

# El Despido Individual y la Garantía Judicial del Derecho al Trabajo\*

Antonio Baylos Grau\*\*

*La actual crisis económica que se vive en Europa, ha afectado con mayor incidencia a países como España, Portugal, Italia e Irlanda. En este ambiente de déficit, se ha intentado buscar soluciones para mejorar el estado del gasto público en España; en ese sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, el FMI, el Banco Mundial, entre otras organizaciones así como grandes intelectuales, han aconsejado al Gobierno español para que este "abarate el despido", aminorando la indemnización que le correspondería al trabajador.*

*El autor analiza, desde este contexto de crisis de la eurozona y las circunstancias particulares de España, las propuestas de estos organismos e intelectuales, tomando en consideración la necesidad de una protección judicial frente al despido.*

## 1. El Despido como Espacio Privilegiado de Transposición de Principios Económicos Neoliberales a la Política y al Derecho

Se ha dicho, con razón, que el despido es una verdadera "zona sísmica" en la regulación de las relaciones laborales, en donde se entrecruzan con gran nitidez posiciones teóricas y políticas muy nítidas<sup>1</sup>. En lo que aquí interesa, en torno al despido se ha construido un conjunto de afirmaciones y de creencias que resultan acriticamente aceptadas como punto de partida de cualquier razonamiento técnico-jurídico o político sobre el particular. Cuando y de qué manera se ha ido formando este código lingüístico hoy plenamente hegemónico en la cultura mediática y política española, sería un interesante objeto de investigación. Pero por el momento basta señalar como constatación evidente que en torno a este tema se ha producido una masiva y exitosa operación de transposición de principios económicos neoliberales al espacio de la política y de la normatividad jurídico-laboral. Esta operación se podría resumir en la enunciación de una serie encadenada de afirmaciones que se presentan con la seguridad de constituir verdades absolutas y por consiguiente imposibles de rebatir. De una manera sintética, se pueden resumir en las manifestaciones que se transcriben a continuación.

En primer lugar, el despido es considerado sólo o exclusivamente como coste laboral y cómo elemento de

encarecimiento de la producción, y se viene a concluir que en España es especialmente alto, lo que dificulta la reactivación de los mercados y de la economía en general. Los ejemplos en este dominio son repetidos y constituyen una verdadera fórmula de estilo. Por sólo referirse al caso español a partir de la victoria en marzo del 2004 del PSOE y mientras duraba la concertación sobre la reforma del mercado de trabajo emprendida entre sindicatos y patronal (2005-2006), se podían encontrar los siguientes titulares de periódicos: "La OCDE aconseja a España abaratar el coste del despido" (*Cinco Días*, 8 de julio 2004); "El Banco Mundial constata que España es uno de los países de la OCDE con mayor coste en despedir a un trabajador" (*Expansión*, 7 de octubre de 2005); "Pedro Solbes afirma que generalizar el coste del despido a 33 días le parece positivo", (*Cinco días*, 18 octubre 2005); "La OCDE hace recomendaciones para abaratar las elevadas indemnizaciones del sistema español" (*Cinco días*, 10 noviembre 2005); "El Banco de España apuesta por abaratar los costes de despido de los contratos indefinidos" (*El Mundo*, 7 de noviembre 2005); "Gary Becker, premio Nobel de economía, apuesta por abaratar el despido para mejorar la tasa de desempleo en una conferencia en la Fundación San Pablo-CEU de Madrid, organizado por la FAES, presidida por José María Aznar" ([www.eleconomista.com](http://www.eleconomista.com), 15 de junio 2006); "El Fondo Monetario Internacional aconseja a España abaratar el despido y contener el gasto público" (*El País*, 14 de junio 2006). Con la amenaza reciente de la crisis derivada de la burbuja inmobiliaria a mediados del

\* El presente trabajo reproduce en lo esencial mis intervenciones sobre "Economía y política en la regulación del despido", en el Seminario internacional organizado por la Fundación 1º de Mayo sobre *El despido individual y colectivo y su protección social en la Unión Europea* (Madrid, 16 de abril 2009), y "Despido y derecho al trabajo" en las Jornadas de Estudios organizadas por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO. y la EURL de la UCLM sobre *Las garantías de los trabajadores ante el despido objetivo y colectivo* (Albacete, 4 de junio 2009). El origen oral de las intervenciones se sigue manteniendo en el texto escrito, como puede fácilmente comprobarse de la lectura del mismo. No obstante, las ideas base de ambas intervenciones provienen en lo esencial del trabajo común con Joaquín Pérez Rey que hemos publicado como monografía bajo el título *El despido o la violencia del poder privado* (Trotta, Madrid, 2009) y al que me remito como necesario referente del discurso aquí mantenido tanto en cuanto a ampliación del contenido del mismo como en lo relativo a las citas doctrinales y jurisprudenciales que lo sustentan.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Castilla-La Mancha. Es autor de diversas monografías y de más de un centenar de artículos y de capítulos de libros, publicados tanto en revistas especializadas de su país como extranjeras (europeas y latinoamericanas). Dirige la Revista de Derecho Social y el Instituto de Investigación Universitario Centro-Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDSS). Miembro del Consejo Consultivo Internacional de la **Asociación Civil Derecho y Sociedad**.

<sup>1</sup> La expresión de "zona sísmica" es de A. Desdentado Bonete, "Reflexiones sobre la reforma del despido", Universidad Miguel Hernández, Elche, 30 de marzo de 2006, quien advertía sobre las "verdades absolutas" que acompañaban cualquier debate sobre esta institución clásica.

2008, esta relación entre la reactivación del mercado y la economía y el coste del despido, vuelve a producirse. Así, en la reunión de expertos llamados a la Moncloa para conjurar esta situación, uno de los principales elementos barajados por los “sabios” convocados era la reducción de las indemnizaciones por el despido en el marco de la llamada “flexibilidad laboral” (*El País*, 25 de julio 2008). Tras el “crack” de agosto de 2008<sup>2</sup>, y pese a una primera situación de desconcierto, se produce una reacción inmediata y muy potente que vuelve a insistir en el mismo dato como un momento fundamental para la recuperación económica en un contexto de destrucción acelerada de empleo. Las últimas elucubraciones sobre la “reactivación laboral” y las propuestas de la CEOE al respecto, a las que luego se hará una referencia más detallada, parten de esta premisa economicista del despido como elemento de encarecimiento de los costes de la producción, a lo que va unido como corolario, que la reducción de estos costes permite la reactivación económica de los mercados, o, lo que es lo mismo, que el abaratamiento del despido debe facilitar la creación de empleo. Ni imaginemos lo que se escucha una vez que la crisis de Grecia estalla en la cara de los demás países periféricos de la Unión Europea: Portugal, España, Irlanda y la exigencia de “reformas estructurales” es un clamor reiterado por las instituciones reguladoras del mercado financiero, a comenzar por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo y, a nivel doméstico, el Banco de España.

En este discurso se destaca que no sólo son los montos indemnizatorios los que encarecen el proceso económico de producción, sino que muy especialmente el sistema de garantías o de revisión del acto de despido debe valorarse como un coste de oportunidad muy alto. Con un salto a la inversa, se continúa afirmando que el sistema de garantías es disfuncional a la organización de la empresa y a la actividad de los mercados. Y ello es así, se insiste, porque el procedimiento de control de los actos de poder de dirección y organización del empresario crea rigideces y obstáculos al libre y eficaz funcionamiento del mercado laboral. De esta manera, las posiciones garantistas en el derecho laboral tienen una eficacia negativa sobre la actividad del sistema económico que se traduce en una influencia nociva sobre el volumen global de empleo. Esta afirmación, que se hace con carácter general, se refuerza en el caso presente bajo la presión de la crisis. Es el sistema de garantías jurídicas sobre el empleo el culpable directo de la aceleración de los procesos de destrucción de empleo.

La perspectiva de la desregulación afecta no sólo a la acción normativa estatal, sino también directamente a la propia negociación colectiva. En ella se localiza la causa de otra de las características terribles de nuestro modelo social de empleo, la acentuada fragmentación de la colectividad de los trabajadores en estables y precarios.

Si esta fragmentación se perpetua y no se corrige no es por la utilidad económica y política que de la fractura entre precarios y fijos obtiene el poder empresarial, sino, a la inversa, por la obstinación con que los sindicatos defienden, a través de la negociación colectiva, mejores condiciones de trabajo y más seguridad en el empleo para los trabajadores fijos o estables, ahondando así de forma directa, la división entre estos dos colectivos. Mediante la defensa de los contratos fijos, “dificultan la creación de empleo”, porque los empresarios temen contratar personal que luego no puede ser despedido sino con el alto coste que conlleva para el empresario esta facultad<sup>3</sup>.

El desgarramiento entre estables y precarios, que en el caso español adquiere proporciones alarmantes, es actualmente uno de los elementos centrales del desarrollo del discurso economicista sobre el despido. En efecto, el uso intensivo del trabajo precario, mal remunerado y poco cualificado, sitúa a los sujetos que se encuentran en esa posición -definidos normalmente por ser mujeres, jóvenes o inmigrantes- en una condición desigual en orden a disfrutar las garantías que el sistema jurídico-laboral prevé para tutelar el empleo. En contraposición por tanto a los *insiders*, estos trabajadores precarios, *outsiders*, no gozan de las garantías “ordinarias” de la legislación laboral frente al despido. Esta desigualdad material se quiere remediar partiendo de los principios anteriores respecto a la disfunción económica que lleva consigo un sistema de tutela judicial sobre el empleo y el control subsiguiente sobre los actos del empresario de rescisión unilateral del contrato de trabajo. Coste de la indemnización e inmunización de la decisión del empresario frente a cualquier control posterior a la misma serán por consiguiente las líneas de respuesta a este dilema.

Las propuestas que se han publicitado como respuesta actual a la situación de crisis y de un mercado de trabajo dual insisten en que la solución a la misma es la reducción de las garantías generales para todos los trabajadores, sobre la base de que, en la práctica, una parte importante de los mismos, los trabajadores precarios, carece de ella. Y así, la CEOE propuso un “contrato de crisis” en el que proponía un libre desistimiento de la relación laboral durante los dos primeros años de vigencia del contrato, con 8 días de indemnización. Cumplidos esos dos años, el empresario podía transformar el contrato en “indefinido no fijo”, con una indemnización de 0 días por año de servicio con 12 meses como tope final (*Cinco Días*, 23 de abril 2009)<sup>4</sup>. Más enjundia reviste el modelo presentado en un manifiesto firmado por 100 economistas de prestigio denominado *Propuesta para la reactivación laboral en España*<sup>5</sup> y que se viene a denominar “contrato único”. En este proyecto, desaparecen todos los tipos de contratación temporal salvo el contrato de interinidad, y se establece un único tipo de contrato indefinido para las nuevas contrataciones, con un tipo de indemnización

2 M.A. Lorente y J.R. Capella, *El crack del año ocho. La crisis, el futuro*. Trotta, Madrid, 2009.

3 Esta es la opinión del presidente de la Comisión de Política Económica de la CEOE, José Luis Feito, en el Círculo de Economía de Cataluña, tal como la refiere V. Navarro, “Las supuestas rigideces laborales”, en *Público*, 4 de junio 2009. A ello hay que unir la obsesión neoliberal por acabar con la negociación colectiva sectorial, culpable de que los salarios no se ajusten cuando la economía entra en crisis, y su sustitución por un sistema de negociación colectiva en la empresa. En este sentido se pronuncia el informe del Gobernador del Banco de España hecho público en junio de 2009. (*El País*, 17 de junio de 2009).

4 Posteriormente la asociación de los empresarios ha procedido a precisar este “contrato indefinido no fijo”, subiendo el umbral de la indemnización durante el primer año a 14 días de salario, incrementando paulatinamente la indemnización hasta situarse en los 20 días. (*Público*, 17 de junio 2009).

5 El texto de la propuesta se puede encontrar en <http://www.crisis09.es/propuesta>.

creciente en función de la antigüedad del trabajador, que inicia en torno a 10 días en el primer año de servicios y va subiendo hasta el quinto año, en donde se estabiliza hacia delante en 33 días por año de servicio. Con este sistema, que “unifica las causas de despido” según sus autores, se mantiene sin embargo el control judicial restringido a los “despidos discriminatorios”. Esta propuesta ha contado con el espaldarazo oficial del Banco de España, que, en su informe anual ha venido a entender como “imprescindibles” formas de contratación permanente “que puedan utilizarse con carácter general y cuya rescisión no comporte indemnizaciones por despido tan elevadas como las que llevan aparejadas los contratos indefinidos en vigor”<sup>6</sup>.

La influencia de estos discursos en la adopción de las “reformas estructurales” ante la crisis que se desarrolla con especial intensidad en España a partir de mayo de 2010, y que exigen cada vez más amenazantes el Fondo Monetario internacional y el Banco Central Europeo, resulta evidente. La reforma laboral puesta en práctica mediante la legislación de urgencia y luego convalidada por el parlamento a través de la Ley 35/2010, viene a generalizar y descausalizar el despido denominado “objetivo” o despido plural por circunstancias económicas, técnicas y productivas, abaratando su coste mediante la subvención de las indemnizaciones debidas por el empresario, y produciendo así una cierta convergencia con el monte indemnizatorio real entre contratos temporales de obra o servicio y contratos por tiempo indefinido extinguidos “por circunstancias objetivas”<sup>7</sup>.

Lo más llamativo de estas propuestas no es que se inscriban en un preciso discurso que acoge la retórica de la flexiseguridad para pronosticar el incremento de la libertad de las empresas para despedir<sup>8</sup>, ni tampoco que manifiesten su propensión declarada al abaratamiento de los costes indemnizatorios, con mayor o menor extensión en función de cada proponente, sino que expresan una opción decidida por la descausalización de la figura del despido, con la eliminación consiguiente del control judicial y la conversión del acto de despido en un libre desistimiento indemnizado. No se valora ni el más que previsible efecto de sustitución de “viejos” contratos de trabajo indefinidos por los “nuevos” contratos únicos, ni la deriva hacia el desistimiento individualizado del contrato de supuestos colectivos relacionados con causas económicas, organizativas o productivas. La causalidad en la contratación temporal y el principio que liga la duración indefinida del contrato con el desempeño de actividades permanentes y estables de la empresa, no tienen razón de ser ante un planteamiento como el reseñado que sólo valora el coste económico de la libertad de despido. Reduce el control judicial de la extinción unilateral del contrato al área de la nulidad como consecuencia jurídica de un acto discriminatorio del empleador y sólo en estos casos, puesto que el resto de los despidos se

“liberan” del acceso a la tutela judicial mediante el pago de la indemnización asociada a la libre rescisión del vínculo contractual.

Con ello se camina en la “normalización” del despido como un acto de mera significación económica que resulta socialmente irrelevante. Es un acto banal e inane en una sociedad de gran movilidad social en donde se pierde el empleo pero se puede encontrar siempre otro trabajo, y en donde además se prevé un amplio espacio de seguridad personal derivada de la protección por desempleo y la eficacia complementaria de las llamadas políticas activas de empleo, entre las que destaca la capacidad de formación y cualificación profesional para el empleo. En este sentido, estos argumentos enlazan también con una parte del debate europeo sobre la flexiseguridad en donde la reducción de la inseguridad se confía a la acción combinada de la política pública de empleo y de la cobertura a través de prestaciones económicas de la situación de desempleo, en un intercambio desequilibrado<sup>9</sup> que no permite un nivel de protección social que compense de manera efectiva la situación de no-empleo.

## 2. La Recepción de estos Principios como Legalidad Normativa y como Cultura Jurídica

Parecería, de atender a lo que se dice del sistema laboral español, que éste ha resistido incólume a la ofensiva de la desregulación y flexibilización que promueven los discursos neoliberales reseñados. Sin embargo no es así. Es cierto que la fuerza de la organización colectiva de los trabajadores ha impedido en ocasiones los proyectos más agresivos de esta reconstitución de las bases de poder social y económico a través del incremento de la desigualdad y del sometimiento del trabajo asalariado, pero resulta evidente -y se trata de algo que está inscrito en el imaginario colectivo sindical- que los principios económicos a que se ha hecho referencia han forzado la modificación del sistema de tutelas sobre el trabajo desde hace más de treinta años.

Al coincidir la implantación del sistema democrático de relaciones laborales con la crisis económica de mediados de los años 70, y la consiguiente repercusión de la misma en las diferentes economías nacionales europeas en términos de destrucción de empleo, es inmediata la relación de causalidad que se establece entre el sistema de garantías que preveía el Derecho del Trabajo y estos procesos de pérdida acelerada de puestos de trabajo. Se produce así la culpabilización del Derecho del Trabajo debido a los procesos de destrucción de empleo. La aceptación de esta más que dudosa opinión, puede que se facilitara por el hecho de que se produce en un contexto de cambio de modelo político, en el que por consiguiente se puede teñir de “antiguo régimen”, es decir, de elementos propios de

6 El Gobernador del Banco de España insistía en que el incremento del paro se debía al peso exagerado de los temporales y al desequilibrio entre el alto coste del despido de los contratos indefinidos respecto del casi nulo de los temporales. (*El País*, 17 de junio 2009).

7 Un examen detenido de la reforma de la legislación laboral por obra de la Ley 35/2010, en A. Baylos (Dir.), *Garantías del empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011.

8 En ello se basa lo que U. Romagnoli, “La libertad según la Carta de Niza y en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social* Nº 45 (2009), p. 17 denomina “la ambigüedad de la flexi-security”. Ver en concreto sobre el debate que afecta al despido, J. Pérez Rey, “La modernización del régimen del despido: el debate europeo”, en J.P. Landa (Dir.), *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp- 142-143.

9 Ver las propuestas para mejorar la protección de los parados en la *Propuesta para la reactivación laboral...*cit. Y, en general, sobre el carácter retórico de la “seguridad” frente a la ampliación de los márgenes de la flexibilización laboral, J. Pérez Rey, *La modernización del régimen del despido: el debate europeo...*cit, pp. 150 ss.

las situaciones de autoritarismo social que el franquismo consolidó, a algunas de las garantías que la norma estatal y la actuación de la administración laboral habían impuesto en materia de condiciones de trabajo tanto a nivel general como sectorial. De esta manera, una parte de la culpa del Derecho del Trabajo -de lo que se denominaba su regulación rígida y estatista de las condiciones de trabajo- se endosaba al conjunto de significados que habían perdido vigencia en la modernidad democrática por estar indisolublemente unidos a un mundo superado autocrático e incompatible con las nuevas exigencias de la economía libre<sup>10</sup>.

**“Esta obsesión flexibilizadora se correspondió con los ingentes esfuerzos inversores de los empresarios españoles en indemnizaciones para la eliminación de trabajo estable y su sustitución por trabajo temporal, efecto de sustitución que además resultaba alentado por la subvención con cargo al erario público.”**

Junto a esta estrategia de culpabilización, el Derecho del Trabajo sufre en positivo un cambio en orden a su justificación como forma de regular el trabajo en la sociedad española democrática. Se escinde del significado puramente político-democrático del trabajo regulado en la Constitución, con toda su complejidad y ambivalencia en el marco de la libertad de empresa y la libre economía de mercado, y se desplaza hacia una valoración directamente relacionada con la capacidad que las normas jurídico-laborales asumen en la conformación de la situación del mercado de trabajo. Es decir, el Derecho del Trabajo como conjunto normativo se legitima en la medida en que procure un nivel aceptable u óptimo de empleo en el país. Eso implica la orientación al empleo del Derecho del Trabajo y la hegemonía de las políticas públicas de empleo sobre los mecanismos de creación del Derecho del Trabajo que articulan dimensión pública y colectiva, así como la presentación del empleo como la resultante del mercado de trabajo que permite medir la eficacia -y la validez- de las normas laborales<sup>11</sup>.

Las consecuencias son conocidas. La demolición del sistema básico de tutela del trabajo asalariado -el principio de estabilidad en el empleo- se llevó adelante sobre la base de implantar lo que se entendía que era el nuevo fundamento de las relaciones laborales: la flexibilidad. De esta manera, se incidía sobre la llamada flexibilidad

externa, es decir la ruptura del prototipo normativo del contrato por tiempo indefinido como fórmula de inserción del trabajador asalariado en las actividades ordinarias de la empresa y su sustitución por formas temporales de incorporación al trabajo, para de esta forma evitar los costes derivados del despido injusto y la garantía judicial del derecho al trabajo que de éste sistema se derivaba. En España, a partir de 1979, el proceso de flexibilización se impuso durante veinte años a través de tozudas reformas que se denominaban, sintomáticamente, reformas del mercado de trabajo<sup>12</sup>. Es bien sabido que estas iniciativas no obtuvieron jamás los resultados perseguidos, encabalgando altas o desmesuradas tasas de desempleo con un proceso acelerado y permanente de fragmentación y precarización de la población asalariada. Con la fe que dicen que poseen los carboneros, símbolo según parece de la obstinación en la creencia, los poderes públicos se apresuraron a arbitrar fórmulas contractuales temporales a las que reconducían como camino preferente el ingreso en la empresa, favorecidas mediante exenciones contributivas importantes, en el convencimiento que la única manera de generar empleo era crear puestos de trabajo cuya eliminación por las empresas supusiera un coste cero de despido. La estrella de esta política de empleo se denominó, de manera coherente con la intención asignada, *contrato de fomento del empleo*, sin que en su título se incorporara su característica fundamental: el carácter temporal del mismo, que se desplegaba con un mínimo de seis meses y era susceptible de prórrogas sucesivas en los mismos períodos de tiempo hasta alcanzar el tope máximo de dos años. Es la forma-tipo de la eventualización.

Esta obsesión flexibilizadora se correspondió con los ingentes esfuerzos inversores de los empresarios españoles en indemnizaciones para la eliminación de trabajo estable y su sustitución por trabajo temporal, efecto de sustitución que además resultaba alentado por la subvención con cargo al erario público. Y sin embargo, frente a las ventajas prometidas de la flexibilización en términos de repercusión positiva sobre el mercado laboral y la situación de empleo, no se siguió de este proceso la reducción de las tasas de desempleo, que jamás estuvieron por debajo del 15% de la población activa y que, en los momentos más álgidos del Derecho del Trabajo flexible subieron hasta el 22% de paro. Con ello se fue construyendo una enorme bolsa de trabajo flexible que llegó al 33% de los trabajadores asalariados, un mercado de trabajo fraccionado en dos grandes colectividades de estables y precarios, en donde el trabajo flexible se declinaba en femenino y en juvenil. El discurso de la flexibilización se hacía circular y cerrado, seguía culpabilizando al Derecho del Trabajo y midiendo su razón de ser en términos de eficacia, pero impedía por lo mismo valorar con arreglo a esas mismas coordenadas las medidas de “modernización” del sistema normativo laboral obra de los sucesivos gobiernos (socialistas) del momento. Con ciertos altibajos, la tendencia se asienta

10 Este argumento sorprendentemente se sigue utilizando aún por altos exponentes políticos del Estado español, como la presidenta de la Comunidad de Madrid, para solicitar una reforma laboral plena del sistema de tutelas sobre el trabajo, ante todo de las del despido. “Tenemos un sistema laboral completamente obsoleto –dice Esperanza Aguirre- heredero de un régimen autoritario, autocrático y antiliberal como el franquista”. (*Público*, 20 abril 2009, aunque la frase constituye un *leit motiv* de esta dirigente política a partir de la crisis de agosto del 2008).

11 A. Jeammaud, “Mercado de trabajo y Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social* Nº 39 (2007), pp. 9 ss.

12 J. Pérez Rey, “Estabilidad en el empleo”, Trotta, Madrid, 2004, pp. 60 ss.

en la acción normativa. La última de las reformas de un derecho laboral "orientado al empleo" es la que se lleva a cabo en 1994, continuista de las políticas de flexibilidad de los años 80, si bien exasperando sus planteamientos. Se trata de una flexibilización acentuada del mercado de trabajo y de las formas atípicas de empleo, que vienen a ser fortalecidas con la introducción de fórmulas de interposición en el mercado -las llamadas empresas de trabajo temporal, que permiten una discriminación salarial a la baja entre trabajadores temporales- y que en líneas generales se presentan como figuras de encuadramiento de bajo coste salarial, lo que lleva hasta a eximir de cotizar al sistema de seguridad social en alguno de estos contratos atípicos. Este deslizamiento del proceso de flexibilización hasta sus extremos más intensos de dualización de garantías sobre el empleo entre los trabajadores, fue considerado por el movimiento sindical incompatible con una lógica democrática y originó la convocatoria de una huelga general, en enero de 1994, contra la reforma del ET que se discutía en el Parlamento.

Por el contrario, la reacción se produce tres años después, en el llamado Acuerdo sobre Estabilidad en el Empleo. Se produce un cambio de paradigma en esta correspondencia trabajo/empleo. El eje de tal relación se canaliza ahora a través del contrato *para el fomento del empleo indefinido*, es decir, una forma estable de empleo que se opone a lo que había sido el modelo vigente durante veinte años de política de empleo en la que la inexistencia de costes de salida por la pura extinción del tiempo convenido había marcado el tipo de relación entre la norma laboral y el mercado de trabajo. A partir de ahora la estabilidad se configura como un valor y no se considera ya un problema; al contrario, es la solución al problema que plantea relacionar el volumen de empleo y la creación del mismo con la fortaleza o debilidad de un sistema de garantías de los derechos de los trabajadores. Y es un valor asumido de forma compartida por empresarios y sindicatos de trabajadores en un acuerdo que plantea una bilateralidad obligatoria que se habrá de proyectar hacia el futuro. No sólo durante los cinco años de vigencia de estos acuerdos. A partir del 2002, ese compromiso se renueva por estos sujetos colectivos en cada uno de los Acuerdos sobre Negociación Colectiva que, bianual o anualmente, se han venido concertando sucesivamente en el marco del que se conoce como "diálogo social interprofesional", hasta el fracaso de este tipo de encuadramiento del sistema de negociación colectiva a principios del 2009 ante la posición contraria de la Asociación Empresarial.

La recuperación de la economía, el crecimiento del empleo y el ingreso masivo de personas al llamado mercado de trabajo como población asalariada son datos generalizados a partir de ese momento. No obstante sigue habiendo continuidades entre el razonamiento primero que generó el complejo de culpa del Derecho del Trabajo por la capacidad impeditiva del mismo de que la iniciativa económica encontrara atractiva invertir y crear empleo para producir bienes y servicios con el beneficio apropiado. Aunque de forma más suave, se replantea esta relación. En efecto, conservando la

forma clásica de integración del trabajo asalariado en las necesidades permanentes de la empresa a través del un tipo especial de contrato indefinido que es objeto de las ayudas y subvenciones públicas, se mantiene vigente el contagio entre las categorías del coste de despido y de la voluntad empresarial de asumir trabajadores: el contrato de fomento del empleo indefinido lleva consigo una reducción del monto indemnizatorio que la ley establece para el despido "por causas objetivas" -no por consiguiente disciplinario, ni colectivo- cuando éste es declarado improcedente por el orden jurisdiccional social. La rebaja es relativamente prudente, de 45 días por año de servicio a 33 días por anualidad con el tope máximo de dos años de salario, pero es más relevante por lo que sugiere que por lo que prescribe. Sugiere -es un *no dicho* del acuerdo, pero conocido por todos- que si en un próximo futuro el volumen de la temporalidad se limita y reduce en términos generales, la fórmula de reducción del coste de la indemnización del despido individual por circunstancias sobrevenidas de carácter objetivo podría generalizarse en la norma laboral. Esto no se ha llevado a efecto porque la promesa implícita en el acuerdo no se ha cumplido en la realidad, persistiendo el empleo temporal en torno al 30% del total de trabajadores pese al incremento evidente de la contratación por tiempo indefinido. Por ello este objetivo implícito en los Pactos de 1997 se persigue ahora de forma declarada en la Propuesta de los 100 economistas por una reactivación laboral, dando por hecho que no hay que esperar a que disminuya la temporalidad para disminuir el coste indemnizatorio del despido al invertir -ciertamente que de manera muy tosca- los términos del problema: la rebaja generalizada a 33 días por año la indemnización del despido, permite la abolición de la contratación temporal porque el despido es libre e indemnizado en términos "razonables".

Es posible por tanto concebir la idea que, salvo detalles y "ajustes finos" a partir de 1997 se produce un "redireccionamiento" del ordenamiento jurídico-laboral en el sentido de mantener un cierto *statu quo* en su sistema de empleo, de manera que el elemento característico de la fragmentación del mismo en dos colectividades se compensaba con el crecimiento económico y del empleo en su conjunto. De esta manera, parecería que sólo la crisis de finales de verano del 2008 pondría en grave aprieto a ese paisaje relativamente en calma. No ha sido así. Han habido dos momentos clave que suponen un paso adelante en la transposición normativa de principios neoliberales con sus efectos desreguladores típicos. Uno ha configurado un poder exorbitante del empleador en la decisión de despedir sin control, otro ha debilitado el control colectivo y sindical en los procesos de reestructuración y cierre de empresas de una cierta dimensión, donde normalmente la organización y la acción sindical están más desarrolladas.

El primero, se articuló a través de la reforma que el RDL 5/2002 llevó a efecto en el régimen del despido. Pese a la reacción sindical en forma de una importante huelga general y a la reformulación de aquel texto normativo -por lo demás declarado inconstitucional por la STC 68/2007, de 28 de marzo, al faltar los requisitos de

extraordinaria urgencia y necesidad- en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, se mantuvo la potestad empresarial de depositar la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación en el art 56.2 ET<sup>13</sup>. Este precepto no sólo es relevante por lo que implica de abaratamiento del coste del despido al desprenderse del mismo un componente ligado al control judicial del mismo, la percepción de los salarios de trámite si el acto empresarial era declarado improcedente, sino porque el reconocimiento unilateral de la improcedencia por parte del empleador repercute directamente sobre el control judicial, disuadiendo al trabajador de acudir al mismo. Aunque más adelante se insistirá en este asunto por tratarse de una pieza capital del discurso sobre la inoponibilidad del trabajador al acto extintivo de su relación si media una suma dineraria que lo compensa, lo cierto es que en la realidad laboral española esta prerrogativa empresarial ha tenido un arraigo cada vez mayor. Las estadísticas muestran que la destrucción de empleo que se ha producido en España a partir del 2008, un 42% de los puestos de trabajo eliminados corresponden a la extinción de contratos temporales, pero es un 35% el porcentaje que corresponde a empleos eliminados acogidos a la declaración unilateral del empleador de la improcedencia del despido con depósito de la indemnización.

El segundo de los hitos normativos lo supuso la Ley Concursal del 2003. A través de su nuevo procedimiento y su capacidad de asumir en la jurisdicción mercantil todo el área declarativa de derechos de los trabajadores en las crisis de empresa, ha producido simultáneamente una pérdida de la capacidad negociadora de los representantes de los trabajadores y de la presencia sindical en la mediación del interés colectivo de los mismos ante la regulación de empleo durante la quiebra, junto con un muy acusado abaratamiento de las indemnizaciones por despido colectivo. El movimiento sindical en su conjunto no llegó en aquel momento a entender las consecuencias desfavorables que para la tutela de los derechos de los trabajadores implicaba el nuevo sistema, quizá porque en aquel período económico las quiebras de empresa eran aisladas y probablemente controladas; sin embargo la reforma fue combatida casi en solitario por los abogados y jueces laboristas y por una parte de los profesores de derecho laboral, advirtiendo, entre otras cosas, de estos elementos muy negativos para el control de los despidos en los casos de empresas concursadas<sup>14</sup>.

Pero más allá de la recepción normativa de un discurso exaltador de la desigualdad social y del fortalecimiento del dominio económico sobre el trabajo asalariado,

es también relevante en la experiencia española la permeabilidad del mismo en términos de cultura jurídica. El colectivo especialmente sensible a esta problemática es el de los jueces. Controlar la legitimidad del despido en un sistema que tipifica sus razones justificativas es una operación hermenéuticamente y culturalmente compleja. Llama al juez a confrontarse con un sistema de valores, externo a la norma, del que debe hacerse intérprete sensible. Se desprende de ello un proceso de construcción de una decisión en el que el juez debe descodificar reglas no escritas, pero por lo mismo muy relevantes en el ambiente social de referencia. En este contexto, en el ámbito cultural de la judicatura y en especial en los estratos superiores de la misma, se ha ido instalando de manera muy firme una narrativa que incorpora lo esencial del discurso economicista neoliberal: que el despido es un acto de libertad -de libertad de empresa, pero de libertad de organización de la vida social y económica, derivada de la capacidad de crear riqueza- que no puede ser limitado sino excepcionalmente.

La asunción de estos valores y pautas de conducta como sistema de significados y símbolos cognitivos aceptados por los estratos dirigentes de la orientación interpretativa del ordenamiento laboral se manifiesta, especialmente a partir de 1994, en una serie de líneas de aplicación del régimen legal y procesal del despido que manipulan y restringen los elementos centrales de la tutela del despido. Son muchos los aspectos que podían citarse como ilustración de esta observación, por lo demás compartida sin oposición por gran parte del colectivo de los iuslaboristas, pero bastaría con traer a colación dos puntos emblemáticos de la misma: la consideración de la nulidad como una calificación excepcional del acto del despido y, a su vez, la ampliación del concepto de la improcedencia del despido a expensas de las de la nulidad para establecer como regla general de las consecuencias del despido su carácter definitivo, monetizando el apartamiento de las reglas que lo disciplinan. En segundo término, la tendencia a la reducción de los costes indemnizatorios por el acto ilícito o improcedente del despido del trabajador<sup>15</sup>.

Esta orientación se traslada, de forma impuesta o aceptada sin reservas a la práctica totalidad de los intérpretes y operadores jurídicos, tanto en el ámbito del asesoramiento de la gestión de la empresa como en los múltiples agentes que pululan por el campo de lo jurídico-laboral. De forma señalada, al marco del trabajo universitario en el contexto de un proceso de esterilización burocrática de una parte de la producción científica en Derecho Laboral. Este proceso se caracteriza por la elaboración por parte de los profesores o investigadores laboristas de un discurso fundamentalmente exegético

13 J.C. García Quiñones, "El depósito de la indemnización: mecanismo liberatorio de los salarios de tramitación", en F. Valdés y P. Gete, *Nuevo régimen jurídico del Despido y del desempleo. Análisis crítico de la Ley 45/2002*, Ed. Cinca, Madrid, 2003, p. 166 ss.; J. Gárate Castro, "La reforma del régimen jurídico del despido, en particular de los salarios de tramitación", *Relaciones Laborales* Nº 4 (2003), pp. 20 ss.

14 En ese debate desempeñó un papel muy activo la *Revista de Derecho Social*, alertando sobre los primeros -y desoladores- proyectos legislativos. Así, B. Ríos Salmerón, "El anteproyecto de la Ley Concursal y los trabajadores: ¿réquiem por el art. 32 de su Estatuto?", *RDS* Nº 14 (2001), pp. 57 ss.; y, del mismo autor, un año después, "La reforma del Derecho Concursal y los trabajadores: notas sobre el estado actual", *RDS* Nº 19 (2002), pp. 207 ss.; M. Falguera y D. Bartomeus, "El proyecto de Ley Concursal desde la insoportable levedad del Derecho del trabajo", *RDS* Nº 19 (2001), pp. 225 ss.; el Editorial "La Ley Concursal: notas para un debate" *RDS* 23 (2003) pp. 5 ss y, en concreto respecto de los temas de despidos colectivos, F. Gualda, "El nuevo sistema de regulación de empleo en la Ley Concursal: problemas aplicativos esenciales", *RDS* 23 (2003), p. 225 ss. Otros estudios doctrinales sobre aspectos problemáticos del nuevo régimen jurídico surgido de la Ley en relación con la legislación laboral, insisten en esta valoración negativa de la norma. Frente a esta oposición al texto legal, la posición moderadamente crítica de los sindicatos, que apoyaron la nueva ley con algunas modificaciones, se puede consultar en S. Bangueses, "La Ley concursal: valoración sindical", *RDS* 23 (2003), pp. 219 ss. Posteriormente, sin embargo, las direcciones confederales de ambos sindicatos han manifestado públicamente su autocritica al respecto por no valorar suficientemente las condiciones negativas para los derechos laborales que la LC ponía en práctica.

15 En el libro al que se ha hecho referencia en la primera nota de este artículo, *El despido o la violencia del poder privado*, se contienen numerosas anotaciones sobre esta orientación jurisprudencial que se percibe en prácticamente todos los ámbitos de la regulación de la calificación y efectos del despido (pp. 85 ss; pp. 145 ss).

y descriptivo, profundamente acético, en el que la aceptación de la interpretación jurisprudencial de la norma y su esquematización en términos no problemáticos constituye la forma habitual de operar académicamente. Este hecho guarda relación seguramente con la pérdida de hegemonía cultural de los operadores jurídicos “de clase” y la transformación que se ha ido produciendo en el sector de los estudios y gabinetes jurídicos, en donde es notorio el predominio de grandes despachos con proyección internacional. El desplazamiento de la capacidad de elaborar líneas de política del derecho activas y con repercusión en la doctrina judicial hacia estos grandes despachos que defienden los intereses empresariales ha producido ciertamente un “direccionamiento” muy notable de la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo y, por irradiación, de una gran parte de la doctrina de duplicación. A su vez este dominio de la interpretación de la norma ha permitido a estos agentes cualificados en el campo de lo jurídico-laboral -en gran medida profesores-abogados y ya no profesores-funcionarios como antaño- recuperar en la práctica elementos regulativos que en la producción de la norma a través del diálogo social se pretendían garantistas de los derechos de los trabajadores<sup>16</sup>. El alejamiento del polo académico de los grandes debates sobre las opciones decisivas en materia de política del derecho y su sustitución por la intervención de los profesionales del foro es también un hecho evidente que se percibe altamente en su presencia mediática y en la formación de la opinión pública consiguiente.

El despido como acto de libertad del empleador que no puede ser limitado sino a lo sumo compensado económicamente es, así, un dato que parece asumirse de forma progresiva por una buena parte de los actores en el campo de la técnica jurídica y del asesoramiento legal. La percepción de este hecho como algo indiscutible lleva a manifestaciones de desfachatez en algunas ocasiones. En la web se pueden encontrar suficientes ejemplos de algunas páginas que ofrecen a las empresas consejo sobre “cómo ahorrarse 80 días de salario al despedir a un trabajador (y dejar zanjado el asunto en pocas horas, sin ir a juicio y sin preocupaciones)”, entre otros apreciaciones sobre el llamado “despido disciplinario express”<sup>17</sup>. Esta banalización del acto del despido forma parte en consecuencia de un estado de cosas muy extendido en las prácticas que conforman culturalmente la casta de los juristas del trabajo y los gestores de empresa.

Se trata de ideas que han penetrado de forma imparable en el ordenamiento jurídico español con ocasión de la crisis económica especialmente agravada a partir de la crisis griega en mayo del 2010. En esta fecha

se produce una severa involución en la política del gobierno español respecto al empleo y los derechos sociales, al apostar decididamente por la consideración puramente economicista del despido como parte integrante de las “reformas estructurales” que exigían los mercados financieros y sus intérpretes institucionales, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo auxiliados eficazmente por unas voraces agencias de calificación que especulaban con la deuda soberana de España en circulación. Como se ha anotado con anterioridad, en la Ley 35/2010 se generalizan los mecanismos de abaratamiento del despido, favoreciendo la causalidad “económica” como motivo del despido desvinculada de situaciones negativas o de crisis y haciéndola depender directamente de las previsiones “racionales” del empleador, a la vez que se introducen subvenciones públicas a las indemnizaciones por despido con cargo al FOGASA. Además, y en paralelo, la Ley 35/2010 generaliza la descausalización y desjudicialización del despido, al extender el mecanismo del “despido express” a todo tipo de despido individual, no sólo disciplinario, y reduciendo el control judicial de las causas de despido objetivo rebajando la intensidad de la prueba de la motivación económica por parte de los empleadores<sup>18</sup>. En una última y descabellada reacción legislativa a una carta del gobernador del Banco Central Europeo exigiendo al gobierno español reformas de “más calado”, el RDL 10/2011, de 26 de agosto, ha procedido a suspender por dos años el precepto estatutario que consideraba el encadenamiento de contratos temporales como contratos en fraude de ley y por consiguiente indefinidos, con lo que pretende impedir que los jueces controlen la contratación temporal irregular y procedan por consiguiente a la conversión de estos contratos temporales en contratos indefinidos, declarando la extinción de los mismos despido improcedente con la indemnización de 45 días por año que señala el Estatuto de los Trabajadores.

### 3. La Reconstrucción del Despido desde la Política Democrática

Y sin embargo las cosas no son así. El despido es un acto de fuerza que se inscribe en los itinerarios del ejercicio de la autoridad en los lugares de la producción, y al que prestan su potencia la dogmática contractual y el equivalente dinerario<sup>19</sup>. Acto que proviene del poder privado producido por el poder económico, la lógica democrática tiene que ordenarlo y encauzarlo, sometiéndolo a límites, desde la consideración de la posición de asimetría existente entre los trabajadores y el empresario. Para ello utiliza el componente público-estatal del ordenamiento jurídico-laboral, diferenciando entre las dimensiones individual y colectiva del despido.

16 El ejemplo más evidente de la afirmación contenida en el texto se desprende de las sucesivas reformas de la contratación temporal a partir de 1997, reinstalando el principio de causalidad en la misma, y la reasunción de esos perfiles garantistas por obra de una jurisprudencia largamente condescendiente con la temporalidad y la precariedad en el empleo. Sobre el tema, cfr. J. Pérez Rey, *La transformación de la contratación temporal en indefinida*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

17 Se trata del “Informe especial de PractiLetter Laboral” que puede obtenerse, en destacado, al teclear en *google* la palabra despido. El informe va dirigido a los “responsables de personal” de las empresas, como una “herramienta para tener bajo control no sólo los despidos, sino todo lo relacionado con la gestión de los recursos humanos”. Sobre el despido disciplinario “express”, se nos informa que “el Tribunal Supremo ha hecho una interpretación asombrosamente flexible de esa posibilidad que da el Estatuto de los Trabajadores y, aun más asombroso, es una interpretación que beneficia totalmente al empresario”. Esta consiste en permitir “despedir a un trabajador ahorrándose la empresa todos los salarios de tramitación que debería pagarle, sin necesidad siquiera de pasar por el Juzgado”. También ofrece asesoramiento sobre el despido objetivo por causas económicas, “el despido más barato en tiempos de crisis”, que es, a juicio de los autores del informe, “razonablemente asequible”, porque “en el peor de los casos, con los trabajadores de más de 18 años de antigüedad en la empresa, indemnizará a los despedidos con un año de salario”. Y añade, “además, si se hace bien, es muy sencillo de llevar a cabo”.

18 Con detenimiento, se pueden ver los ensayos de M. Ramos Quintana y J. Pérez Rey en el volumen colectivo A. Baylos (Dir), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010...* cit., pp. 134 ss.

19 A. Baylos y J. Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado...* cit., p. 46.

En el caso español esta intervención se hace mediante la atracción al área de la norma imperativa estatal de la estructura básica del régimen del despido y a través del establecimiento por esta vía de un control de los actos del poder empresarial por parte del aparato público: control jurisdiccional para los despidos individuales, control de la administración pública laboral para los despidos colectivos económicos.

La diferencia entre la consideración individual o colectiva del acto del despido resulta muy significativa. En este último caso el control se ha ido desplazando hacia mecanismos de transacción colectiva en donde la dimensión colectiva y sindical es central, complementada con facultades arbitrales de la administración del trabajo si no se alcanza una transacción o acuerdo colectivo sobre el proyecto de despidos, el cual no puede realizarse hasta que no obtenga este acuerdo o esa autorización. La presencia del interés colectivo y la aparición de formas de representación del mismo como interlocutores del empresario en el proceso de toma de decisiones sobre la pérdida de puestos de trabajo en una empresa singularizan de manera muy acentuada este tipo de despidos. Sin embargo, en los despidos<sup>20</sup> individuales no aparece esa mediación de los elementos privado-colectivos como forma de control de la decisión del empresario. En estos casos, la norma remite al aparato público de administración de justicia y al control judicial como fórmulas de control del poder privado coactivo.

El despido como decisión unilateral del poder privado del empresario revisable judicialmente es la figura básica -el estereotipo- de esta *violencia bajo control* en la que se resume el tratamiento jurídico de la misma, también por su "inividualización" en un trabajador concreto, en su conducta y en la relación material de su trabajo con la empresa, en definitiva, en su "inserción" en la misma. La Ley restringe la libertad del empresario para despedir sobre dos grandes líneas de acción: la limitación de la arbitrariedad empresarial y la reparación del daño por la pérdida del empleo, pero en función de determinados contextos históricos y políticos, su forma de precisar las garantías frente al despido varía en distintos ordenamientos nacionales en razón a la intensidad de las mismas. Las categorías de despidos prohibidos y de despidos sin causa corresponden a esta tendencia. Con ello se puede medir el grado de institucionalización de la asimetría del poder en la empresa en un sistema jurídico determinado y el desplazamiento real que ha sufrido el autoritarismo empresarial sobre la base de la puesta en práctica de controles democráticos efectivos<sup>21</sup>.

En el ordenamiento constitucional español, la revisión judicial del despido se configura como contenido esencial del derecho al trabajo reconocido en el art. 35 CE. Como ha precisado el Tribunal Constitucional, este derecho integra el derecho a no ser despedido si no existe causa justa (STC 22/1981). La consecuencia inmediata de esta declaración es que en el sistema legal español no es posible el despido *ad nutum* o despido sin causa y por consiguiente el libre desistimiento como forma de extinguir unilateralmente el contrato por parte del empleador.

Además de la causalidad, otros aspectos, como los relativos a la forma del despido, se ven igualmente condicionados, imponiéndose una cierta caracterización de la figura del despido, de forma que éste ha de resultar visible permitiendo su reconocimiento por el trabajador en toda su potencialidad lesiva de su posición jurídica como titular del derecho a un puesto de trabajo<sup>22</sup>. De ahí las referencias del Tribunal Constitucional al procedimiento del despido como factor formal de garantía (STC 20/1994) o el sometimiento de su licitud a cuestiones de forma (STC 192/2003).

Y una última consecuencia decisiva surge del reconocimiento del derecho al trabajo y su relación con el despido, consecuencia que precisamente permite revalorizar desde el terreno constitucional la importancia del control judicial de los despidos. La construcción del Tribunal Constitucional advierte que forma parte de la estructura del derecho constitucional al trabajo, de los aspectos básicos del mismo, lo que define como «una reacción adecuada contra el despido o cese», es decir, la reclamación contra el despido al que se refieren los arts. 103 y 121 LPL<sup>23</sup>. De esta manera, inserto en los valores constitucionales de promoción de la igualdad sustancial y la compensación o nivelación de situaciones económicas asimétricas, la reacción frente al acto del empresario como autoridad privada, que consiste en la rescisión unilateral del contrato de trabajo, integra el núcleo esencial de las facultades reconocidas en el art. 35 CE como derecho al trabajo<sup>24</sup>. Eso significa, por tanto, que garantizar un canal de reacción adecuada frente al despido supone que la acción empresarial de rescisión unilateral del contrato es siempre fiscalizable a instancias del trabajador, que es un acto siempre revisable en fondo y forma. Esta característica debe ligarse además con el art. 24 CE que garantiza el libre acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva. Cualquier intento de reforma que persiga privar al trabajador de la posibilidad de revisar el despido ante un juez resultará incompatible con el orden constitucional representado por la tutela reforzada del art. 35 en relación con el art. 24 CE.

20 Por ello de vez en cuando -ya desde 1984, con el AES, pero con renovada fuerza ahora, en la crisis financiera del 2008- los agentes económicos reivindicaban la desaparición de estas instancias de control sobre la base de la libertad de mercado y la eficiencia en la gestión empresarial frente a las dificultades económicas. Cfr. A. Baylos, J. Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado...cit.*, p. 48.

21 A. Baylos, J. Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado...cit.*, p. 49.

22 A. Baylos, «Por una (re)política de la figura del despido», *RDS*, núm. 12, 2000, p. 12.

23 La idea que contribuye a dotar al control judicial de los despidos de una fuerte impronta constitucional se expresa en los siguientes términos en la STC 20/1994: «La reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva. En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia 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 (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo. Estas reflexiones reconducen el discurso a la igualdad efectiva, traída a cuenta en un principio». Cfr. A. Baylos y J. Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado...cit.*, p.52.

24 R. Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, p. 242-243.

En el mismo sentido, se pronuncia la legalidad internacional, mediante el muy importante Convenio 158 de la OIT, que ha sido ratificado por España<sup>25</sup> y tiene entre sus claves la exigencia de justificación del despido y el derecho a reclamar frente al mismo. De este modo precisa el Convenio que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada» (art. 4) y, a renglón seguido, advierte que «el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral» (art. 8). De esta manera se refuerza la ligazón existente entre la dimensión causal del despido y su revisión.

**“(...) las propuestas de reforma del mercado de trabajo (...) deben ser valoradas en función de los parámetros constitucionales que dan sentido al reconocimiento del trabajo como derecho ciudadano que cualifica la existencia de las personas y las integra en un orden político y social democrático.”**

Es además un elemento básico del llamado modelo social europeo que toma cuerpo a través de la declaración de los derechos fundamentales de los ciudadanos de Europa. El art. 30 de esta declaración -la que conocemos como *Carta de Niza*, hoy de Lisboa, tras su adopción en diciembre de 2007 como documento con valor equiparable a los Tratados- establece “el derecho a la protección en caso de despido injustificado”, precepto que converge así con el contenido constitucional del derecho al trabajo tal como ha sido establecido en el sistema político-democrático español, además de configurar, como se ha señalado justamente, un valor fundante de la “identidad europea” en general<sup>26</sup>.

Es cierto, sin embargo, que esta doctrina no lleva aparejada una determinación de cuales sean los efectos del control judicial del acto del empresario y por tanto no establece cual debe ser la intensidad del mismo. La reparación del derecho al trabajo del que se ha privado en concreto a un trabajador puede realizarse tanto mediante el recurso a técnicas que garanticen la estabilidad real como a aquellas otras que procuren solo una estabilidad obligatoria en donde se prevea la posibilidad empresarial de optar por la extinción del contrato pero resarciendo patrimonialmente el daño causado. Es evidente que el principio de estabilidad real es más adecuado a la garantía del derecho al trabajo, mientras que las técnicas de monetarización del acto empresarial improcedente ponderan de manera superior la preservación de un amplio margen

de libertad de organización de la empresa. Nuestro ordenamiento legal conoce esta bifurcación en el grado de intensidad del control judicial mediante la calificación del despido como nulo o improcedente, como respuesta del ordenamiento al despido ilegítimo. Es decir, que no se ha configurado la readmisión obligatoria como única técnica de satisfacción de los despidos injustificados o carentes de motivación “real y seria”, diferenciando entre supuestos determinados de nulidad por vulneración de derechos fundamentales o trato discriminatorio, o simplemente por motivos “objetivamente” reprochables derivados de los derechos de conciliación de la vida laboral y personal, y despidos improcedentes en donde se prevé un derecho de opción entre la readmisión o la extinción indemnizada por regla general confiado a la decisión del empleador salvo en los supuestos de los representantes de los trabajadores.

El hecho de que nuestro sistema legal del despido no haya sido extremadamente consecuente con el reconocimiento material del derecho al trabajo del art. 35 CE, despuntando gran parte de su potencia y restringiendo la intensidad de su protección, no debe hacer perder de vista su construcción central, anclada en el Estado social y democrático de derecho y en el compromiso político que asigna un valor positivo al trabajo como elemento fundante de la sociedad democrática y lo sitúa en el centro mismo de ésta. De esta forma, las propuestas de reforma del mercado de trabajo, los “cambios estructurales” que se solicitan en el mismo y que se han desgranado desde mayo de 2010 y en especial con la reforma laboral puesta en práctica con la Ley 35/2010 -y que continúan en los últimos episodios de un poder público cada vez más claudicante ante el poder económico- deben ser valoradas en función de los parámetros constitucionales que dan sentido al reconocimiento del trabajo como derecho ciudadano que cualifica la existencia de las personas y las integra en un orden político y social democrático. La respuesta a estas propuestas ha ido en esta dirección. Es cierto, como señala el Manifiesto firmado en septiembre del 2009, en medio de la crisis, por más de 700 profesores universitarios que llevaba por título “*El trabajo, fundamento de un crecimiento económico sostenible*”, que no es “promoviendo el despido sin causa ni control judicial, como se avanza hacia un mercado laboral en el contexto de un nuevo modelo económico más productivo. La pretendida simplificación en el régimen de la contratación terminaría haciendo aflorar su verdadero propósito: la simplificación del régimen de despido. Ya no habría, salvo en limitadísimas ocasiones, despidos procedentes ni improcedentes; el resultado sería la precariedad generalizada de los trabajadores y el abaratamiento del despido”<sup>27</sup>. Pero además de este tipo de argumentos bien razonados sobre el desmoronamiento de las garantías del empleo que este tipo de impulsos propician, se debe siempre recordar que son incompatibles con el marco constitucional por implicar una ruptura del consenso básico en torno a la tutela del trabajo que está en la base de la configuración democrática de las relaciones laborales. Por eso, desde esta perspectiva política y democrática, es preciso abrir un

25 Para un análisis reciente de este convenio en la doctrina y jurisprudencia española vid., J.L. Gil y Gil e I. Sagardoy de Simón, *La protección contra el despido disciplinario*, Cinca, Madrid, 2007, p. 39 y ss.

26 G. Orlandini, “Riflessioni in margine al dibattito sui diritti sociali fondamentali nell’Unione Europea”, *Diritti, Lavori, Mercati* Nº 1 (2009), p. 72. «Se trata de un texto que identifica el bagaje de derechos sobre los que se sustancia la ciudadanía».

27 Puede consultarse en [www.ugt.es/fflc/actividades/09-06-19-manifiesto/manifiesto.pdf](http://www.ugt.es/fflc/actividades/09-06-19-manifiesto/manifiesto.pdf)

espacio de trabajo cultural que parta de estos postulados centrales. Hay que evitar que el derecho al trabajo sea el gran olvidado de las democracias en crisis a comienzos del siglo XXI<sup>28</sup>.

#### 4. ¿Es Posible ofrecer una Narrativa Neo-Laboralista a partir del Lenguaje de los Derechos y de la Democracia Social?

Si se es consecuente con una orientación que repolitice el despido y las garantías de los trabajadores ante el mismo como una manifestación necesaria de la tutela del derecho al trabajo, es preciso también orientar la producción doctrinal y teórica de los juristas del trabajo ofreciendo una narrativa que se aparte de las visiones dominantes derivadas del neoliberalismo y de la "democracia de mercado"<sup>29</sup>. Se trata de esbozar un discurso que explique la realidad y la producción de las normas jurídicas desde el lenguaje de los derechos y de la igualdad democrática.

Desde ese nuevo narrativismo jurídico "neolaboralista" -en donde el prefijo quiere enfatizar la actualidad de este planteamiento- el despido no se reduce a un elemento de coste laboral. Es un acto de fuerza -un acto violento- que rompe el ligamen social de la persona que trabaja y la coloca en una situación de disminución de derechos. Al ser el trabajo la base de los derechos básicos que permiten hablar de un ciudadano libre e igual en derechos, el trabajo es la base de la ciudadanía y la pérdida del mismo implica una degradación de la condición ciudadana de quien lo sufre, una alteración de ese *status* en una democracia madura que le coloca en una situación de subalternidad política y social.

Esta nueva mirada sobre las relaciones de trabajo requiere en efecto la discusión sobre las políticas del trabajo que pueden ser convenientes y practicables desde estos planteamientos "neolaboralistas" ligados a una fuerte repolitización democrática de figuras encomendadas a la lógica del mercado y del dinero. Pero fundamentalmente requiere reformular las políticas del derecho que permitan recuperar una hegemonía cultural en el Derecho del Trabajo.

Basta dar un solo ejemplo. Como se ha señalado, nuestro sistema jurídico permite expulsar por inconstitucionales los modelos de regulación de las relaciones de trabajo que impidan al trabajador revisar su despido, basado en una justa causa. Sin embargo, está muy extendida entre los iuslaboralistas la existencia práctica del despido libre en el sistema jurídico español<sup>30</sup>. Y ello no sólo desde aquellas posiciones más conservadoras, sino desde aquellas otras más críticas o garantistas. El debate sobre el art. 56.2 ET lo pone de manifiesto. Es frecuente entender que esta figura incorpora un "despido libre indemnizado", lo que se alega como crítica desde la izquierda social a esta forma de regulación que se mantiene en nuestro sistema pese a las modificaciones del texto original

como consecuencia de la huelga general del 2002. Pero a su vez esta propuesta crítica se corresponde con su aceptación generalizada por exponentes decisivos de la derecha económica, que construyen sobre el despido libre indemnizado la propuesta del "contrato de crisis", "del siglo XXI" o el "contrato único". Esta "existencia del despido libre indemnizado" es a su vez plenamente aceptada por los operadores jurídicos, principalmente los abogados seguidos por los jueces, ante los que no se plantea la contradicción "práctica" entre esa figura legal y la "existencia" de despidos sin causa. Es por tanto frecuente que los propios asesores de los trabajadores incorporen este tipo de convicción a la acción de defensa de los intereses laborales, erosionando así su propia función y la finalidad que deberían cumplir.

Es evidente que no puede darse por buena esta conclusión, porque implica la vulneración del sistema constitucional de garantías del derecho al trabajo del art. 35 CE que impone la causalidad del despido y la revisión judicial del mismo con efectos constitutivos sobre las decisiones empresariales contrarias al ordenamiento. El aumento del poder de disposición del empleador en los márgenes de extinción unilateral del contrato no puede franquear este límite. Por ello es necesario reinterpretar el art. 56.2 ET y la anticipación de la declaración de improcedencia del despido en términos compatibles con el respeto al derecho al trabajo en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 35 en relación con art. 24 CE). Hay que entender que lo que el precepto permite es la debilitación del principio de causalidad, de forma que el empresario reconoce la improcedencia del despido sobre la base de un motivo que posiblemente no tenga la gravedad ni la trascendencia para poder válidamente rescindir el vínculo contractual, o sobre el que tenga ciertas dificultades probatorias, y la anticipación de la indemnización al control judicial quiere compensar -en una medida de política del derecho incorrecta- la coincidencia prevista entre la decisión del órgano judicial y la adelantada por el empleador, concediéndole una ventaja económica a éste. Pero lo que no puede avalar el art. 56.2 ET es la inexistencia de causa de despido sin causa, es decir, el despido plenamente desligado de cualquier motivación tipificada por el ordenamiento como idónea para desplegar efectos extintivos<sup>31</sup>.

El despido sin causa, es decir, el que presenta una causa formal inexistente y que responde a la arbitrariedad del empleador, debe ser impugnado ante el órgano jurisdiccional social como vulnerador de derechos fundamentales, dado que la propia norma no prevé otra salida que la nulidad, ante la prohibición de introducir otros conceptos indemnizatorios que "enriquezcan" el área de la improcedencia ligando sus resultados a la garantía del derecho al trabajo. La nulidad es el efecto típico que el bloque de constitucionalidad exige frente al libre desistimiento

28 Este es el título de la obra de A. Cantaro, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2007.

29 A. Cantaro, *Il secolo lungo*, Ediesse, Roma, 2006, p. 90.

30 En todos los sectores. Las declaraciones del presidente de la CEOE, Díaz Ferrán, son terminantes: "No pedimos el despido libre porque ya existe" (*Pública*, 18 de febrero de 2009). Pero también J. Lahera Forteza, "La necesaria racionalización del despido", *El País*, 15 de febrero de 2009, que mantiene que el despido libre ya existe "con extraordinaria flexibilidad" en nuestro sistema.

31 A. Baylos y J. Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado...* cit, p. 117. Naturalmente que lo anterior sin perjuicio de plantear la reforma legal que derogue esta disposición legal.

empresarial, proscrito de nuestro sistema como forma de extinguir las relaciones de trabajo con carácter general. La reacción frente al mismo por parte del trabajador y la necesidad que esta defensa tenga unas consecuencias acordes con la función jurisdiccional de control y de respeto de la legalidad, ligan irresolublemente los contenidos del art. 35 con los del art. 24 CE en cuanto tutela efectiva y prohibición de indefensión. El mecanismo de verificación de la carencia de causa en el proceso es muy semejante al que se lleva a cabo para los despidos discriminatorios y vulneradores de derechos fundamentales, en donde el tema de los indicios probatorios resulta decisivo, como se verá más adelante. Los despidos sin causa, arbitrarios o fraudulentos deben ser declarados nulos por ser la consecuencia de un libre desistimiento empresarial contrario al art. 35 CE en relación con las garantías previstas en el art. 24 CE para la tutela judicial efectiva sobre la verificación de la causa real del despido y la prohibición de la indefensión del trabajador<sup>32</sup>, y no entran por tanto en el área de la improcedencia que tiene como condición previa la existencia de una causa de despido considerada no suficiente por el ordenamiento jurídico<sup>33</sup>.

La selección de “casos límite” que pudiera plantear, de forma neta, ante los tribunales, la concreción de estos argumentos ante supuestos evidentes de manifiesta arbitrariedad y descausalización del despido, sería un elemento que ayudaría a reorientar la defensa de los trabajadores en esta garantía central de su derecho al trabajo, poniendo de manifiesto la impunidad del acto antisocial que se está realizando mediante el despido en estos casos y reorientando una respuesta judicial hacia la proscripción de tales comportamientos. Es

un trabajo ideológico pero también político-sindical que permite una presencia colectiva en la tutela del interés individual de los trabajadores afectados.

Probablemente en el pasado el crecimiento del sindicato dependió, de manera muy directa en ocasiones, de la acción de defensa jurídica de los trabajadores individualmente considerados. Los abogados laboristas del movimiento obrero de los años 60 y 70 del pasado siglo en nuestro país realizaban al pie de la letra un uso alternativo del derecho en mejora de la condición de la clase trabajadora a través de la judicialización de la litigiosidad que se manifestaba en muchos momentos como pleitos individuales, de los que se irradiaba un efecto colectivo o ejemplar para tantos otros casos posibles. Hoy, por el contrario, la pérdida de la hegemonía cultural en el campo de lo jurídico-laboral y la burocratización de los servicios de asesoría jurídica favorece objetivamente el sometimiento a un proyecto de dominación social que no puede compartirse por la organización sindical y que produce la insatisfacción y la impotencia del trabajador individual, tanto de aquel que tiene una inserción débil en la relación laboral ordinaria, como las mujeres, los jóvenes o los inmigrantes, como de aquellos otros trabajadores estables que son expulsados y se convierten en “excedentes de mano de obra”, conduciendo a todos a un alejamiento del sindicato.

Recuperar este eje de análisis y de discusión, restablecer un discurso neolaboralista y reforzar el análisis ideológico del derecho serán sin duda piezas clave en la recuperación cultural y permitirán un significativo avance en lo político y sindical desde el lenguaje de los derechos y de la democracia social 

32 No por tanto, en la acepción del art. 24 CE como atentatorio al principio de seguridad jurídica en tanto que el trabajador se vea inmerso en un proceso judicial cuya finalización no pueda prever o por existir una desigualdad esencial en el procedimiento y la tutela que el juez pueda dispensar, que fueron los motivos esgrimidos en el amparo que resuelve en sentido desestimatorio la STC 84/2008.

33 A. Baylos y J. Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado...*cit, p. 118.