecido a nivel nacional, exigiendo una reforma profunda del mismo no significa ni

a

Que el poder legislativo carezca de un significativo margen de decisión a la hora de concretar el derecho a una indemnización adecuada por despido injusto, si tal margen decisional no deviene en no significar que pueda incurrir en arbitrariedad, a su vez.

La ley debe garantizar que resulte efectiva la doble finalidad perseguida con este derecho resarcitorio, para lo que el cálculo de la indemnización por daños derivados de un despido sin causa justificada, por lo que no puede establecer un sistema automático, que actúe con abstracción de daños y perjuicios reales y del efecto disuasorio efectivo a en relación con un despido arbitrario. Por lo tanto, debe contemplar algún tipo de pauta, criterio o mecanismo que permita abrir el sistema resarcitorio a compensar daños reales, al tiempo

que atiende a la disuasión de comportamientos arbitrarios de las empresas⁵⁴. Ahora bien, cuál sea ese mecanismo concreto, a través de qué técnica se realicen ambas finalidades, eso será una cuestión dejada a la decisión legislativa que, en el ámbito de las relaciones de trabajo, exigirá un previo acuerdo de concertación social, al menos un proceso de diálogo social de buena fe. **No bastará solo con aumentar cuantías y límites**, que se muestra como solución necesaria pero no suficiente.

b

Que el sistema deba dejar necesariamente un margen de valoración en el cálculo económico al proceso jurisdiccional no significa, en modo alguno, que deba ser fijado exclusiva o principalmente conforme al mero prudente arbitrio judicial. Éste necesita pautas razonablemente ciertas para ser tan seguro como justo.

54 Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2010). El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito, CARL, Sevilla.

En efecto, el valor de la seguridad jurídica, que no puede ser reducido únicamente ni al servicio de los intereses y razones de las empresas, ni de los intereses y razones de las personas trabajadoras, sino al servicio del interés social, que exige un equilibrio entre todas ellas, siempre en perspectiva de la función garantista de la regulación del despido para evitar la arbitrariedad, debe ser mantenido, dentro de lo razonable, de lo previsible, con el nuevo sistema indemnizatorio. Y eso requiere, por lo tanto, que se establezcan, como ocurrió en la legislación social histórica española previa a la estatutaria y también en otros ordenamientos europeos, que la ley establezca criterios de cuantificación que orienten las decisiones judiciales, a partir de la actividad probatoria, adaptada a estas situaciones sociolaborales específicas, sin devolución a la pura dinámica civilista, de las partes, en especial de la persona trabajadora y sin perjuicio de las reglas de facilitación de la carga de la prueba respecto a daños de difícil cuantificación, como los morales, de conformidad con lo que prevé, para los derechos fundamentales, el art. 183 LRJS, o, para ciertos de ellos específicos, la no discriminación por razón de sexo y la libertad sexual, el art.53 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS).

Por supuesto, lo ideal, o quizás lo más conveniente, sería establecer un *"sistema de valoración-baremo indemnizatorio de daños y perjuicios"* derivados del despido sin causa justificada que, de una forma análoga, pero no igual, porque este baremo debe tener un fin

disuasorio, no solo reparador, al existente para los daños personales a causa de accidentes de circulación vial⁵⁵. Con ello, el cálculo judicial (o en procesos previos, de solución alternativa de conflictos -conciliación extrajudicial-) indemnizatorio por despido sin causa justificada facilitaría la seguridad jurídica, la coherencia del sistema, así como una razonable igualdad de tratamientos en cada caso análogo, que no exige uniformidad de indemnizaciones, sino adaptación a las circunstancias (subjetivas y objetivas) que inciden en los daños en cada caso o tipo de casos. Ahora bien, ni es fácil -prueba de ello es que la previsión de uno adecuado a los daños profesionales por accidentes de trabajo sigue durmiendo el sueño de los justos, pese a la previsión de la LRJS, hace nada menos que más de 10 años-, ni tampoco es la panacea, como se ha recordado, dado que se trata de situaciones diferentes. Además, finalmente, tampoco hay adiestramiento judicial, ni de los profesionales en el ámbito sociolaboral, para hacerlo efectivo, al menos en una primera fase. Lógicamente, exigirá adaptación y cursos de capacitación.

En tanto, se podrían adoptar otras vías de reforma, con mayor o menor grado de factibilidad, según el marco de acuerdo político-social existente, y los compromisos en el Diálogo Social. En las páginas que siguen se esbozan las que podrían tener lugar, optando por la que nos parece la más factible o realizable, sin perjuicio, lógicamente, de su debate, tanto científico como, sobre todo, político-social, dado que algunas de ellas son novedosas en el ordenamiento sociolaboral español.

55 Así se expresa **Ignacio Moreno, Magistrado de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.** <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/derecho-laboral-articulos-juridicos-destacados/europa-podria-elevar-el-coste-de-despido-a-las-empresas-espanolas-cambiando-el-marco-normativo-actual-segun-expertos/>

7. Propuestas de reforma legal: *alternativas reguladoras para la mejora (optimización) de la tutela resarcitorio-disuasoria frente al despido arbitrario*

7.1. ¿Por qué el cambio?: Síntesis de las razones expuestas.

A la vista de los análisis, cuantitativos y cualitativos conducidos hasta aquí, ha quedado clara no solo la disconformidad de nuestro modelo con el de la CSER, sino la débil eficacia de aquél para cumplir la función de tutela judicial efectiva de la garantía constitucional de estabilidad real. La razón esencial es el progresivo proceso devaluador de las garantías establecidas en nuestra legislación histórico-social a tales fines, de modo que pasamos de estar entre los ordenamientos de mayor tutela de la estabilidad, antes del ET, e incluso después, hasta 1994, a ocupar una posición por debajo de la media de la OCDE, según su indicador de protección al empleo. Por tanto, no es ninguna valoración especulativa, sino que se constata estadísticamente y, por tanto, es un juicio objetivado. Otra cosa es que, mientras el sector empresarial lo valora positivamente, por la eventual ventaja de flexibilidad que aportaría, el sector sindical lo valora negativamente, porque pierde su eficacia protectora y muta en técnica de favorecimiento de la facultad extintiva del empleador, incluso constatándose la inexistencia

de causa, esto es, concurriendo una decisión arbitraria.

En consecuencia, hace ya tiempo que debió abrirse un proceso de reforma dirigido a recuperar una parte, al menos, del equilibrio perdido en este ámbito, sin que se hayan dado hasta el momento las condiciones políticas e institucionales para ello, por la potencia del discurso neoliberal, hegemónico en las reformas laborales, hasta la última introducida, la de 2021. Ahora bien, como es igualmente conocido, por diversas causas, entre otras por la férrea oposición empresarial a incluirlo en la mesa de diálogo social y la presión de la Comisión para que la reforma fuese pactada, como condición para poder recibir los fondos europeos, este aspecto de la regulación no se abordó directamente. Sin embargo, también por varias causas, entre otras por la más que probable Decisión del CEDS de su inadecuación al art. 24 CSER, a instancia de la reclamación colectiva de la UGT es el momento adecuado para afrontarlo.

7.2. Cómo: alternativas de regulación

Por tanto, a nuestro juicio, es tiempo de dar un paso más en esta situación. La cuestión no es ya si hay que cambiar el modelo, cuyas razones son ya poderosas y no admiten mucho margen para la crítica seria, fuera de la puramente ideológica, sino cómo hacerlo. Apenas hay, hasta el momento, propuestas suficientemente elaboradas encima de la mesa a tal fin y las que hay parecen más buscar su optimización económica que su mejora garantista (ej. la cacareada y recurrente "Mochila austriaca"). En consecuencia, es el momento de llevar a cabo esta nueva dimensión del debate, más operativa.

Desde esta perspectiva, para corregir esta involución garantista de nuestro sistema de despido arbitrario, y mejorar la tutela de la posición de seguridad jurídica contractual frente al riesgo de arbitrariedad extintiva empresarial, se abren diferentes posibilidades. La debida mejora sustancial de la tutela resarcitoria puede conocer un amplio abanico de posibilidades, con sus pros y contras (no hay ninguna ideal ni menos perfecta) con su mayor facilidad o complejidad, por tanto, mayor grado de adhesiones o de resistencias. A saber:

Intervención de reforma legal dirigida a restaurar el modelo de estabilidad real frente al despido sin causa justificada

1

Desplazar el actual modelo legal de estabilidad obligacional del empleo por el original, **el de estabilidad real**, convirtiendo **la readmisión** de la persona que ha sido despedida sin causa justificada como la solución genera para corregir, y disuadir de, la arbitrariedad.

a

En el Derecho histórico español estuvo en vigor, fugazmente, con la Ley de Relaciones de Trabajo. Ahora bien, parece claro que esta opción es mucho más difícil de consensuar y no responde al modelo más seguido en nuestro país, con lo que se encontraría con una fuerte resistencia, no solo empresarial, sino incluso

en una parte del Gobierno de coalición que se constituya a finales de este año, en su caso. Como se indicó, el CEDS asume un modelo de readmisión facultativa, como en el caso francés, por lo que el acento lo pone en la adecuación indemnizatoria.

b

Privar al empleador del derecho de opción en caso de despido improcedente y atribuirlo a la persona trabajadora víctima, convirtiendo en solución general la regla prevista ahora únicamente para las representaciones laborales o mejora convencional.

Aunque esta solución jurídica pudiera parecer incluida dentro del actual modelo de estabilidad obligacional, a nuestro juicio tal transferencia del derecho desde la empresa a la persona trabajadora implicaría un tipo de tutela fuerte de la estabilidad. Parece claro que, en un buen número de ocasiones, la persona trabajadora optaría por la readmisión obligatoria, aunque es cierto que esta decisión tiene desventajas o riesgos. En efecto, la imposición al empleador de este retorno o readmisión podría abrir la vía para readmisiones irregulares, de modo que la empresa desplegara más de una conducta dirigida a provocar la salida "provocada" del trabajador. En este caso, en última instancia, la salida vendría por la extinción provocada ex

art. 50 ET, con una indemnización adicional, ahora derivada de la violación de un derecho de naturaleza fundamental, a tratarse de conductas típicas de violencia y acoso.

Una situación de este tipo cuenta con cierto antecedente en la legislación laboral. Así, se recordará que el art. 281.2 LRJS prevé una indemnización adicional para los casos de incidente de no readmisión. En este caso, el juez acordará la extinción finalmente con una indemnización adicional a la de despido improcedente, así como a los salarios de tramitación hasta el día de la notificación de la resolución judicial:

"En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular... de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades)"

Se insiste en que el CEDS asume la readmisión facultativa para ambas partes. Por lo tanto, la CSER no exige la readmisión obligatoria

para el despido improcedente, solo que exista esa posibilidad en el ordenamiento jurídico nacional.

2

Reforma legislativa del modelo de estabilidad obligacional, mejorando la tutela resarcitoria para garantizar la efectividad del derecho social al trabajo frente al despido arbitrario

A

Conservación del modelo actual de predeterminación legal y topada de la tutela resarcitoria frente al despido arbitrario, pero con mejoras de su nivel de protección económica

Sin duda, la vía más simplificada de reforma del sistema indemnizatorio por despido sin causa justificada sería la de mantener el modelo vigente, pero incrementando de una forma significativa su nivel de intensidad protectora. Una vía de reforma que exigiría una doble intervención:

a

Restauración de los salarios de tramitación, desaparecidos con la reforma de 2012 salvo readmisión, como es sabido. Esta reforma es una exigencia del art. 24 CSER

Ciertamente, esta medida tendría una eficacia general para toda persona despedida sin causa válida o eficaz, pero tendría un efecto mucho mayor en las personas de menor antigüedad, con lo que actuaría de la debida mejora de las personas trabajadoras más vulnerables al riesgo de despido arbitrario. En consecuencia, aún de eficacia general para toda persona despedida de

forma arbitraria o sin justa causa, tendría también un efecto de justicia social distributiva (enfoque de relativa progresividad). Ahora bien, conviene tener muy clara una cuestión: **esta reforma es obligatoria, porque, conforme al CEDS es una componente mínima, esencial, del derecho a la indemnización adecuada.**

b

Retorno a los 45 días de salario por año de servicio y las 42 mensualidades como tope o límite máximo. En este caso, cuya eficacia es igualmente general, carece, pues, de efecto selectivo alguno (descarta todo enfoque de progresividad), pues beneficiará más a quienes más años de servicio tengan, esto es, a las personas con la mayor estabilidad

De este modo, esta vía de reforma, si bien mejora la protección económica, por lo que mejora el juicio de eficacia resarcitoria, no deja de suscitar algunas disfunciones. A saber:

La primera, que no se ajustaría estrictamente al imperativo del art. 24 CSER (juicio de validez jurídica). Sigue siendo un sistema de indemnización tasada y topada, aunque mejorado de una forma notable respecto del actual, y, aquí sí, del promedio de los países de la UE, sobre todo en lo que hace al límite máximo. La

segunda, que tiene un efecto de mejora uniforme para todas las personas trabajadoras, sin atender a las situaciones diferenciales, con lo que pierde, en cierto modo, en progresividad (enfoque de justicia contributiva o contractual, sin efecto de justicia distributiva o progresiva).

B

Mantener un sistema de predeterminación legal de la indemnización por despido sin causa justificada, conforme a parámetros análogos a los actuales, y prever, no como excepción, sino como regla especial, la posibilidad de una indemnización adicional, fijada conforme a un conjunto de factores atendiendo sea a los daños reales (patrimoniales y personales) sea al efecto disuasorio según las circunstancias concurrentes (especial grado de arbitrariedad).

Asumiendo un modelo más rupturista, pero no completamente, del régimen actual, cabe establecer un sistema de doble indemnización resarcitoria por despido arbitrario. Esta posibilidad está contemplada en la doctrina del CEDS, como se ha visto. Así, la citada Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2019 (Italia)

admite la legalidad de una indemnización legalmente predeterminada, siempre que se prevea la existencia de recursos legales alternativos como recurso normalizado. Entre esos recursos están:

a

Una indemnización básica por despido improcedente, que ha de incluir tanto los salarios de tramitación -de forma obligatoria- como una indemnización tasada, con los parámetros reforzados, según acuerdo social (45 días de salario 42 mensualidades como tope). Sin prueba del daño, como hasta ahora. Esta indemnización básica no podría ser inferior-como ocurre en Italia, - a seis meses de salario de la persona trabajadora con independencia de su antigüedad.

b **Una indemnización adicional** para la reparación del daño real sufrido por el despido sin causa justificada, y probado a obtener bien en sede laboral (como aquí defendemos).

C Esta **indemnización adicional o complementaria** tendría como **elementos (factores) determinantes de la regulación, que enunciamos aquí y que debería ser objeto de negociación y debate en el marco del dialogo social.**

+ **Dependería de la prueba de los daños adicionales** a cargo de la persona trabajadora que considerara que la indemnización básica resultante insuficiente y no disuasoria.

+ **Debe contemplarse un catálogo o listado de factores** (más vinculantes que solo puramente orientadores, para garantizar la seguridad jurídica) a seguir para la cuantificación de los daños: daño patrimonial + daño moral + "daño personal de pérdida de oportunidades de empleo adecuado" en atención a sus concretas circunstancias personales y del mercado de trabajo específico en el que se desempeña + "*daño social al proyecto de calidad de vida*" afectado o perjudicado por la decisión arbitraria (ej. art. 53 LOGILS y baremo civil de daños derivados de accidentes de tráfico).

+ **Debe contemplarse una vía de facilitación de la carga de la prueba de los daños de más difícil cuantificación, como los daños morales.** Estos, en línea con el art. 183 LRJS, no deben exigir prueba cierta, sino que bastará que se deriven de las circunstancias concretas en que se ha realizado el despido.

+ **En todo caso, la indemnización complementaria o adicional debería tener una doble componente**, la resarcitoria y la disuasoria o plus indemnizatorio para desincentivar -no punir- el despido arbitrario, para lo que es importante atender a la dimensión de la empresa, su reiteración, sus pautas de gestión, la política de despidos, etc.

Pero fijados los criterios de valoración-vertebración de daños y de su prueba, según la naturaleza de cada uno de ellos, **hay que determinar los criterios de baremación,** es decir, de fijación de la cuantía. A tal fin, son diferentes las posibilidades que se abren, pero entendemos que podría ser más adecuado:

 *Para los daños patrimoniales* (el lucro cesante-y el daño emergente) deberían utilizarse los daños económicos de carácter adicional -distintos y mayores a lo que representa la indemnización básica, determinada legalmente: ej. gastos extraordinarios y específicos derivado de la situación, no comunes en todo despido- que pueda probar la persona trabajadora, pues son de más asequible determinación.

 **Para los daños personales** (daños morales, psicofísicos, existenciales -ej. la pérdida de oportunidades de empleo nuevo, la quiebra del proyecto de su calidad de vida, etc.-) cabría utilizar este parámetro "objetivado":

 **"El salario promedio del sector"** de actividad de la persona despedida: un mínimo de **6 meses** de salario promedio y un **máximo de 12 mensualidades promedio** según concurren 1, 2 o 3 factores de especial vulnerabilidad (personales -edad o/y sexo-, expectativas de encontrar un nuevo empleo, frustración del proyecto de vida). Entendemos que no procede diferenciar aquí atendiendo al factor de antigüedad, en la medida en que los factores personales ya son tenidos en cuenta de forma específica, sin criterios automatizados, que protegería más a quienes más estabilidad han tenido, con un efecto "regresivo".

 Para el **efecto disuasorio (ya hay experiencia al respecto en materia de daños profesionales, ex art. 183 LRJS, según doctrina de suplicación catalana y vasca)**. En este caso, para el plus indemnizatorio por efecto disuasorio podría usarse también, según se acuerde, un criterio u otro:

 O el baremo sancionador social, dado su efecto no solo sancionador, sino de prevención. El factor para tener en cuenta debe ser tanto la dimensión de la empresa como las pautas previas de la empresa en materia de despido, así como las circunstancias modales del despido -ej. sin alegar causa, sin intento alguno de prueba, etc.-

 O un parámetro similar al del art. 281. 2 b) LRJS: un plus indemnizatorio de un mínimo de 3 meses de salario promedio (el parámetro es negociable) y un máximo de 6 meses de salario promedio (el parámetro es negociable).

Ciertamente, podría cuestionarse el sentido de establecer límites mínimos y máximos, cuando el CEDS fija una doctrina que parece arrumbarlos por completo. Ahora bien, no es así, como se evidenció, si se analiza seria y profundamente. Primero, estos límites no se fijan en daños económicos añadidos, donde queda a prueba de la persona trabajadora, sino que lo son para los personales, más difíciles de fijar. Por lo tanto, sí se abre el sistema a valoración de daños personales y daños morales. Eso sí, en segundo lugar, se establecen límites a los mismos a fin de otorgar mayor seguridad jurídica para las empresas, sin que el efecto disuasorio se vea perjudicado, porque ni conocerán de antemano

el quantum total (la diferencia es muy notable entre el mínimo y máximo) ni la indemnización carece de componentes disuasorias específicas.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que el modelo típico laboral implica siempre algún tipo de control de la discrecionalidad jurisdiccional, en aras de las razones de la seguridad jurídica de la empresa. En este sentido, un precedente de indemnización judicialmente abierta en caso de un despido improcedente lo encontramos en la relación laboral especial de deportistas. En su art. 15, relativo a los efectos de la extinción del contrato por despido se prevé:

“Uno-. En caso de despido improcedente, sin readmisión, el deportista profesional tendrá derecho a una indemnización que, a *falta de pacto, se fijará judicialmente, de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio*. Para su fijación se ponderarán las *circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración* dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción anticipada de su contrato”⁵⁶.



Un trámite de conciliación previa a la vía judicial que permitiese ofrecer a la persona trabajadora una indemnización diferente y superior a la legal, sin que esté limitada a un límite máximo.

Para que sea útil se deben conceder



Incentivos legales suficientes en el sistema para que la persona trabajadora tenga suficiente poder negociador



La empresa suficientes estímulos para acudir a la negociación con un ánimo de llegar a un acuerdo de buena fe.

55 En su apartado Dos, se prevé que “El despido fundado en incumplimiento contractual grave del deportista no dará derecho a indemnización alguna a favor del mismo. A falta de pacto al respecto la Jurisdicción Laboral podrá acordar, en su caso, indemnizaciones a favor del club o entidad deportiva, en función de los perjuicios económicos ocasionados al mismo”.



Nos parece que este sistema con triple componente resarcitoria (básica, adicional y disuasoria) puede tener un poderoso incentivo para fomentar que se acude a las vías alternativas, para que, con poder negociador

real -la judicialización agravará el coste para las empresas- de la persona trabajadora, la empresa llegue a acuerdos, siempre por encima de la componente básica.



Introducir un nuevo sistema legal indemnizatorio por despido improcedente que garantice el cumplimiento de la doble finalidad restitutoria y disuasoria frente a la arbitrariedad extintiva.

Por supuesto, también cabría plantear una opción de reforma, siempre dentro del modelo de estabilidad obligacional (sustitución de la readmisión por una indemnización adecuada) mucho más disruptiva que la anterior [que, a nuestro juicio, es la más factible, porque aún mejora resarcitoria, conformidad con la CSER y razonable seguridad jurídica para empresas,

personas trabajadoras y el sistema jurídico-social]. A tal fin, cabría hacer tabla rasa del modelo precedente (lógicamente tendría muchos más costes políticos y sociales) **y establecer una indemnización (civil) basada en el prudente arbitrio judicial según prueba del daño (patrimonial y personal) y efecto disuasorio.**

En efecto, este es un condicionante importante a tener muy en cuenta. El principio de progresividad que inspira la CSE exige que una reforma derivada de la CSER no puede, en ningún caso, provocar una reducción de la tutela de la persona trabajadora. Por lo tanto, siempre debería haber un mínimo resarcitorio, equivalente al actual, a partir del cual se estableciese la indemnización suficiente y disuasoria.



La introducción de un modelo civilista laboralmente modulado de resarcimiento de los daños derivados de un despido improcedente, capaz de garantizar la efectividad de una tutela restitutoria y disuasoria frente a la arbitrariedad extintiva

Parece claro que es preferible un modelo más híbrido o mixto, en el que puedan convivir, de forma coherente según exige la CSER, el modelo laboral clásico con el civil modulado exigido para garantizar la doble finalidad de la indemnización por despido arbitrario. A tal fin:

a

Frente a la triple componente del modelo de reforma propuesto como 2.B solo tendría dos: resarcitorio (daños que se puedan probar) y disuasorio.

b

La componente resarcitoria no tendría límites máximos, dependiendo de la prueba del daño, siempre con la facilitación de la prueba del daño moral (algo que se olvida en la doctrina judicial de suplicación que ha abierto la vía a este tipo de indemnizaciones). Por tanto, exigiría diferenciarse daños económicos y daños personales (daños psicofísicos, morales, existenciales -oportunidades de empleo, daño social al proyecto de vida, etc.-)

c

La componente disuasoria debería ser añadida y podría articularse conforme a un parámetro análogo al establecido en la propuesta 2. B. Aquí quizás tendría más sentido el sistema-baremos sancionador social, que tiene horquillas más amplias.

d

Como cautela, habría que establecer un límite mínimo: el resultado resarcitorio con el nuevo sistema no podría ser nunca inferior al que resultaría de aplicar el sistema precedente.

e

Los factores concretos (personales y objetivos -situación de mercado de trabajo en el que se desempeña profesionalmente y/u oportunidades de transición a otras profesionales o sectores-) a tener en cuenta para fijar las cuantías podrían ser los señalados para la indemnización adicional.

Es evidente que se necesitará un proceso adaptativo y de capacitación al conjunto de los operadores jurídicos a fin de garantizar la aplicación efectiva de un sistema de indemnización adecuada por despido arbitrario, que cumpla la doble función prevista para ella en el art. 24 CSER. De este modo, lejos de quebrar la seguridad jurídica haría de este valor un

aspecto esencial del sistema, pero para ambas partes, no solo, como es ahora, para la empresa, y coherente con el paralelo imperativo de justicia resarcitoria frente a la facultad de cese arbitraria: parafraseando el título del célebre western, debe quedar claro que también "la arbitrariedad –muerte injustificada del contrato laboral- de despedir tiene un (más alto) precio"

3

Reforma legislativa del modelo de estabilidad obligacional, mejorando la tutela resarcitoria para garantizar la efectividad del derecho social al trabajo frente al despido arbitrario

Aunque el núcleo de análisis de este Informe es la determinación de un nuevo sistema indemnizatorio por despido arbitrario que se adecúe a la CSER, permitiendo cumplir más eficazmente su doble función (resarcimiento suficiente o íntegro y efecto disuasorio), hay

otros aspectos normativos que merecería la pena revisarse, a fin de una reforma más coherente y que no significaría incremento de costes, pero sí de beneficios de tutela y gestión coherente del factor trabajo. Así, entre otras proponemos atender:

A

La apertura de un trámite previo a la persona trabajadora despedida, a fin de ofrecer mayor certidumbre en torno a la causa extintiva, para aquélla y también para la empresa, evitando o, al menos, desincentivando el despido sin causa⁵⁷.

Es un lugar común en los análisis jurídicos y económicos, aunque realicen luego una valoración diferente, identificar entre las causas de ineficacia de la regulación del despido la huida empresarial de los canales legales causales para la toma de decisión extintiva. El empleador

cuenta con un amplio abanico de incentivos para evitar o eludir los costes e incertidumbre del proceso, prefiriendo reconocer, si quiera ahora en vía extrajudicial, la improcedencia. En consecuencia, el propio diseño legal favorece prácticas de despido arbitrario, esto

es, sin causa, sin más contrapeso legal que una indemnización reducida, menguante (no creciente). Una vez evidenciados los límites legales, en términos normativos y de eficacia, a las reformas que operan sobre el intento de precisión de las causas, quizás pueda pensarse en dirigir la mirada reformadora hacia otra

dirección, relativamente más innovadora: la introducción, en línea con otros países de la UE, de un trámite previo a la extinción real para verificar la realidad y razonabilidad de la causa esgrimida, especialmente, pero no solo en los despidos objetivos económicos.

Tres ejemplos de derecho comparado podrían traerse a colación, para los despidos por causa objetiva, pero también disciplinaria (aun con modulaciones)

1

Derecho británico. En él se contempla la posibilidad de aumentar la indemnización en función del comportamiento de las partes desde el inicio del procedimiento.

2

Derecho francés. En él se establece como trámite obligatorio convocar a la persona trabajadora previamente a la decisión, así como a acreditar que no hay posibilidad de recolocación.

3

Derecho italiano. Un trámite de conciliación extrajudicial previa.

En definitiva, frente a la línea de reforma tradicional de apostar por perfeccionar el sentido de la causa, podría explorarse el camino del trámite previo de audiencia, antes de tomar la decisión y así desincentivar actuaciones extintivas irreales, ficticias. Naturalmente, esta opción de mejora ya está disponible para la negociación colectiva en España, pero no tiene mucho recorrido en la práctica, al menos

hasta ahora. Se trata de garantizar la buena fe empresarial en el ejercicio de su facultad extintiva, con la posibilidad de ser oído y evidenciar la razonabilidad de las posiciones. Para el incentivo de la buena fe empresarial cabría reconocer una indemnización adicional si por el incumplimiento del trámite o por su conducta durante el mismo pudiera ser concluido que existe una falta real de causa.

En el plano normativo se trataría de desarrollar adecuadamente la exigencia del art. 7 del Convenio 158 OIT. Como se sabe, hoy existe una intensa polémica judicial al respecto, exigiéndolo unos tribunales y manteniendo la posición antigua otros, en espera de doctrina unificadora.

B

Medidas de acompañamiento a las empresas con más dificultades

Nunca para la indemnización por despido arbitrario, pero sí para las empresas en dificultades que realicen despidos económicos, cabría plantearse recuperar la cobertura, al menos parcial, por parte del FOGASA como organismo

de aseguramiento de las indemnizaciones por despidos económicos, reduciendo así el coste para el empresario cuando concurren causas reales.

C

Clarificar la indemnización por despido improcedente en el caso de las personas fijas discontinuas, pues la jurisprudencia del TS es restrictiva, sin perjuicio de algunos casos en la doctrina judicial que apela a toda la duración del vínculo. El crecimiento exponencial de esta figura exigiría clarificar la previsión del art. 16 ET actual, hoy (deliberadamente) ambigua

Sabido es que la reforma laboral de 2021 trató de atribuir a esta figura contractual un estatuto de protección sociolaboral que evitara, o redujera al máximo posible, su previa "leyenda negra" de modalidad "precarizada". Su

multiplicación espectacular en estos dos años hará que crezcan cada vez más las cuestiones sociales y laborales que atañen a esta forma de empleo fijo, aún discontinuo .

58 Ej. STSJ Galicia 3926/2023, 15 de septiembre, que recuerda que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, la transformación de un contrato fijo ordinario o continuo en discontinuo, y viceversa, requiere del consentimiento de la persona trabajadora. En consecuencia, la garantía de indemnidad se vulnera cuando la empresa despidió al trabajador por su resistencia a la propuesta de modificación de su estatuto laboral pues ese despido cercena toda posibilidad de reclamación contra la eventual unilateral decisión empresarial (ilegítima) de modificación de dicho estatuto laboral, así como elude la protección frente a represalias de que sí gozaría esa reclamación. Si bien en el caso se declara la procedencia del despido porque sí concurren causas económicas.

Y una cuestión que generará más de un litigio será el cómputo de la antigüedad. Al respecto ya hemos visto la reducida media indemnizatoria de este colectivo (en torno a los 5.000€).

4

Reformas legales dirigidas a establecer mecanismos radicalmente alternativos al modelo de indemnización (del tipo "Mochila austriaca")

Dejamos reseñada de nuevo, pero aquí no afrontamos por no compartir esta propuesta, la existencia de una opción reformadora dirigida a modelos alternativos, en unos casos, complementarios en otros, de resarcimiento frente al despido. Los países que no han ratificado el Convenio 158 OIT avalan este

proceder. A nuestro juicio, sin embargo, no es la vía adecuada para afrontar la reforma debida del despido, primero porque España si ha ratificado el citado Convenio, y segundo porque no tiene encaje posible alguno en la Carta Social Europea Revisada, y en su art. 24.

5

La cuestión tributaria. No es nuestro ámbito de análisis, pero es evidente que el cambio legislativo debe ir acompañado de una debida protección fiscal, de modo que la mejora de las indemnizaciones sociales no suponga una pérdida por la mayor cotización fiscal

8. Conclusiones

A la luz de los análisis, cuantitativos y cualitativos, realizados a lo largo de las páginas precedentes creemos que ha creado suficientemente acreditada la posición que sostiene este Informe, según la cual:

A Nuestro sistema legal de protección frente a sufrir un despido individual sin causa no solo es disconforme con el art. 24 CSER (juicio de invalidez), sino manifiestamente ineficaz para cumplir la doble función de protección que le es propia, esto es, tanto resarcitoria como disuasoria frente a la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad extintiva.

B Esta facultad extintiva se ejerce de forma nada infrecuente de modo arbitrario, en atención a las estadísticas disponibles, en un contexto socioeconómico y legal en el que el despido en general aparece extremadamente normalizado, al realizarse **más de medio millón al año. Lejos de ser la última ratio aparece como una técnica de gestión normalizada**, lo que contradice el espíritu de la reforma laboral de 2021.

C A la ineficacia protectora hay que añadir una extremada dualidad indemnizatoria o resarcitoria, **en la medida en que la baja indemnización promedio para los despidos individuales (2021: 9.512€ para disciplinarios, 9310€ para objetivos por causa de empresa y 8.656€ para los objetivos por causa del trabajador), hay que sumar una extraordinaria fragmentación resarcitoria.** De modo que quienes tienen una posición contractual más débil en el contrato y mercado de trabajo (menos estabilidad real, menor salario), lucran una indemnización promedio de cuantía ínfima (ej. **un promedio de 1.500€** para temporales a tiempo completo).

D En suma, la regulación española del despido no solo es anómala jurídicamente, porque incentiva la arbitrariedad en vez de disuadirla, sino que provoca, al ser un sistema automatizado, un efecto de elevada regresividad protectora. Por lo tanto, **es inaplazable una reforma legislativa que garantice este triple imperativo jurídico y social:** la conformidad internacional, la eficacia protectora en términos de suficiente resarcimiento y la corrección de los efectos regresivos del sistema.

E A tal fin, en este estudio se han propuesto una serie de opciones reformadoras, con mayor o menor grado de complejidad (y resistencia política y empresarial), optando, siempre en el marco de lo dispuesto en el diálogo social, por introducir legalmente -ante las dudas jurisprudenciales-:

+ **Recuperar los salarios de tramitación como exigencia directa ex art. 24 CSER.**

+ **Fijar una indemnización básica, que se establecería con los parámetros de la legislación anterior a la reforma de 2012, en la que se incorporaría -como en Italia o en la legislación española de 1976- un mínimo, con independencia de la antigüedad, de 6 meses de salario.**

+ **Posibilidad, para cumplir con la CSEr, una indemnización adicional que garantice el resarcimiento suficiente y el efecto disuasorio efectivo. La articulación técnica se esboza en el estudio.**

Estas conclusiones y propuestas, así sintetizadas, se basan en los siguientes datos (evidencias empíricas y normativas):

1 España es el segundo país de la OCDE y de la Unión Europea (solo por detrás de Portugal) **que más intensamente ha devaluado su protección frente al despido individual: ha pasado de un Índice de Protección del Empleo (IPE) de 3,55 el año 1985 a otro, hoy, del 2.** Eso nos sitúa por debajo de la media de la OCDE y muy por debajo de la media europea.

Estas conclusiones y propuestas, así sintetizadas, se basan en los siguientes datos (evidencias empíricas y normativas):

2

De iure, este proceso de devaluación garantista combinado con la perpetuación de un sistema legal de indemnización por despido improcedente tasada y topada, con parámetros reformados a la baja monetaria, **supone una profunda mutación constitucional de la regulación frente al despido injusto** o sin causa justificada, desembocando en la honda anomalía jurídica que hoy vive nuestro sistema: **si la función constitucional e internacional europea de la regulación es garantizar la efectividad de la tutela frente al despido arbitrario, el sistema español muta en útil a favor de la empresa para alentar una gestión basada en el despido, aun sin causa, por resultar, de iure y de facto, más barato.**

En otros términos, un sistema de protección de la estabilidad obligacional (no real: exigiría readmisión como regla general) frente al despido arbitrario formalmente causal y procedimental, muta en otro basado en una libertad material de desistimiento, tan solo mínimamente condicionado con el pago de una reducida indemnización tasada.

3

De iure y de facto, esta anomalía jurídica se confirma por los datos estadísticos de los que disponemos sobre los costes monetarios de los despidos individuales en España, sea del Ministerio de Trabajo y Economía Social sea del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Si, conforme a la información el primero para los despidos individuales disciplinarios la media indemnizatoria es de unos **9.512€**, reduciéndose a **9.310€** para los despidos objetivos por causa de empresa (año 2021, último de información estadística), atendiendo a las estadísticas del CGPJ, para ese mismo año (2021), fue de algo más de **10.500€**, **apenas un 10% más.**

4

Ahora bien, respecto de la estadística ministerial, con ser reducida esta cuantía indemnizatoria promedio, que evidencia esa falta de eficacia resarcitoria, menos disuasoria, de la regulación legal del despido en España, es aún más inquietante la información desagregada. En efecto, de facto, al aplicar un sistema automático, indiferenciado a las circunstancias reales de las personas despedidas, fuera de la antigüedad y el salario, a un mercado de trabajo muy dual, el resultado es una tutela **resarcitoria extremadamente fragmentaria, desprotege más a quienes más vulnerables se muestran.** Así:

+

La indemnización media para el trabajo temporal no alcanza los **1.500€.**

+

La indemnización promedio para el trabajo indefinido parcial se sitúa por debajo de los 5.000€ (4.642€), prácticamente la misma que para las personas fijas discontinuas (4.493€).

5 En consecuencia, se produce aquí un efecto de desprotección diferencial muy notable, afectando, al propio principio de igualdad sustancial de trato. Ello sería así en la medida en que la aplicación real de la norma hace de peor condición, de facto, a las personas trabajadoras más vulnerables frente al despido (ej. los de menor antigüedad y salario), con lo que, frente a quienes sostienen, en un plano meramente formal, que en España existe una sobreprotección frente al despido comparadamente con otros países de la UE y de la OCDE, la realidad es que en un importante número de situaciones, por las características de nuestro mercado de trabajo (aún en importante transición hacia una mayor estabilidad tras la reforma laboral de 2021), la normativa resultaría ineficaz para garantizar una suficiente tutela resarcitoria frente al despido arbitrario. **Pero, sobre todo, tiene un profundo efecto regresivo.**

6 Si ahora analizamos con detalle la estadística judicial, la anomalía jurídica del sistema alegal español resulta aún más clara. De un lado, se ha constatado una constante prevalencia de la conciliación extrajudicial de los asuntos de despido en España (**más de la mitad de las decenas de miles de asuntos de este tipo que llegan a los tribunales del orden social**). De otro lado, si esta prevalencia implica un coste real (institucional) mayor que el legal, porque la **indemnización media por despido en conciliación extrajudicial es mayor que por sentencia, de ello se desprende la existencia de una práctica sistemática empresarial de reconocer que a menudo sus decisiones de despido son arbitrarias, no tienen causa real.**

7 Más aún. A tenor de la estadística judicial, entre quienes deciden seguir adelante con la tramitación judicial del asunto del despido, **prácticamente el doble de ellas terminará el proceso por conciliación judicial en relación con las que lo hacen por sentencia. Pues bien, el coste indemnizatorio es notablemente menor cuando se termina por conciliación judicial (7.854€) que cuando termina por sentencia (11.444,6€), para el año 2022.**

Año 2022

DESPIDOS								
Trabajadores despedidos (1)			Cantidad de acordadas Miles de euros			Cuantías medias Euros		
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación
83.751	30.408	53.343	767.002,7	348.007,2	418.995,5	9.158,1	11.444,6	7.854,7

En consecuencia, estos datos estadísticos son una nueva prueba contundente a fin de acreditar, de facto, **la ineficacia resarcitoria -y disuasoria- programada de iure del sistema legal de despido (incluso arbitrario)**: el sistema legal incentiva la terminación del despido por reconocimiento empresarial de que su razón de decidir el despido o no existe o es débil, pero prefiere tal asunción que seguir con el pleito, por los costes procesales que supone (incertidumbre del fallo judicial, dilación de la

decisión, costes probatorios, etc.). Las vías de conciliación, extrajudicial y judicial, evidencian que son un instrumento institucional para canalizar esa práctica sistemática (derogado el despido exprés, que seguiría material, no formalmente, por esta vía), al tiempo que reafirman el escaso poder negociador que tiene la persona trabajadora frente a decisiones arbitrarias de despido, ni fuera ni dentro del proceso.

8

Otros datos económicos, cuyas magnitudes están medidas objetivamente, ponen de relieve que, de facto, un sistema legal de cálculo indemnizatorio por despido basado en el juego automático del factor antigüedad y el factor salario, provoca una fuerte debilidad resarcitoria. Y ello porque, como se ha visto en el lugar oportuno, España:



Mantiene un diferencial salarial muy notable respecto del resto de la UE (al menos un 20 por cien inferior a la media).



Al tiempo que sigue siendo uno de los países de la UE con menor estabilidad contractual (el segundo con la mayor inestabilidad laboral), pese a la mejora notable con la reforma laboral del año 2021.



España, pese a que está conociendo un volumen de empleo histórico, sería el país de la UE con peor ratio entre puestos de trabajo disponibles (la menor tasa de vacantes de la zona euro: 0,9) y paro (mayor tasa de paro -11,6%- de la zona euro -6,4%; 5,9% en media europea-).

9

La confirmación de evidencia estadística de la ineficacia global resarcitoria del sistema automatizado de cálculo indemnizatorio por despido sin causa, así como de su regresividad, se enfrenta, además, a su disconformidad con la CSE.

10

En efecto, conforme a la doctrina del CEDS, vinculante para el TS, el **art. 24 CSER es directamente aplicable, integrando su contenido mínimo el derecho a una indemnización adecuada**, sea para reparar de forma íntegra (o suficiente) el daño de despido arbitrario sea para un efecto disuasorio efectivo, lo que no sucede con el actual sistema de indemnización tasada y topada:

+

Que ni es eficaz, por los datos cuantitativos económicos indicados.

+

Que ni es equitativo, por sus efectos regresivos, de facto⁵⁹.

+

Ni es válido, por las razones de disconformidad a la ley social europea.

11

En este escenario jurídico y socioeconómico, no es opcional ni para el TS ni para el legislador el cambio de sistema legal para el cálculo de la indemnización por despido arbitrario o sin causa real y seria (grave). **Ante las dudas y la dilación del cambio por la vía del Derecho Jurisprudencial, es ya inaplazable la reforma legal que produzca dicho cambio, previo Diálogo Social** (reforma legislativa basada en la técnica de la legislación socialmente negociada y/o concertada), pese a que la parte empresarial se opone.

12

Este estudio ha hecho una revisión completa de las distintas opciones existentes para una reforma legal del sistema legal de indemnización por despido arbitrario, siempre con el doble objetivo de adecuarlo al imperativo de la CSER –a fin de que podamos adelantarnos al probable fallo del CEDS condenatorio a España tras la reclamación de UGT- y optimizar su doble finalidad, resarcitoria y disuasoria, sin que por ello se perjudique la seguridad jurídica (para personas trabajadoras y para las empresas). A tal fin, con esta perspectiva de coherencia normativa, tutela eficaz y salvaguarda de la seguridad jurídica se considera más adecuado, siempre salvando lo que el diálogo social pueda determinar cómo preferible –o posible, según el poder de negociación y coyuntura política-:

+ **Debida recuperación de los salarios de tramitación** en todo caso de despido sin causa justa o justificada. Estos salarios son una exigencia del CEDS para cumplir con el art. 24 CSER, por tanto, no es elegible para la ley.

+ Establecer una indemnización por despido improcedente o arbitrario en el que se integren tres tramos o componentes:

+ Una indemnización básica, con la existencia de una indemnización mínima fijada en seis meses, con los parámetros de la legislación anterior a 2012.

+ Una indemnización adicional, atendiendo a la prueba del daño y con un tramo específico para atender la función disuasoria.

+ Facultad de opción a favor de la víctima del despido injusto.

El coste del despido individual sin causa justificada en España

Balance de situación y propuesta
de reforma para su adecuación
a la carta social europea
revisada



NOVIEMBRE 2023