

ANÁLISIS



Laboral

El debate sobre la indemnización variable por despido improcedente

Se mantiene el debate sobre la posible sustitución de una indemnización fija por una indemnización variable en el despido improcedente. Este análisis valora los riesgos para el empleador y también para el trabajador de aprobar una indemnización variable o híbrida.

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 el futuro legislativo de la propuesta sobre transformar la indemnización fija por despido en una indemnización variable no deja de ser incierto, en lo que sí hay seguridad es en el mantenimiento del debate sobre la indemnización variable por despido. Como es sabido, la Sentencia del Tribunal Supremo 736/2025, de 16 de julio, zanjó, al menos temporalmente, la polémica generada principalmente por sendas reclamaciones de los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC.OO.) ante el Co-

La indemnización por despido improcedente fija y tasada en nuestra legislación ofrece seguridad jurídica y uniformidad para todos los trabajadores

mité Europeo de Derechos Sociales. Su base legal principal es el artículo 24 de la Carta Social Europea, en el que se dispone que «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: [...] b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». Tal expresión es idéntica a la recogida por el artículo 10 del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, reconociendo ambos textos el derecho del trabajador despedido sin causa válida a «una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada».

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima en su sentencia que la citada normativa internacional permite que sea la legislación interna la que determine el «diseño» de dicha compensación. «Nuestra legislación no ha establecido una indemnización libre para compensar la pérdida injustificada del empleo. Fija una, ya tasada, ofreciendo seguridad jurídica y uniformidad para todos los trabajadores que, ante la pérdida del mismo empleo, son reparados en iguales términos, sin necesidad de tener que acreditar los concretos daños

y perjuicios sufridos» (FJ 4).

Lo que establecen las normas internacionales es una protección frente a un despido injustificado sin precisar su contenido exacto, lo que permite atender a los términos establecidos por la legislación laboral nacional. No se impone una *restitutio in integrum*, sino «una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se

calcula en función de los mismos». El desplazamiento de la norma interna en favor de la norma internacional sólo puede realizarse cuando esta última ofrece claridad y certeza para evitar inseguridad jurídica, mas «el indubitado carácter no ejecutivo» del artículo 24 de la Carta Social Europea y la remisión que su anexo realiza en este punto al contenido fijado por el legislador y los convenios colectivos permiten a la Sala reforzar su decisión mayoritaria. Cualquier recomendación en este ámbito irá destinada a los Estados, que serán quienes deban considerar la correspondiente reforma legislativa, en su caso.

La discrepancia con respecto a esta decisión mayoritaria manifestada en votos

particulares deriva de entender que no es necesario esperar a una reforma de la norma laboral para cumplir con lo dispuesto en las normas internacionales citadas. Existe la posibilidad de reconocer una compensación complementaria, en sede judicial, para los supuestos en que se demuestre un daño adicional y extraordinario originado con ocasión y a consecuencia de la decisión empresarial de un despido injusto, no resarcido por la indemnización tasada, en aplicación estricta del derecho de daños regulado en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, según estiman estos votos discrepantes.

2. El ordenamiento español no elude la obligación de conceder una indemnización a quien es despedido sin causa. Lo que se cuestiona es si dicha indemnización, fijada principalmente en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, puede considerarse «adecuada» o suponer una «reparación apropiada» en los términos expuestos.

Más allá de la naturaleza —vinculante o no— que las decisiones de los órganos internacionales aquí considerados puedan tener en los tribunales nacionales, lo cierto es que, como expone el sindicato Unión General de Trabajadores en su reclamación, existe una dicotomía entre lo que la ley regula y lo que la práctica impone. Porque, si bien en España el despido formalmente no es libre, puesto que ha de ser causal, materialmente permite que el empleador recurra a una causa no justificada a cambio de pagar una indemnización, convirtiendo el despido en una actuación unilateral injustificada (libre), aunque indemnizada. Más de la mitad de los despidos disciplinarios reconocen la improcedencia de la actuación empresarial

en el acto de conciliación previa al juicio oral, con el abono de la indemnización legalmente tasada.

En la legislación laboral se 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 1101 del Código Civil, previendo *iuris et de iure* el perjuicio causado por el despido a partir de una indemnización que el legislador cuantifica de manera global y no individualizada del daño, 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 que su valor pueda ser mayor que el indemnizado. 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 acumulativas. 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 célere, sin dilaciones indebidas, al establecer la ley una cuantía indemnizatoria fija.

De hecho, el principal rechazo para aceptar una indemnización civil adicional, una vez probado el mayor daño causado y manteniendo la indemnización laboral tasada, deriva de una cuestión de mera

literalidad. Se interpreta, de este modo, que, cuando el legislador ha querido aceptar 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 admite sin reservas tal acumulación indemnizatoria. Por lo demás, la doctrina se manifiesta contraria a utilizar una especie de «selección» más favorable o «espigueo» sobre este asunto. 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 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 la finalidad de ésta es dual, ya que, por un lado, responde a un objetivo reparador y, por otro, con ella se trata de disuadir al empleador incumplidor de una actuación contraria a Derecho. No parece cumplirse 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 —en atención a los datos expuestos—. De hecho, en la práctica, se confunde la finalidad disua-

soria —preventiva— con la función sancionadora —existencia de daños punitivos—. Y, de esta forma, puede resultar eficiente para muchas empresas recurrir a un incumplimiento contractual sin causa justificada por un coste económico totalmente asumible para la empresa. Se genera así un círculo vicioso porque, para los trabajadores con condiciones laborales más vulnerables por su menor antigüedad e inferior salario, el recurso del despido sin causa no desincentiva al empleador, sino todo lo contrario.

La situación descrita convierte el despido *de facto* en un desistimiento para la empresa por la previsibilidad en el cálculo económico de la indemnización. Porque 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 ello, con independencia de la antigüedad en la empresa, la previsión sobre el máximo que se vaya a pagar como indemnización resulta determinante. Y este dato posibilita ampliar la afirmación realizada si se vuelve a tomar como referencia el colectivo más vulnerable —el de menor antigüedad e inferior salario—, puesto que permitirá a la empresa fijar su atención en los de mayor antigüedad toda vez que, a través de un despido tasado en su cuantía máxima, podrá prescindir de los trabajadores de más antigüedad que, en activo, generan mayor coste para la empresa al traducirse los años de permanencia en un mayor salario. De nuevo, la finalidad disuasoria no sólo no se cumple, sino que puede resultar motivadora para despedir a los trabajadores con más años de antigüedad.

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 defender la nulidad del despido y propiciaría su reincorporación en la empresa —amen, en su caso, de una posible reclamación por daños morales—, lo cierto es que no va a conseguir una mayor indemnización en el proceso, aceptando ya en la conciliación preprocesal la indemnización ofrecida por la empresa cuando abiertamente admite la improcedencia de su decisión contractual extintiva. Ello 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, equiparando en los efectos los supuestos en que existe causa —aunque no resulte lo suficientemente grave y culpable por parte del empleador o no se 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 alguna prueba ante una causa débil, pues el precio de tal esfuerzo no se traduce en una menor indemnización. Sí existirá lógicamente un aliciente cuando la causa del despido sea real, pues logrará con ello que el despido se califique de procedente, evitando así pagar indemnización al trabajador. En consecuencia, parece demostrarse que la indemnización no es más que el coste del desistimiento sin causa para el empleador.

Claramente y, por contraposición, conviene subrayar la previsión que realiza el artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que se recoge que,

en caso de despido improcedente de trabajadores de la Administración Pública, se procederá a la readmisión del personal laboral fijo. La Administración, a diferencia del empleador privado, no puede desistir sin causa, sino que deberá encontrar una causa para despedir lícitamente o no podrá extinguir la relación contractual con sus trabajadores.

3. El Gobierno mantiene la idea de recuperar esa función propia de la indemnización para intentar conseguir, también en materia de despido, la reparación íntegra del daño a través de una cuantía variable, adicional a una tasada previamente o en sustitución de esta última (proposición no de ley presentada en septiembre del 2025 y aprobada con sólo un voto de margen a favor).

A raíz de este interés, surgen no pocas dudas no sólo con la posibilidad de establecer una indemnización —adicional— variable (aun cuando cabría considerar asimismo que «toda» la indemnización en su integridad fuera variable, superando cualquier fijación previa del legislador), sino con la cuantificación de esa indemnización adicional (o sustitutoria). Se plantean diferentes propuestas al respecto. 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. Constituye ésta, sin embargo, una solución nada

fácil si se tiene en cuenta, por ejemplo, que la previsión de un baremo por daños profesionales por accidentes de trabajo recogida en la norma procesal laboral no ha sido desarrollada en estos quince años de vigencia (disposición final quinta: «en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para aprobar un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, para la compensación objetiva de dichos daños en tanto las víctimas o sus beneficiarios no acrediten daños superiores») o que no existe personal con cualificación profesional específica, por el momento, para su implantación.

En todo caso, si se optara por indemnizar el daño sufrido de manera variable, será necesario probar el impacto del daño. Y para ello se barajan distintos parámetros. Uno, 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 que se percibiría a lo largo del periodo medio de transición a un nuevo empleo en el sector según la zona geográfica y multiplicar por el salario medio de ese sector. También cabe atender a las circunstancias específicas 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.). Del mismo modo, convendría preci-

sar 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 durante esa situación, debiendo ponerse en conexión este hecho con los periodos de transición para encontrar empleo. En idéntica medida podrán valorarse los gastos económicos que haya sufrido el trabajador como consecuencia de haber aceptado el empleo o si ha supuesto el traslado del trabajador o de su familia, un cambio de domicilio y, también, el cambio de las expectativas profesionales del cónyuge o de las 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 que se hayan efectuado para desarrollar el trabajo, como la compra de un vehículo o de una casa o de materiales para el desempeño profesional. En todo caso, tales medidas, de aceptarse, requerirán un periodo de adaptación para que los actores jurídicos implanten este sistema indemnizatorio y ajusten estos parámetros a cada situación.

Ahora bien, tanto en el ámbito civil como en el laboral, la prueba, de requerirse, suele ser el factor de mayor dificultad en la constatación y cuantificación del daño. Por eso, cualquier reproche que se pueda efectuar al sistema indemnizatorio actual puede quedar neutralizado por sus posibles ventajas. Al igual que ha ocurrido con el baremo de los daños por accidente de circulación, el carácter predeterminado de la cifra indemnizatoria ha permitido obtener ganancias netas en seguridad jurídica y en previsibilidad. Si las empresas estuvieran expuestas a una litigación con

resultado individualizado por razones de la persona, no habría medio alguno para que las partes llegaran a acuerdos transaccionales, como ocurre hoy, con acuerdos socialmente eficientes al reducir los costes terciarios del despido y su litigación. Si el empresario no pudiera hacer anticipadamente una previsión racional de costes, tendría menos incentivos para contratar,

la búsqueda de opciones alternativas de empleo.

Por lo demás, podría resultar un sistema arbitrario, porque los tribunales, amén de acudir a criterios y cuantías de diferente entidad, podrían emplear masivamente el mecanismo que ya se ha convertido casi en fórmula general de encontrar daños

morales *in re ipsa*, lo que subiría el montante indemnizatorio con carácter general sin base en un daño real sufrido por el despido. La condena por daño real *in re ipsa* vendría dada casi por defecto y, como sobre la valoración y cuantificación del daño no cabría casación, siempre que

se tratara de una cuestión de hecho o meramente económica, que no conceptual, se instauraría una desigualdad indemnizatoria inasumible para el sistema.

Además, destacamos, para finalizar, una cuestión no menor: la base jurídica para admitir una indemnización adicional de cuantía variable es, en los votos discrepantes de la sentencia, la doctrina común emanada del artículo 1101 del Código Civil. Mas debería atenderse quizá con mayor precisión a lo dispuesto en el artículo 1584 de dicho texto legal, en el que se dispone, con una analogía más próxima al supuesto objeto de análisis, que «el criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario

En un sistema de prueba «pura» del daño concreto, según el derecho de daños, el trabajador debería probar que no ha tenido medios de minimizar el alcance del daño sufrido

porque no podría internalizar el daño de despido en sus costes contables. Y podría incurrir previsiblemente en una discriminación en la contratación, pues, de entrada, eliminaría a grupos vulnerables o conflictivos que pudieran encarecer el despido. Esto es, sin un sistema de indemnización fijada, la contratación laboral podría llegar a alcanzar un sesgo selectivo con profundas connotaciones discriminatorias.

Pero también el trabajador soportaría los riesgos de incertidumbre. En un sistema de prueba «pura» del daño concreto, no sólo debería cargar el trabajador con la prueba, sino que sería bastante posible que al final el montante indemnizatorio sufriera una caída global, por la sencilla razón de que el trabajador tendría que probar, como es norma en el derecho de daños, que no ha tenido medios de minimizar el alcance del daño sufrido mediante

devengado y el de quince días más». Por consiguiente, para el régimen de los contratos de servicios, el régimen común no parece ser el del artículo 1101 del Código Civil, sino el contenido en el artículo 1584 y siguientes de dicho texto legal. Si esto es así, sólo cabe apreciar que el régimen que siempre ha prevalecido, también en el derecho común, ha sido el establecimiento de una indemnización por despido con cifra tasada, toda vez que, en el contrato de prestación de servicios, no es posible determinar el daño real. En consecuencia, el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores es plenamente conforme con el derecho común, y siempre lo ha sido, porque el derecho común no ha permitido que, en el contrato de prestación de servicios, prevaleciera otro tipo de indemnización distinta a la indemnización tasada.

Y probablemente deba ser así porque nadie debe ser indemnizado por los costes de entrar en una relación laboral, que es una opción libre. ¿Qué se cubre con una indemnización tasada? ¿Qué se cubre con el inicio y la finalización de la relación laboral? Pues, es probable que la falta de retribución por un tiempo que presumiblemente el legislador considera suficiente como para que se busque un nuevo trabajo. En el derecho de daños se exige que todo acreedor de la indemnización minimice el impacto del daño; aquí, con la búsqueda de un empleo alternativo. La cantidad tasada por el legislador (forfait) no tiene en consideración el daño singular porque no se indemnizan daños singulares, que están fuera del alcance del artículo del 1107 del Código Civil como daño previsible. Cuando se contrata en un mercado estandarizado como el contrato de trabajo, se presta asimismo un consentimiento estandarizado, igual que en

otros contratos, ya que no se trata de un proceso largo en el que las partes puedan investigar elementos personales que permitan detectar los riesgos que el contratante asume en una futura indemnización. En el artículo 1107 del Código Civil, el deudor, que es quien tiene que pagar la indemnización en su caso, debe haber podido prever el daño en el contrato. Lo que no puede prever es lo idiosincrático, y todos los daños «excepcionales» a los que se alude en los votos particulares de la sentencia son idiosincráticos en cuanto no previsibles.

Un sistema «puro» de prueba del daño «real» sería contraproducente para el trabajador. Primero, porque el número de contrataciones laborales podrían reducirse (o pasar a la economía sumergida) si la empresa no puede predecir en sus costes laborales el impacto económico de un despido improcedente; segundo, porque la empresa podría estar tentada de repercutir en el salario el coste de responder a esos daños imprevisibles o idiosincráticos, reduciendo el salario cuando el trabajador o trabajadora pertenezca a un colectivo con especial vulnerabilidad que obligue a incrementar el coste del despido; tercero, porque esta consecuencia aumentaría más la inaceptable brecha salarial existente no sólo entre hombre y mujer, sino también entre joven y mayor o entre indefinido y temporal; y, cuarto, porque, salvo que los jueces decidan imponer otra alternativa como el recurrir al daño moral, tan extendido en el orden social no siempre de forma justificada, resultará difícil poder probar, salvo excepciones, que los daños reales son superiores a los del forfait, elevándose el importe de la indemnización, pero no por el daño real, sino por un daño moral irreal.

Mayor inconveniente puede tener un sistema indemnizatorio «híbrido», como el que se propone en la reforma legal, pues con este sistema todas las indemnizaciones deberán ser superiores a la tasada legalmente. Será difícil que un juez, que tiene ya la base de la indemnización tasada, no tienda a incrementar, en todo caso, su importe con una mínima alegación de daños derivados del despido, ya reales, ya morales. El sistema será inflacionario. Siempre se pedirá más y siempre se concederá más, con una consecuencia previsiblemente perversa: o que

se pague menos, o que se contrate menos. Es por todos conocido que el coste de la incertidumbre se traduce siempre en el salario, lamentablemente a la baja. Se olvida, además, que, cuando el legislador impone una indemnización tasada, está constriñendo al empresario a ajustarse a ella, sin posibilidad de especular ni sobre la indemnización ni sobre el salario ni sobre la contratación. Conoce el precio del daño y lo asume, sin opción a una negociación para reducir la cuantía indemnizatoria, aunque sí pueda aumentarla.