

Indemnización por despido improcedente: ¿tasada, variable, mixta, a la carta?

Con reivindicación sindical y oposición empresarial, el Gobierno abre el debate sobre la indemnización por despido improcedente, y no tanto —o no sólo— en relación con su cuantía tasada ya fijada, sino valorando la posibilidad de añadir una indemnización variable a criterio discrecional del juez y en virtud de unos posibles parámetros definidos legalmente.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Aunque con carácter provisional hasta que todo el procedimiento haya concluido definitivamente, parece que la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales será idéntica a la que venía adoptando con otros países en circunstancias análogas. De esta forma, se considerará que la indemnización tasada por despido improcedente de nuestro ordenamiento no responde a los criterios de «adecuación» que exige la Carta Social Europea (revisada).

La resolución proviene de la queja presentada por el sindicato UGT ante el citado comité sobre la aplicación en nuestro ordenamiento del artículo 24 de la Carta Social Europea

(revisada). Se trata de un precepto que garantiza protección en caso de despido y en virtud del cual las partes se comprometen a reconocer el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; asimismo, garantiza el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una «indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». Obviamente, no es que el ordenamiento laboral español incumpla estos requisitos, en tanto en cuanto recoge la necesidad de que el despido sea por justa causa y, de lo contrario, del derecho a

obtener una indemnización, mas se cuestiona si reconoce una «indemnización adecuada» o, en su caso, «otra reparación apropiada». La exigencia, por lo demás, queda reforzada si se observa que el artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo admite idéntica obligación cuando señala que, si se llegara 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, los organismos competentes no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, dichos organismos tendrán la facultad de «ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que considere apropiada».

2. El ordenamiento laboral suele optar por indemnizaciones tasadas cuando se considera que se ha efectuado un daño, normalmente al trabajador y principalmente como consecuencia del despido. Con esta indemnización se desplaza la aplicación del artículo 1.101 del Código Civil, previendo *iuris et de iure* el perjuicio causado por el despido a partir de una indemnización del daño que el legislador cuantifica de manera global y no individualizada, sin admitir prueba en contrario ni sobre la producción del perjuicio ni sobre su cuantía. Se evita, así, que el trabajador deba acreditar el daño sufrido, aceptando que aquél pueda recibir una indemnización, aunque no exista daño alguno o aunque su valor pueda ser mayor que el indemnizado.

Con la cuantía previamente fijada y tasada por el legislador se compensa el incumplimiento contractual en el que incurre el empleador cuando despide de forma improcedente, esto

es, cuando no justifica la causa alegada para despedir o no queda probada la gravedad o culpabilidad en el incumplimiento, pues, de lo contrario, si existiera causa lícita o se probara su gravedad o culpabilidad, se extinguiría la relación laboral y no correspondería indemnización alguna al trabajador. Se trata de una determinación objetiva de la cuantía indemnizatoria en la ley y para cualquier supuesto. Con esta actuación del legislador se intenta eludir cualquier responsabilidad de otra naturaleza por parte del empleador sobre ese mismo comportamiento, en particular, la indemnización civil, pues se entiende que, de ser así, por una misma actuación se estaría admitiendo la concurrencia de dos indemnizaciones distintas y cumulativas. Supone, además, una ventaja procesal para el trabajador que, evitando todo tipo de prueba sobre el daño y acerca de su cuantificación, consigue el objetivo pretendido por el proceso laboral de conseguir una tutela celeré, sin dilaciones indebidas, al establecer la ley una cuantía indemnizatoria fija.

Mas no todo son parabienes, pues, con esta forma de actuar, se pervierte, de algún modo, la naturaleza propia de la indemnización, cual es la de reparar íntegramente el daño causado, acusando la intervención legislativa más una

impronta de política económica que contractual. De hecho, ha sido siempre la cuantía de la indemnización un elemento tabú en cualquier debate sobre las sucesivas reformas laborales llevadas a cabo desde la aprobación del primigenio Estatuto de los Trabajadores en 1980. Los sindicatos impedían así que se rebajara la histórica cifra de cuarenta y cinco días de salario por cada año de trabajo con el límite de cuarenta y dos mensualidades, hasta que, con la reforma laboral del 2012, se estableció una cuantía inferior, fijada en la actualidad, y

La indemnización tasada evita probar el perjuicio y su cuantía

como es sabido, en treinta y tres días de salario por cada año de servicio, con un límite de veinticuatro mensualidades, ex artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (LET).

- Algunos tribunales ya venían considerando que, para hacer efectiva la *restitutio in integrum*, las indemnizaciones tasadas por despido no deberían ser consideradas incompatibles con las de naturaleza civil (SSTS de 18 de julio de 1985, Ar. 3809, o de 23 de octubre de 1990, Ar. 7709). De hecho, el principal rechazo a admitir una indemnización civil adicional una vez probado el mayor daño causado y manteniendo la indemnización laboral tasada derivaría de la mera literalidad. Se interpreta, así, que, cuando el legislador ha querido admitir la concurrencia de dos indemnizaciones de distinta naturaleza sobre un mismo hecho, lo ha expresado explícitamente, tal y como ocurre, por ejemplo, con las contingencias profesionales en la Ley General de la Seguridad Social en las que se acepta tal acumulación indemnizatoria sin reservas o, por ejemplo, en la relación laboral de los deportistas profesionales (art. 15 RD 1006/1985, de 26 de junio; BOE de 27 de junio).

Por lo demás, la doctrina se manifiesta contraria a utilizar una especie de «selección» más favorable o de «espiguelo» en esta materia. Entiende que las ventajas que presenta la exoneración de prueba del perjuicio en el ámbito laboral no pueden ser compatibles con reclamar, a su vez, una indemnización adicional por el daño causado. O se impone un sistema que garantice el resarcimiento fijando una cantidad limitada de forma excepcional y distinta a la regla general, o se recurre al sistema común que permite perseguir la cuantificación

del daño, pero que requiere acreditar que se ha causado. O la norma general, o la norma especial, mas no ambas a la vez, las cuales, salvo en supuestos de excepcionalidad, deberán resultar incompatibles.

Influye asimismo el hecho de cuestionar la naturaleza real de la indemnización tasada en materia de despido porque su finalidad es dual, ya que, por un lado, responde a un objetivo reparador y, por otro, se trata de disuadir al empleador incumplidor de una actuación contraria a Derecho. No parecen llevarse a efecto en la actualidad ninguna de estas funciones, pues ni se repara el daño causado —al no apreciarse las circunstancias que lo individualizan— ni parece desincentivar la actuación del empleador —toda vez que el despido improcedente constituye una suerte de desistimiento con precio cerrado—. Incluso puede resultar eficiente para

la empresa recurrir al incumplimiento contractual sin causa justificada por un coste económico totalmente asumible, dependiendo del tamaño o de su facturación. Obsérvese que la empresa no sólo conoce la fórmula del cálculo indemnizatorio y sus elementos configuradores (treinta y tres días de salario por cada año de servicio), sino que dispone asimismo de un límite máximo (veinticuatro mensualidades), por lo que, con independencia de la antigüedad del trabajador, existe un máximo posible.

Por su parte, tampoco el trabajador encontrará incentivo alguno en mantener su pretensión en un proceso laboral por despido porque, salvo que esté convencido de poder probar la vulneración de un derecho fundamental que permitiría la calificación de nulidad y propiciaría su reincorporación en la empresa, lo cierto

Toda indemnización variable se enfrenta a la discrecionalidad judicial en su determinación

es que no va a conseguir una mayor indemnización en el proceso al admitir, ya en la conciliación preprocesal, la indemnización ofrecida por la empresa cuando abiertamente acepte la improcedencia de su decisión contractual extintiva.

Lo anterior pone de manifiesto que, a pesar de que el despido improcedente es un incumplimiento contractual del empresario, la cuantificación tasada de la indemnización invalida la inexistencia de causa, pues equipara en los efectos los supuestos en los que existe causa (aunque no resulte lo suficientemente grave y culpable por parte del empleador o no la pueda probar) con los casos en los que la causa no existe y el despido es simplemente fraudulento. De esta forma, el empleador carece de motivación para buscar prueba ante una causa débil, pues el precio de tal esfuerzo no se traduce en una menor indemnización para el empleador. Sí existirá lógicamente un aliciente cuando la causa del despido sea real, pues lograría con ello la calificación del despido como procedente y evitaría así pagar indemnización al trabajador.

En consecuencia, la indemnización por despido improcedente no es más que el coste del desistimiento sin causa para el empleador. Y se observa la certeza de tal afirmación cuando se contraponen a lo dispuesto en el artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que se impide indemnizar ante un despido improcedente y se impone la readmisión del trabajador. La Administración, a diferencia del empleador privado, no puede desistir sin causa, debiendo encontrar un motivo para despedir lícitamente, pues, de lo contrario, deberá mantener la relación contractual.

4. La fórmula que puede barajarse, distinta de la actual y que no pase por incrementar la cuantía

tasada, es que exista un mínimo tasado y una indemnización adicional dependiendo de las circunstancias que prevea la ley; que no exista ningún mínimo y todo se deje a la intervención judicial —o al pacto entre las partes— para determinar el importe de la indemnización; que se fije una indemnización en función de las características de la empresa y del trabajador, o sólo de la empresa, o sólo del trabajador; o, en fin y entre otras posibilidades, que se fije tanto un mínimo como un máximo, siendo este último no una cantidad fija como ahora (veinticuatro mensualidades), sino lo que determine la intervención discrecional del juez. Y todo ello con la finalidad de adaptar la reparación indemnizatoria a la «adecuación» de las exigencias europeas en línea con lo que algunas decisiones judiciales ya han avanzado —bien que con carácter excepcional— al admitir una indemnización variable adicional a la tasada por despido (SSTSJ de Cataluña de 23 de abril del 2021, Jur. 159982; de 20 de mayo del 2021, Jur. 293757; de 14 de julio del 2021, Jur. 296325; de 30 de enero del 2023, AS 2; SJS núm. 26 de Barcelona, de 31 de julio del 2020, Jur. 296832; SJS núm. 10 de Barcelona de 14 de marzo del 2023, rec. núm. 655/2022, y SJS núm. 1 de Bilbao 252/2023, de 23 de julio, entre otras).

Ahora bien, una solución distinta a la actual no está exenta de riesgos porque, de algún modo, significaría una doble pérdida. Para el trabajador, porque necesariamente debería probar el daño y su cuantía, pero, para la empresa, porque la falta de conocimiento del importe de la indemnización quebraría su seguridad en el cálculo económico del valor de la empresa, que requiere, en un mercado globalizado, garantías de gestión y de costes mediante la *due diligence*. Además, se rompería cualquier aplicación homogénea sobre los daños derivados de una misma actuación,

pues, con total seguridad, cada tribunal aplicará criterios, métodos y elementos de deducción y de cuantificación distintos, al margen de las dificultades que supondría para el proceso laboral, conformado de modo rápido y directo para preservar la tutela del trabajador, toda vez que, ahora, la cuantificación es sencilla, pero, con el nuevo modelo, se complicaría sobremanera. No se olvide que, en toda delimitación, cabe transacción mediante contraprestación, pudiéndose llevar a ejecución tanto los acuerdos extrajudiciales como los intrajudiciales sin necesidad de lograr una sentencia.

Además, existe la dificultad añadida de precisar cuáles deberían ser los criterios de determinación cuantitativa de la indemnización no tasada para que ésta se adapte a la calificación de reparación «adecuada» o «apropiada». Si se atiende a la previsión efectuada por el artículo 24 de la Carta

Social Europea, deberá tratarse de un sistema indemnizatorio que permita evaluar los efectos concretos que, en la práctica, tiene una decisión extintiva injustificada en relación con el principio de estabilidad en el empleo. Y, así, habrán de compensarse los daños reales, sin que exista un margen grande de decisión al concretar dicha indemnización para evitar, de nuevo, decisiones basadas en la inadecuación.

Las propuestas son muy distintas. Por un lado, se considera que podría atenderse, por ejemplo, a un sistema de valoración baremada semejante a la de los daños personales por accidente de circulación. Mas se descarta dicha tesis por entender que aquí el elemento disuasorio es tan importante como el reparador, mientras que, en el caso de los accidentes

de tráfico, prevalece este último. De ahí que se proponga la adaptación a las circunstancias subjetivas y objetivas que inciden en los daños de cada caso. Pero habrá que probar el daño. Y para ello la doctrina baraja distintos parámetros. Uno, esencial, el de la situación del mercado de trabajo, que genera una determinada expectativa del trabajador para encontrar un nuevo puesto de trabajo. A efectos indemnizatorios, esta expectativa podrá cuantificarse con el salario medio del sector, a percibir durante la duración media del periodo de transición a un nuevo empleo, esto es, utilizar como criterio de cálculo el periodo medio de tiempo en encontrar un nuevo puesto de trabajo en el sector según la zona geográfica y multiplicar por el salario medio de ese sector. También cabe atender a las espe-

cíficas circunstancias de colectivos de trabajadores en relación con esta búsqueda de un nuevo empleo, puesto que determinadas circunstancias personales pueden dificultar el acceso a un puesto de trabajo

(mayor de cincuenta años, persona con discapacidad, mujeres con cargas familiares, etc., con soluciones tan cuestionables como la de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero del 2023, Ar. 1020, al considerar lícita una menor indemnización por despido colectivo para los mayores de sesenta años por su proximidad a la jubilación). Del mismo modo, convendría valorar el tiempo de relación con la empresa, pues un periodo de servicio pequeño va a significar un periodo de cotización a la Seguridad Social limitado, lo que supone un difícil acceso a las prestaciones por desempleo o una prestación menor en el tiempo. En idéntica medida, podrán valorarse los gastos económicos que haya sufrido el trabajador como consecuencia de haber aceptado el empleo: si ha supuesto traslado del

Los criterios de ponderación generarán diferencias entre sectores y trabajadores

trabajador o de su familia, cambio de domicilio y también cambio de expectativas profesionales del cónyuge o posibilidades educativas de los hijos, que no tendrán las mismas oportunidades en todos los lugares de residencia. En esta misma línea, podrán considerarse las posibles inversiones desembolsadas para desarrollar el trabajo, como la compra de un

vehículo o de una casa o de materiales para el desempeño profesional, circunstancias todas ellas modulables de forma individualizada que deberán ser probadas, conocidas en legislaciones pretéritas y ensayadas en algunas relaciones laborales de carácter especial, aunque no siempre con el éxito esperado.

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.