

DECISIONES JUDICIALES Y ‘RUIDO’: EL CASO DE LA INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA A LA LEGAL TASADA EN EL DESPIDO IMPROCEDENTE

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ

Profesor Agregado, acreditado a Catedrático, de Derecho del Trabajo
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

EXTRACTO

Palabras clave: indemnización complementaria
a la legal tasada; juicio, ruido

El debate alrededor de la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada con una compensación complementaria ha adquirido una especial relevancia a partir de la ratificación y la entrada en vigor de la Carta Social Europea Revisada y la interpretación de la misma que ha hecho el Comité Europeo de Derechos Sociales. Ante la inexistencia de un marco normativo explícito que aquilate cómo debe procederse y a la espera de un criterio interpretativo unificado, es muy probable que, más allá de las circunstancias particulares del caso, se dé una alta variabilidad en los criterios aplicados y, por ende, en las respuestas. Esta dispersión puede ser indeseada si no responde a una buena razón y, por este motivo, podría precipitar un número de desviaciones en las resoluciones judiciales superior al que sería deseable. En este caso, puede hablarse de ‘ruido’. Este concepto, *grosso modo*, puede definirse como una variabilidad no deseada en juicios que idealmente deberían ser idénticos.

El propósito de este trabajo, a partir de las investigaciones de Kahneman, Sibony y Sunstein, es abordar el concepto de ‘ruido’ y evaluar en qué medida las resoluciones judiciales que han abordado esta controversia son ruidosas. Este análisis, a caballo entre la dogmática jurídica y la psicología de la conducta, se estima que es oportuno porque al desvelar el comportamiento de los órganos jurisdiccionales, *a priori*, posibilita una arquitectura de las normas que permitiría mejorar estos juicios y reducir la indeseada dispersión judicial.

ABSTRACT

Keywords: complementary compensation to
the legal one fixed for unlawful dismissal,
judgement, noise

The debate around the recognition of the legal compensation assessed with compensation for damages has acquired special relevance since the ratification and entry into force of the European Social Charter (Revised) and the interpretation of it that the European Committee of Social Rights has made. In the absence of an explicit regulatory framework that assesses how to proceed and pending a unified interpretive criterion, it is very likely that, beyond the particular circumstance of the case, there will be a high variability in the criteria applied and, therefore, in the judicial answers. This dispersion can be unwanted if it does not respond to a good reason and, for this reason, might precipitate a higher deviation in the judicial resolutions than would be desirable. In this case, we can speak of ‘noise’. This concept, roughly, can be defined as unwanted variability in judgments that should ideally be identical.

This analysis, halfway between legal approach and behavioral psychology, is considered timely because by revealing the behavior of the jurisdictional bodies, a priori, it enables an architecture of the rules that would improve these judgments and reduce the unwanted dispersion judicial.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: DECISIONES JUDICIALES, CONTEXTO Y RUIDO
2. INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA A LA LEGAL TASADA POR DESPIDO IMPROCEDENTE: ESTADO DE LA CUESTIÓN
3. CONCEPTO DE RUIDO Y TIPOLOGÍAS
4. SESGOS QUE PRODUCEN RUIDO
5. ESCALAS RUIDOSAS E INDEMNIZACIONES COMPLEMENTARIAS A LAS LEGALES TASADAS
6. UNA (PROPUESTA DE) APLICACIÓN PRÁCTICA DE ESTE MARCO CONCEPTUAL A LA JURISDICCIÓN SOCIAL
7. VALORACIÓN FINAL: EL RUIDO JUDICIAL EXISTE, ES NUMEROSO Y DEBE COMBATIRSE

1. INTRODUCCIÓN: DECISIONES JUDICIALES, CONTEXTO Y RUIDO

El debate alrededor de la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada por despido improcedente con una indemnización complementaria ha adquirido una especial relevancia a partir de la ratificación y la entrada en vigor de la Carta Social Europea revisada (CSer) y la interpretación que ha hecho el Consejo Europeo de Derechos Sociales (CEDS) del art. 24. Aunque todavía no existe un cuerpo de doctrina judicial consolidado a nivel interno, sí se han dado algunos testimonios relevantes que permiten delimitar lo que, *a priori*, parece que serán los principales posicionamientos en liza. A grandes rasgos, las posturas oscilan entre dos grandes polos: compensaciones vinculadas a una determinada idea de disuasión, por un lado; y las que se ajustan de forma tasada a la existencia y la prueba de un daño, por otro¹.

En la resolución de esta dicotomía podría ser determinante una tercera variable que tiende a pasar desapercibida. Es obvio que las circunstancias específicas de cada caso pueden justificar la existencia de respuestas judiciales diferenciadas. Sin embargo, como hipótesis, si se sometiera a diversos órganos jurisdiccionales un mismo caso (idéntico), muy probablemente, se apreciaría una variabilidad en las resoluciones superior a la que estaríamos dispuestos a aceptar. Incluso, si un juez tuviera que resolver un supuesto con idénticos elementos en momentos distintos, no es descabellado pensar que podría alcanzar conclusiones divergentes. Las heterogéneas circunstancias que conforman el *contexto* (por ejemplo –entre otras–, la situación personal y/o estado de ánimo, el cansancio, el momento del día que enjuicia cada supuesto y/o los casos similares que haya resuelto previamente) podría ser la causa de esta disparidad de juicios. Son muchas las muestras empíricas (como se expondrá) que así lo constatan.

¹ Una primera versión de este trabajo se presentó como comunicación a las *XXXII Jornades de Dret Social*, organizadas por la *Associació Catalana de Iuslaboristes* y el CGPJ (Barcelona, 29 y 30 de septiembre 2022).

Aunque se trata de una cuestión especialmente sensible y sin pretender cuestionar la profesionalidad de este colectivo, no hay ninguna evidencia que permita concluir que los integrantes del poder judicial estén exentos de los *atributos* (positivos y negativos) que ostentan el resto de seres humanos. Por consiguiente, y sin ánimo irrespetuoso, la visión del juez como una especie de *robot*, que se limita a aplicar mecánicamente una consecuencia jurídica a unos hechos y lo hace de forma refractaria a toda influencia externa y dominando absolutamente su *dimensión interna* (incluso, la que está por debajo del nivel consciente), es un ideal (ciertamente) alejado de la realidad².

De acuerdo con una sugerente y novedosa corriente analítica, esta variación en los juicios puede ser calificada como ‘ruido’. Este concepto (sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente), puede definirse, *grosso modo*, como una variabilidad no deseada en juicios que idealmente deberían ser idénticos. La particularidad más sobresaliente de este fenómeno, como se expondrá, es que el influjo del *contexto*, por sus propiedades intrínsecas, es aleatorio, es decir, no es previsible.

El punto de partida de este ensayo es que estos factores (el *contexto*) pueden influir (e influyen) en el juicio del juzgador a la hora de determinar la indemnización complementaria a la legal tasada por despido improcedente. Hasta el extremo de que puede ser la causante de una significativa divergencia en las resoluciones. Vaya por delante que no se trata de un fenómeno exclusivo de las decisiones adoptadas en el entorno jurisdiccional: una disparidad en el diagnóstico de una enfermedad o en la corrección de un examen universitario, por poner dos ejemplos (entre otros muchos), también lo serían. El objeto de estudio es, fundamentalmente, tratar de diseccionar los factores que provocan el ruido en la interpretación del art. 24 CSEr.

El conocimiento de esta cuestión podría ser especialmente relevante, pues, podría darnos (interesantes) pistas para la articulación de una arquitectura de las normas que aspirara a corregir las posibles disfuncionalidades que se deriven de esta disparidad en las evaluaciones judiciales. Es razonable pensar que todo lo que nos acerque a este propósito debería ser positivo porque, asumiendo que los ciudadanos que acuden a la Justicia esperan que su caso sea enjuiciado por *el sistema*, esto es, con independencia del juez que conoce la causa (y de las *circunstancias* que le rodean, internas y externas), es claro que esta disparidad de criterios provocada por el *contexto* debería tratar de limitarse al máximo posible.

Como ha podido comprobar el lector, el enfoque que propone este estudio se encuentra a caballo de la dogmática jurídica y la psicología de la conducta. La afectación *en lo jurídico* de la dimensión introspectiva de las personas que conforman los órganos jurisdiccionales es tan relevante que sorprende que

² Como exponen Kahneman, D., Sibony, O. y Sunstein, C. R. (*Ruido*, Debate, 2021, p. 267), «las personas rara vez son conscientes de sus propios sesgos cuando son engañadas por ellos. Esta ausencia es de por sí un sesgo conocido como ‘sesgo del punto ciego’».

no se les preste mayor atención (por la mejora que, como se ha apuntado, este conocimiento podría facilitarnos en la arquitectura de las normas). Es posible que esta propuesta suscite cierto escepticismo entre los juristas. Las motivaciones internas que precipitan los actos de las personas (especialmente, las que están por debajo del nivel consciente), por el momento, se encuentran tras el velo del conocimiento. Aunque la ciencia ha avanzado mucho, es obvio que sólo hemos sido capaces de rascar en la superficie: los resultados de muchas investigaciones son todavía provisionales y/o no son generalizables. No obstante, a pesar de ello, no deberíamos obviar la importancia (medular) de esta variable y, al menos, tratar de tener *en consideración* algunos hitos alcanzados.

En definitiva, el objeto de este estudio se ubica, al menos en el ámbito del Derecho del Trabajo, en el campo de *lo inexplorado*. Tomando como referencia estos factores, como expone O. Sacks (y que sigue a Helmholtz), en el fondo, es posible que la aproximación que les propongo se asemeje al deporte de escalada y a los intentos de alcanzar una cima: se hacen salidas en falso, se toman senderos que no lleven a ninguna parte y se hacen subidas en zigzag. Y todo ello sin olvidar que, tratándose de una *apuesta* que exige un cambio de rumbo no asentado, cabe la posibilidad de que este *viaje* acabe sin que pueda obtenerse nada *productivo* (y no se alcance la cima)³. En el fondo, con esta lectura les invito a una especie de *misión de reconocimiento* de carácter analítico: una *aventura* a lo desconocido.

El concepto de ruido ha sido objeto de un profundo análisis por D. Kahneman, O. Sibony, y C. R. Sunstein y su síntesis se erigirá en el eje medular de esta exposición. No obstante, se trata de una dimensión que afecta al juicio humano novedosa, pues, hasta la publicación de su estudio, no había recibido la atención que merece por parte de la ciencia. En todo caso, vaya por delante que, este carácter incipiente (y, quizás, provisional de alguna de sus conclusiones), en absoluto, resta valor a sus propuestas.

Y, cerrando esta introducción (necesariamente extensa dadas las particularidades del objeto de estudio), un último apunte: en las líneas que siguen, con carácter propedéutico, se aportarán algunas claves conceptuales para el desarrollo de la exposición que sigue. No es el propósito de este ensayo resumir el contenido de la citada obra referencial; y, por adelantado, les pido disculpas si, al describirlo (de forma inevitablemente breve dada la naturaleza de este trabajo), llevo a cabo una simplificación excesiva de sus aspectos fundamentales (y que me acabe alejando del planteamiento expuesto por los citados autores más de lo que sería deseable).

No obstante, con carácter previo, se expondrá el estado de la cuestión de la controversia que nos ocupa.

³ Sacks, O., *El río de la conciencia*, Anagrama, 2019, p. 199 y 135.

2. INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA A LA LEGAL TASADA POR DESPIDO IMPROCEDENTE: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El art. 24 CSEr reconoce el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a «una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». En términos muy similares, el art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT establece que, ante una terminación de la relación contractual injustificada, puede ordenarse el pago de una *indemnización* adecuada u *otra reparación* que se considere apropiada, si, dadas las circunstancias, no se ha optado por «anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador».

Hasta la fecha, el CEDS se ha pronunciado en 4 ocasiones rechazando la adecuación de los importes indemnizatorios en contextos normativos que establecen un tope máximo. En relación al sistema *indemnizatorio* finlandés, afirmó (Decisión 8 de septiembre 2016, núm. 106/2014, *Finnish Society of Social Rights v. Finland*), que «El límite máximo de la indemnización previsto en la Ley de contratos de trabajo puede dar lugar a situaciones en las que la indemnización concedida no sea proporcional a la pérdida sufrida».

En la Decisión de 11 de septiembre 2019 (núm. 158/2017), *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italia*, en relación al sistema italiano, afirma: «La Comisión señala que cualquier límite máximo de indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a los perjuicios sufridos y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta (...). Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable».

Repárese que la *disuasión* no es una dimensión que esté explícitamente recogida en la CSEr (ni tampoco en el Convenio núm. 158). No obstante, esto no ha impedido que el CEDS lo haya exigido en sus dos resoluciones posteriores. En la Decisión de 23 de marzo 2022 (núm. 160/2018), *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) v. France*; y *Confédération générale du travail (CGT) v. France*, concluye lo siguiente (en relación al sistema francés): «El Comité considera que los límites máximos previstos en el artículo L.1235-3 del Código del Trabajo no son suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y disuadir al empleador. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados. Por esta razón, el daño real sufrido por el trabajador en cuestión relacionado con las circunstancias individuales del caso puede pasarse por alto y, por lo tanto, no repararse. Además, otros recursos legales se limitan a ciertos casos. Por lo tanto, el Comité considera, a la luz de todos los elementos anteriores, que no se garantiza el derecho a una compensación adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del artículo 24.b de la Carta. En consecuencia, el Comité encuentra que existe una violación del artículo 24.b de la Carta».

Más recientemente, en la Decisión 5 de julio 2022 (núm. 175/19), *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France*, ha reiterado este criterio⁴, añadiendo una advertencia a los órganos jurisdiccionales en relación a que el contenido de la CSER no es meramente programático y que sus decisiones sí son vinculantes para los Estados Partes (pudiendo el art. 24 ser invocado por los trabajadores y por los empleadores en los litigios llevados ante los tribunales)⁵.

A nivel interno y a la espera de la resolución de las dos reclamaciones colectivas admitidas⁶, las reacciones judiciales, como se ha apuntado, han oscilado entorno a dos posturas fundamentalmente: compensaciones vinculadas a una determinada idea de disuasión, por un lado; y las que se ajustan de forma tasada a la existencia y la prueba de un daño, por otro.

Es representativa de la primera (aunque todavía no estaba vigente la CSER), la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 384/2020), relativa a una extinción por causas objetivas que es calificada como improcedente. No obstante, en virtud del C158 OIT (interpretado conforme a la CSER 1996), entiende que la indemnización legal tasada no es «suficientemente disuasoria» y, por ello, reconoce una indemnización complementaria de 60.000 € a compensar con la ya percibida, salvo readmisión. Por otra parte, la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 390/2020), en un asunto que participa de bastantes elementos comunes y siguiendo una argumentación similar, fija una indemnización de casi 49.000 € (9 meses de salario), también salvo readmisión. Y, en un tercer supuesto (a diferencia de los dos anteriores, desvinculado de la emergencia sanitaria), la SJS/26 Barcelona 28 de julio 2020 (rec. 848/2019), en un despido disciplinario de una trabajadora fija-discontinua reconocido como improcedente por la empresa, concede una indemnización complementaria de 3.162 € (9 meses de salario), salvo readmisión.

⁴ «El Comité consideró que los límites máximos de indemnización establecidos por el artículo L.1235-3 del Código del Trabajo no son lo suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y disuadir al empleador. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados. Por ello, el perjuicio real sufrido por el trabajador en cuestión, vinculado a las circunstancias particulares del caso, puede no ser debidamente tenido en cuenta y, por tanto, no subsanado».

⁵ «la Carta establecía obligaciones en virtud del derecho internacional que eran jurídicamente vinculantes para los Estados partes y que el Comité, como órgano creado en virtud de un tratado, tenía la responsabilidad de evaluar jurídicamente si las disposiciones de la Carta se habían aplicado de manera satisfactoria. El Comité considera que corresponde a los tribunales nacionales decidir sobre la cuestión de que se trata (*in casu*, una indemnización adecuada) a la luz de los principios que ha expuesto al respecto o, en su caso, que corresponde al legislador francés dar a los tribunales nacionales los medios para sacar las consecuencias apropiadas en cuanto a la conformidad con la Carta de las disposiciones internas en cuestión».

⁶ Reclamación colectiva de UGT (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada (presentada en 11/2022) nº 207/2022 UGT c. España; y Reclamación colectiva de CCOO (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada (presentada en 05/2022) núm. 218/2022 CCOO c. España.

Finalmente, la SJS/1 Reus 16 de julio 2021 (proc. 650/2020) también ha aplicado la idea de la disuasión en el marco de una extinción injustificada durante la pandemia, aunque para determinar el importe económico se ha acudido a los salarios de tramitación *ex art.* 56.2 ET.

Como testimonio de la segunda postura apuntada (hoy, parece que predominante), debe mencionarse la STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020) – y que corrige el criterio de la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 384/2020) citada–. En esta sentencia (aunque la CSEr no estaba en vigor) se condiciona la percepción de esta indemnización complementaria a los siguientes requisitos: «por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato (...) podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar». Si se dan estas circunstancias, afirma que, para evitar «posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas», podría reconocerse también la indemnización prevista en el art. 281.2 b) LRJS (esto es, quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades). No obstante, también admite que la «indemnización adecuada» en las citadas situaciones «pueda integrar también otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante. Sin embargo, habrá que observar que dicha posibilidad se inserta en el marco del artículo 1106 CC – en relación al 1101 del mismo cuerpo legal– lo que exige que esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial»⁷.

Son diversas las resoluciones del TSJ de Cataluña ratificando este cuerpo de doctrina⁸; y algunos órganos jurisdiccionales (al menos, *obiter dicta*) se han adherido a este planteamiento⁹. La admisión de esta posibilidad, no obstante, no ha derivado en el reconocimiento automático de estas compensaciones (son

⁷ La SJS/26 Barcelona 21 de noviembre 2022 (rec. 294/2021), en un caso anterior a la entrada en vigor de la CSEr, tras declarar la improcedencia del despido (en aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020, según la interpretación de la STS 19 de octubre 2022, rec. 2206/2021) y aplicar la doctrina de la STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020) citada, es la primera (que se tenga constancia) que ha reconocido la indemnización complementaria prevista en el art. 281.2 b) de la LRJS.

⁸ Criterio que se reitera en las SSTSJ Cataluña 20 de mayo 2021 (rec. 5234/2020); y 14 de julio 2021 (rec. 1811/2021); y 30 de mayo 2022 (rec. 538/2022). La primera revoca la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 390/2020) citada. Y la última hace lo mismo con respecto a la SJS/1 Reus 16 de julio 2021 (proc. 650/2020).

⁹ Véase (que se tenga constancia), las SSTSJ Galicia 27 de mayo 2022 (rec. 1631/2022); Navarra 24 de junio 2021 (rec. 198/2021); y CyL/Valladolid 1 de marzo 2021 (rec. 103/2021).

diversas las sentencias en las que se ha rechazado ante la falta de alegación y acreditación de los daños¹⁰). No obstante, la STSJ Cataluña 30 de enero 2023 (rec. 6219/2022), por primera vez, ha reconocido una compensación por el lucro cesante provocado por una extinción por causas objetivas que estima (controvertidamente) injustificada, justo antes de la tramitación de un ERTE de acuerdo con el derecho de la emergencia, y por la consiguiente imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo¹¹.

En cualquier caso, para acabar de completar esta aproximación, también debe hacerse mención al hecho de que la doctrina judicial no es pacífica porque, antes de la entrada en vigor de la CSEr, son también diversas las resoluciones que (con buen criterio a mi entender¹²) han rechazado de forma explícita la posibilidad de exigir una indemnización complementaria¹³.

Desde mi punto de vista, hacer una valoración de la adecuación de la indemnización legal tasada teniendo en cuenta el carácter más o menos disuasorio,

¹⁰ SSTSJ Cataluña 11 de noviembre 2022 (rec. 3368/2022); 16 de septiembre 2022 (rec. 1959/2022); (2) 4 de julio 2022 (rec. 792/2022; y rec. 2350/2022); 13 de mayo 2022 (rec. 500/2022); STSJ Andalucía/Granada 19 de enero 2023 (rec. 1047/2022).

¹¹ Se trata de un caso de despido objetivo antes de la entrada en vigor del RD Ley 9/2020 y en el que la empresa abona una indemnización superior a la legal tasada. El TSJ entiende que la extinción es improcedente (en aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020, según la interpretación de la STS 19 de octubre 2022, rec. 2206/2021, por la coyunturalidad de la medida) y abusivo porque la empresa a los pocos días ha planteado un ERTE. Reconoce indemnización complementaria a la legal tasada por el lucro cesante derivado de la no percepción de la prestación por desempleo que le hubiera correspondido si hubiera sido incluido en el ERTE. Un análisis crítico de esta resolución en Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Primera indemnización complementaria a la legal tasada en despido objetivo improcedente, calculada a partir del desempleo no percibido (STSJ Cataluña 30/1/23)”, BLOG DEL AUTOR [en línea], 7 de febrero 2023. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2023/02/07/primera-indemnizacion-complementaria-a-la-legal-tasada-en-despido-objetivo-improcedente-calculada-a-partir-del-desempleo-no-percibido-stsj-cataluna-23-1-23/> [consulta: 01/03/2023].

¹² Como expone la STSJ Madrid 17 de marzo 2021 (rec. 85/2021) -recogiendo el criterio de la STSJ CyL/Valladolid 18 de mayo 2016 (rec. 361/2016)-: «no cabe aplicar, como se hace en la sentencia de instancia, el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, puesto que se trata de un tratado internacional que no ha sido ratificado todavía por España y no está publicado en el Boletín Oficial del Estado. Por tanto la interpretación que pueda hacerse de dicho precepto por el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa no es relevante para este litigio, porque el propio precepto no es aplicable. Cuando finalice el proceso de ratificación de la Carta Social revisada por España y el nuevo tratado sea objeto de publicación oficial podrá plantearse la naturaleza vinculante del ‘Derecho derivado’ resultante del tratado, esto es, de las resoluciones de órganos del Consejo de Europa como el Comité de Derechos Sociales». De hecho, la STS 29 de marzo 2022 (rec. 270/2022) a propósito del art. 52.d ET ha rechazado la aplicación de la CSEr a un despido anterior a su entrada en vigor.

¹³ La STSJ Andalucía/Granada 9 de junio 2022 (rec. 3127/2021), en un supuesto en el que no es aplicable la CSEr por motivos temporales, rechaza (siguiendo el razonamiento del ATC 35/2015, 17 de febrero 2015) que, a la luz del Convenio 158 OIT, pueda solicitarse una indemnización complementaria a la legal tasada. Ver también las SSTSJ CLM 1 de diciembre

nos lleva a unos senderos muy *resbaladizos* (y de una extraordinaria inseguridad jurídica). En términos de efectividad, la *disuasión* es un factor que tiene un carácter esencialmente subjetivo o introspectivo y, por este motivo, deberíamos tratar de huir de él (al menos desde un punto de vista jurídico). Además, las valoraciones que, a partir de los datos *visibles*, califican a la indemnización legal tasada como ineficaz (porque no contiene a los empresarios suficientemente), podrían estar afectadas por lo que se conoce como el *sesgo de supervivencia*¹⁴. La indemnización legal tasada tiende a calificarse como escasamente disuasiva a partir de los casos de extinción injustificada *visibles* (y no se tiene en cuenta los casos *en la sombra* en los que sí ha sido efectiva y el empresario, finalmente, no ha optado por la ineficacia contractual). El desconocimiento de este número *en la sombra*, dificulta la posibilidad de conocer con exactitud la efectividad disuasiva real. O, dicho de otro modo, apelar a la ausencia de efectividad para justificar un incremento de la indemnización, en puridad, se fundamenta en unos cimientos de arena. Por otra parte, el carácter *resbaladizo* de la disuasión radica en su dimensión subjetiva o introspectiva de su efectividad (pues, probablemente, depende de lo que, en términos de la economía, se denomina coste de oportunidad y éste, a su vez, depende de las alternativas más o menos holgadas que se tengan al alcance). Con estas líneas no se pretende negar que los empresarios estén efectivamente despidiendo sin causa, ni tampoco que su número pueda ser elevado. Simplemente se pretende constatar que, en la medida de lo posible, convendría evitar que estas compensaciones traten de buscar la disuasión (porque su delimitación jurídica inevitablemente será *líquida* –y, como se apuntará, además, podría ser una fuente de ruido–). En cambio, es más ajustado condicionar la indemnización complementaria que estaría admitiendo la entrada en vigor de la CSEr a la acreditación y prueba de los daños padecidos.

En todo caso, a la hora de determinar la *adecuación* de esta compensación complementaria debería tenerse en cuenta un elemento que podría ser determinante. Según el art. 24 CSEr, la *indemnización* (o *compensación* en los términos del CEDS) y la *otra reparación* se formulan como equivalentes. Esto suscita la pregunta de qué debe entenderse por este último concepto; y, especialmente, si ambos podrían combinarse de algún modo para alcanzar la citada *adecuación* (una parte en forma de *indemnización* y otra parte en forma de *otra reparación*).

2021 (rec. 1807/2020); Asturias 13 y 27 de julio 2021 (rec. 1389/2021; y rec. 1574/2021); 19 de octubre 2021 (rec. 1905/2021); 21 de diciembre 2021 (rec. 2295/2021); 29 de noviembre 2022 (rec. 1841/2022); País Vasco (2) 12 de enero 2021 (rec. 1507/2020; y rec. 1563/2020); 23 de marzo 2021 (rec. 360/2021); 5 de mayo 2022 (rec. 289/2022); 1 de junio 2021 (rec. 901/2021); y 12 de junio 2022 (rec. 1498/2022); Galicia 23 de marzo 2021 (rec. 360/2021); 8 de junio 2022 (rec. 2833/2022); 8 de septiembre 2022 (rec. 3073/2022); y Madrid 1 y 18 de marzo 2021 (rec. 596/2020; y rec. 136/2021); y 22 de septiembre 2022 (rec. 483/2022).

¹⁴ Véase, extensamente al respecto, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Valor social del trabajo y el despido injustificado ‘agravado’”, REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO, núm. 10, vol. I, 2022 (39 – 68).

Es en este ámbito en el que, quizás, el Convenio núm. 158 podría jugar un papel importante (en aras a armonizar ambas normativas aplicables)¹⁵. Partiendo de la base de que, como se ha transcrito, el art. 10 también distingue entre *indemnización* y *otra reparación*, debe ponerse el foco en el contenido del art. 12.¹⁶ Según esta norma, es indiferente cómo se financia la situación derivada de la pérdida del empleo: puede asumir todo el coste el empresario (o por un fondo financiado por los empresarios); puede pagarse mediante *prestaciones* de la Seguridad Social (es decir, por entes públicos –sin que tampoco se predetermine cómo deben financiarse–); o bien, un modelo mixto (una parte el empleador y la otra las prestaciones públicas).

Esta riqueza en el planteamiento es muy interesante, pues, en el fondo, nada predetermina quién debe asumir el coste de la extinción del contrato. Será la resultante de una convención político-social. Muestra de ello, es que (como recordarán), para el caso del despido objetivo de determinadas empresas, durante un tiempo, el FOGASA asumía una parte importante de la indemnización. Y también responde a esta lógica el reparto del porcentaje en la cotización de la prestación por desempleo (y con independencia del origen imputable o inimputable de la causa extintiva).

Es obvio que, en función de cómo se haga el reparto de estos costes, pueden derivarse unos comportamientos u otros (y también la solvencia del responsable y la pronta y efectiva compensación del afectado puede variar en un caso u otro). La escala que propone el Convenio núm. 158 está formulada con tal flexibilidad que el ordenamiento nacional puede *posarse* en cualquier punto de la misma. Reitero, no queda predeterminado en modo alguno¹⁷.

¹⁵ De hecho, ya lo es en relación al art. 24 CSEr. Como expone el apartado 86 del *Rapport explicatif – STE 163 – Charte sociale européenne (révisée): «La disposition s'inspire de la Convention n° 158 de l'OIT (cessation de la relation de travail) de 1982»*.

¹⁶ El art. 12 reza como sigue: «1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o (b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o (c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones. 2. Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado b) de dicho párrafo. 3. En caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio».

¹⁷ El planteamiento de G. Calabresi (*El coste de los accidentes*, Ariel, 1984) es muy ilustrativa de todas las opciones que una arquitectura normativa de estas características habilita en términos de reparto de los costes, financiación y efectos en el comportamiento de los afectados en términos de racionalidad del agente y de la justicia social.

Ni el Convenio núm. 158 ni la CSEr establecen quién debe abonar (financiar) el coste de la pérdida del empleo. El CEDS exige que la tasación no impida que se aproxime al daño sufrido (pero su traducción económica puede compensarse y financiarse de muchas formas). Así pues, a la hora de valorar la *adecuación* de la indemnización, o bien, el carácter más o menos apropiado de la *otra reparación* que menciona el art. 10, parece que sí deben tenerse en cuenta las prestaciones o subsidios por desempleo a las que hace referencia el art. 12. O, dicho de otro modo, son elementos a considerar a la hora de hacer el balance de la situación en la que queda una persona que ha perdido su empleo. De hecho, la citada STSJ Cataluña 30 de enero 2023 (rec. 6219/2022), al tener en cuenta la prestación y el subsidio por desempleo (en concreto, la falta de ellos) para determinar el lucro cesante que justifica el reconocimiento de una compensación complementaria a la legal tasada, estaría validando (indirectamente) la aproximación que aquí se sostiene.

Es cierto que el art. 12, al referirse a la *indemnización* no la califica como adecuada o no (nada dice) y podría pensarse que este artículo va dirigido a otro tipo de motivo extintivo (distinto del que hace referencia el art. 10). Ciertamente, no lo creo. Nada en la redacción del primero permite concluir esta acotación.

También podría objetarse que una cosa es la CSEr y otra distinta el Convenio núm. 158 y que, por consiguiente, el contenido del art. 12 no puede emplearse para completar la interpretación que ha hecho el CEDS del art. 24 CSEr. No obstante, la armonización de ambas disposiciones no es facultativa¹⁸.

A la luz de todo lo expuesto y en la medida que no existe un marco normativo explícito (o, al menos, no lo suficientemente claro) que decante la decisión

¹⁸ Recogiendo este planteamiento, SJS/10 de Barcelona 14 de marzo 2023 (núm. 655/2022). Disponible en: <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-improcedencia/#adecuada>. Resolución que también aporta algunas notas relevantes a los efectos de concretar el concepto de compensación “adecuada” (muy oportunas en este momento del debate): «Ello implica, en la valoración de dicha reparación complementaria por daños y perjuicios singulares y en términos relacionados en doctrina judicial citada, ponderar aspectos como el carácter exiguo de la indemnización a reconocer a la persona trabajadora como tasada por alguna de las vías expresamente prevista en la normativa interna, la naturaleza de la conducta empresarial en cuanto a su gravedad o incidencia en la vulneración de derechos, ordinarios laborales o fundamentales de la persona trabajadora y, especialmente al tratarse de un rescaramiento o compensación por daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo, exigir su alegación en demanda (en ningún caso sería aplicable de oficio), su fundamento a los efectos de poder ser reconocida dicha compensación singular así como su cómputo y, lógicamente, su prueba en el acto de juicio. En dicha exigencia de alegación y prueba del daño y perjuicio sufrido a indemnizar como complemento de las distintas indemnizaciones fijadas legalmente cabría valorar aspectos como los que algunas de las sentencias citadas destacan: la acreditación por la persona trabajadora de la pérdida de un empleo al haber aceptado una oferta de trabajo extinguida de forma antijurídica por el empleador con indemnización exigua; el acceso o no tras dicho despido de la persona trabajadora al mercado de trabajo postdespido; el posible abono de gastos por traslado que, como daño emergente, la persona trabajadora haya podido asumir, personalmente e incluso con miembros de su familia, al aceptar una oferta de trabajo extinguida sin indemnización legal “adecuada”; posibles daños psicológicos

por uno u otro, es probable que, hasta que no se unifique la doctrina, en los próximos meses, se observe una cierta variabilidad en los juicios emitidos por los órganos jurisdiccionales inferiores; y se oscile entre conceder o no un importe complementario y, para el caso de que se haga, con cuantías dispares.

En definitiva, con estos mimbres, se dan las condiciones *óptimas* para la proliferación del indeseado ruido. Es, pues, el momento de hablar de él.

3. CONCEPTO DE RUIDO Y TIPOLOGÍAS

Si nos piden evaluar dos veces la misma información (por ejemplo, cuando un profesor corrige un trabajo o un juez al determinar una pena de prisión), podríamos acabar dando respuestas diferentes. La existencia de estas dispersiones aleatorias no esperadas, en el fondo, evidencia que las personas «son incorregiblemente inconsistentes cuando hacen juicios sumarios sobre información compleja»¹⁹.

Lo que caracteriza a esta variabilidad es la existencia de estímulos inadvertidos (algunos prácticamente imperceptibles y/o quisquillosamente sutiles) que ejercen una influencia determinante en nuestros pensamientos y acciones. Con la particularidad de que estos influjos siempre fluctúan entre un momento y otro (y pueden precipitar un viraje)²⁰.

Esto significa que, al someter una controversia como la descrita en el apartado anterior a la Administración de Justicia, sin pretenderlo, los ciudadanos están participando en una doble *lotería*, porque (y espero no estar ofendiendo ninguna sensibilidad) la solución puede quedar anclada a una cuestión total (y doblemente) azarosa²¹: el reparto del caso entre los diversos órganos jurisdiccionales (primera lotería); y el momento en el que éstos conocen la causa (segunda lotería). Si se hubiera asignado el asunto a otro juzgador y/o el designado hubiera resuelto el asunto en otro momento, es altamente probable que no coincidiría. Esto puede ser una fuente de elevada (e indeseada) incertidumbre. Como tal, en los términos que se van a emplear en este trabajo (y como se ha avanzado), esta disparidad será calificada como ruido.

derivados de dicha extinción antijurídica por el empresario de la relación laboral; de admitirse como “otra reparación apropiada”, el derecho o no al acceso de la prestación o subsidio de desempleo... O cualquier otro elemento justificativo de padecer un daño y/o perjuicio, vinculado al despido antijurídico o en fraude de ley-abuso de derecho por el empresario y que acredite el reconocimiento del daño, la necesidad de su reparación derivado de la medida empresarial extintiva así como el cómputo de la cuantía de dicha reparación “apropiada”».

¹⁹ Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House, Barcelona, 2012, p. 294.

²⁰ Kahneman, *Pensar rápido...*, *op. cit.*, p. 294 y 295.

²¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, 96 y 97.

El error en el juicio humano tiene, fundamentalmente, dos componentes. Uno es el ruido. El otro es el sesgo²². Mientras que, el primero es impredecible, el segundo (al que se hará referencia posteriormente) presenta una sistematicidad en la desviación que no concurre en el primero²³. El ruido es un fenómeno que debe ser combatido porque (como el sesgo) puede ser perjudicial²⁴. Y debe advertirse que puede serlo, aunque los juicios no sean verificables y el error no pueda medirse²⁵.

Para comprender su extraordinaria influencia en la toma de decisiones, con carácter propedéutico, debe delimitarse el objeto de estudio y, en particular, qué debe entenderse por *medición*. En términos generales, este concepto se refiere «al acto de utilizar un instrumento para asignar un valor de una escala a un objeto» (por ejemplo, cuando se mide una longitud con una cinta métrica). Esta acción lleva implícita la idea de exactitud (o, al menos, el intento de alcanzarla con los medios al alcance). El acto de hacer un juicio (por un médico, un profesor o un juez) participa también de estas notas características, porque se asigna un valor a una escala²⁶.

La búsqueda de *exactitud* que todo juicio persigue (entendida en términos de «acercarse a la verdad y minimizar el error»), lleva implícita la idea de una «expectativa de desacuerdo limitado»²⁷. El grado de dificultad del problema que se está evaluando (la apuntada medición) es lo que determinará el grado de desacuerdo aceptable (que, inevitablemente, dependerá de una percepción subjetiva). Esto lo distingue, por ejemplo, de las *cuestiones de hecho* (como la fórmula de un componente químico o la suma de 1+1). En estos casos, la disparidad en los juicios

²² Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 57 y 56.

²³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 14. En otros ámbitos, como, por ejemplo, la estadística (o más precisamente, *teoría de la detección de señales* o *teoría estadística de la decisión*), el término «ruido» tiende a contraponerse al de «señal». Refiriéndose este último a los datos que operan como un indicador genuino del mundo y al primero como un dato que carece de fiabilidad o coherencia. Ver al respecto, Pinker, S., *Racionalidad*, Paidós, 2022, p. 239 y ss.; o Silver, N., *La señal y el ruido*, Atalaya, 2014.

²⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 401. Anticipándome a posibles objeciones y como apuntan los citados autores (*op. cit.*, p. 41) es un error pensar que toda variabilidad en los juicios no deseada *no importa*, porque, tratándose de errores aleatorios (el método de reparto casi responde a esta lógica), estos acaban cancelándose entre sí. Lo anterior podría admitirse como válido si todos estos juicios fueran sobre un mismo caso o problema (por ejemplo, si tuviéramos que medir a ojo la longitud de un lápiz y lo hacemos en diversas ocasiones obteniendo la media). Sin embargo, esta no es una particularidad que esté presente en los conflictos jurídicos que son objeto de este estudio, pues, se trata de casos diferentes que, en función del juez que conoce la causa, pueden ser resueltos mediante juicios variables. Y, en estos supuestos, «los errores no se cancelan: se suman». Para facilitar la comprensión de esta idea, repárese en la siguiente situación: «si dos malhechores que deberían ser condenados a cinco años de prisión reciben sentencias de tres y siete años, nadie podrá decir que se ha hecho justicia».

²⁵ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 401.

²⁶ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 55.

²⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 59.

no es tolerable (nadie aceptaría que el resultado de la citada suma fuera 5). También se distingue, en el otro extremo, de las *cuestiones de gusto* (como las disparidades de opinión sobre estilos musicales). La variabilidad en este tipo de valoraciones puede ser, incluso, bienvenida.

Conforme a este marco conceptual, un *juicio* puede describirse como una «medición en la que el instrumento es una mente humana». Apela, por consiguiente, a un concepto limitado, distinto, por ejemplo, del de *pensar*. Esto significa que, «si un juicio da un valor real, dos juicios diferentes no pueden ser ambos correctos». Por otra parte, es obvio que, pese a que el objetivo es la exactitud, alcanzar la perfección en la medición no es posible. Esto permite compartir una importante conclusión: en los juicios «siempre habrá errores, de los cuales unos se deberán al sesgo y otros al ruido».

Un elemento que puede ayudar a comprender el concepto de ruido es que pueden reconocerse decisiones *ruidosas* a pesar de que no sepamos cuál es la *respuesta* a un conflicto o, incluso, aunque sea imposible saberlo. Volviendo al ejemplo del principio, en la profesión médica no es infrecuente que se formulen diferentes diagnósticos para un mismo paciente; y puede observarse y analizarse este desacuerdo sin saber exactamente qué es lo que le sucede al enfermo. Lo mismo sería extrapolable a otras profesiones (como, por ejemplo, en la evaluación de un trabajo universitario o en las resoluciones de los Tribunales).

Dada la incertidumbre que caracteriza la sociedad contemporánea, la emisión de un juicio (en cualquier ámbito) es una tarea compleja. O, formulado de otro modo: el desacuerdo es inevitable cuando se emite una valoración de esta naturaleza²⁸. En definitiva, «dondequiera que haya juicio, hay ruido». Por consiguiente, está más generalizado de lo que podría intuirse. Lo que sucede es que la aleatoriedad intrínseca del ruido hace que el error sea impredecible, no pueda verse ni explicarse con facilidad. Normalmente, se observará (cuando sea posible) retrospectivamente y a partir de un análisis de la variabilidad estadística de juicios similares. Pero si no se hace, permanecerá oculto. De ahí que pueda ser calificado como un *enemigo invisible*. Lo que delimita un efecto, en cierto modo, paradójico, pues, «impedir el asalto de un enemigo invisible solo puede proporcionar una victoria invisible» (del mismo modo que lavarse las manos evita que entren en nuestro cuerpo agentes patógenos desconocidos). En cualquier caso, esta ignorancia no impide que sea (absolutamente) necesario prevenirse²⁹.

Los juicios que emiten los órganos jurisdiccionales en los casos objeto de estudio (en tanto que evaluativos) participan activamente de las características

²⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 32, 33 y 45.

²⁹ De ahí que se refieran (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 270) a la idea de la *higiene de las decisiones*. Esto es, la necesidad de «prevenir una gama no especificada de posibles errores antes de que estos se produzcan».

recién descritas y, además, aunque dependan de los valores y preferencias de quienes los hacen, es obvio que no son meras cuestiones de gusto u opinión³⁰. En cualquier caso, es claro que «no hay forma objetiva de determinar cuál es el ‘valor real’ de una sentencia para un caso particular»³¹. Y también lo es que cuanto más información se tenga sobre un determinado asunto, más ocasiones hay de que los jueces difieran entre sí (especialmente porque mayores serán las pistas en conflicto que habrá que ponderar).

Cuando se habla de ruido pueden identificarse diversos tipos. El *ruido de sistema* se refiere a la variabilidad no deseada en juicios que idealmente deberían ser idénticos³². Y es claro que, a diferencia de la diversidad deseada cuando se trata de exponer los gustos (por ejemplo, cuando se nos pregunta sobre un paisaje o una ciudad), no parece que las diferencias por encima del grado de desacuerdo aceptable sean bien recibidas en los juicios profesionales³³. Y, en el ámbito judicial, es obvio que esta inconsistencia «puede generar una injusticia rampante, elevados costes económicos y muchas clases de errores»³⁴.

En efecto, como apuntan Kahneman, Sibony y Sunstein (en una extensa cita, pero especialmente ilustrativa), «en cualquier sistema en el que se supone que los juzgadores son intercambiables y se asignan de forma casi alegatoria, los grandes desacuerdos sobre el mismo caso quebrantan las expectativas de justicia y coherencia. Si hay grandes diferencias en las condenas impuestas a un mismo tipo de acusado, estamos en el ámbito de las ‘crueldades arbitrarias’ que denunció el Juez Frankel³⁵. Incluso los jueces que creen en el valor de la individualización de las sentencias (...) estarán de acuerdo en que un nivel de desacuerdo que convierta un juicio en una lotería es problemático». Reflexión que complementan con esta otra (especialmente, contundente y que ya se ha recogido al inicio de este ensayo): «las personas que se ven afectadas por juicios evaluativos esperan que los valores que reflejan esos juicios sean los del sistema, no los de los juzgadores individuales»³⁶.

La idea de ruido no es incompatible con aquellas situaciones en las que debe emitirse una valoración *única*, esto es, a juicios singulares que no se van a repetir *exactamente* nunca más (porque, las circunstancias concurrentes no son reproducibles). Aunque es obvio que no hay forma de observar el ruido cuando no se

³⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 67.

³¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 86 y 89.

³² Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 33.

³³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 39.

³⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 33.

³⁵ El Juez M. Frankel promovió en los EE.UU un movimiento para tratar de contener la variabilidad injustificada en las resoluciones judiciales (el ruido), culminando con la promulgación en 1984 de la Ley de Reforma de las Sentencias.

³⁶ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 68.

van a producir más valoraciones sobre el mismo problema, las fuentes del ruido (esto es, los factores que lo producen en las decisiones recurrentes) están constantemente presentes; especialmente, porque si se adopta una visión contrafáctica, es fácil concluir que esa misma persona que ha tomado una decisión única (o singular), hubiera podido alcanzar otra distinta³⁷.

Los componentes del *ruido de sistema* son, en esencia, dos: el *ruido de nivel* y el *ruido de patrón*. El primero es ampliamente conocido por los abogados y graduados sociales y acostumbra a identificarse con la *reputación* que tiene cada juez (del mismo modo que los profesores a la hora de evaluar también ostentan la suya entre los estudiantes). Esta característica (que vendría a describir una especie de rasgo de personalidad, alimentando con numerosas y difícilmente escrutables causas, pero que no tiene nada que ver con la justicia), incide en los juicios y describe una cierta desviación respecto de lo que sería la media de los de otros jueces. Y, por este motivo (y de acuerdo con los parámetros de este estudio), debe ser calificada como un *error* (en este caso, *de nivel*)³⁸.

En paralelo, si se analizara los juicios de cada juez y se obtuviera la media de sus evaluaciones, se observaría que, en algunos casos son más duros que su media personal, y en otros más indulgentes. Estas desviaciones (respecto de uno mismo), y que pueden ser más o menos conscientes, son calificadas como *ruido de patrón*. Y reciben esta denominación por Kahneman, Sibony y Sunstein porque «refleja un patrón complejo en las actitudes de los jueces hacia casos particulares. Un juez puede ser más duro que la media en general, pero algo más indulgente con los delincuentes de cuello blanco. Otro puede estar inclinado a castigar con ligereza, pero con mayor severidad cuando el delincuente reincide»³⁹. En definitiva, se trata de una variable estable, esto es, «subproducto de nuestra singularidad, de nuestra personalidad juzgadora»⁴⁰. Anteriormente, se ha hecho referencia a dos loterías a las que se enfrenta un ciudadano al que se le asigna un juez que le juzgará. Pues bien, como exponen los citados autores, la primera «selecciona un conjunto caleidoscópico de valores, preferencias, creencias, recuerdos, experiencias y asociaciones que son únicas de ese

³⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 49 y 50. Para complementar esta idea, estos autores afirman (51), «si las decisiones singulares son exactamente tan ruidosas como las recurrentes, las estrategias que reducen el ruido en las decisiones recurrentes deberían mejorar también la calidad de las decisiones singulares». Y añaden: «desde la perspectiva de la reducción del ruido, ‘una decisión singular es una decisión recurrente que ocurre solo una vez’».

³⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 89 y 90. Es importante puntualizar que las valoraciones que se recogen del estudio de estos autores (85 y ss.) se fundamentan en las conclusiones extraídas de un estudio realizado a partir de 16 casos hipotéticos y las entrevistas efectuadas a 208 jueces federales de EEUU a los que se les pidió que dictaran una sentencia (sería muy interesante que este estudio pudiera reproducirse en nuestro país a propósito del objeto de este estudio).

³⁹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 240.

profesional en particular. Cada vez que alguien emite un juicio, lo hace también con su particular bagaje. Lo hace con los hábitos mentales que se formó en el ejercicio de la profesión y la sabiduría obtenida de los que fueron sus mentores. Se lleva consigo los éxitos que le hicieron ganar confianza y los errores que cuidadosamente procura no repetir. Y, en algún lugar de su cerebro, están las reglas formales que recuerda, las que olvidó y las que aprendió que era mejor ignorar. Ninguna persona es exactamente igual a él en todos estos aspectos; sus errores de patrón estables son exclusivos de él»⁴¹.

Finalmente, hay un tercer tipo de error, referido a circunstancias difícilmente predecibles y que también se caracterizan porque no son subsumibles a una única dimensión o categoría. Aunque resulte difícil de creer, el día de la semana en el que se celebra un juicio, la secuencia de casos previos y los que uno es capaz de recordar, el estado de ánimo, el cansancio y/o el estrés del evaluador o las circunstancias personales y/o de sus familiares más próximos, el último resultado de su equipo deportivo favorito o la mayor o menor temperatura exterior, son factores que pueden provocar una desviación en las evaluaciones (afirmación que, como se ha avanzado, ha sido contrastada empíricamente a partir de miles de casos⁴²). Esta variabilidad debida a efectos transitorios (y que puede tener un origen interno y/o externo a uno mismo), es calificada como *ruido de ocasión*⁴³. Y, precisamente, esta variable

⁴¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 228 y 229.

⁴² Por ejemplo (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 28 y 29), «se ha comprobado que es más probable que los jueces concedan la libertad condicional al comienzo del día o después de una pausa para comer que inmediatamente antes de dicha pausa. Si los jueces están hambrientos, son más duros. Un estudio realizado sobre miles de decisiones tomadas por tribunales de menores encontró que, cuando el equipo de fútbol americano local pierde un partido el fin de semana, los jueces toman decisiones más duras el lunes (y, en menor medida, el resto de la semana). Los acusados negros se llevaron, con diferencia, la peor parte. Un estudio diferente examinó durante tres décadas un millón y medio de decisiones judiciales y encontró que, en los días que seguían a una derrota del equipo de fútbol americano de la ciudad, los jueces eran más severos que durante los días siguientes a una victoria. Un estudio de seis millones de decisiones tomadas por jueces en Francia durante doce años encontró que estos eran más indulgentes con los acusados en el día de su cumpleaños. (En el cumpleaños del acusado; sospechamos que los jueces podrían ser más indulgentes también en sus propios cumpleaños, aunque, por lo que sabemos, esa hipótesis no ha sido contrastada.) Incluso algo tan irrelevante como la temperatura exterior puede influir en los jueces. Una revisión de doscientas siete mil decisiones que tomaron los tribunales de inmigración en cuatro años encontró un efecto significativo de las variaciones diarias de temperatura: cuando fuera hacía calor, era menos probable obtener asilo. Si el solicitante sufre persecución política en su país de origen y busca asilo en otro, debe mantener la esperanza y tal vez rezar por que haga un día más fresco». O bien, (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 105), «En Estados Unidos, los jueces de asilo político, por ejemplo, tienen un 19 por ciento menos de probabilidades de conceder asilo a un solicitante cuando los dos casos anteriores fueron admitidos».

⁴³ Como apuntan Kahneman, Sibony y Sunstein (*Ruido*, op. cit., p. 104), «nadie es la misma persona en todo momento. Al variar el estado de ánimo (algo de lo que, por supuesto, somos conscientes), algunas características de la maquinaria cognitiva varían con él (algo de lo que 'no' somos plenamente conscientes). Si se nos muestra un problema de juicio complejo, nuestro estado de ánimo en ese momento puede influir en nuestro planteamiento del problema y en las conclusiones

inestable, hace referencia a la segunda de las loterías anteriormente descritas, porque «es la que escoge el momento en que una persona emite su juicio, el estado de ánimo en que se encuentra y otras circunstancias ajenas que no deberían afectar a su juicio, pero que lo hacen»⁴⁴.

La disección del ruido y de sus tipologías llevadas a cabo hasta el momento, debe ser complementada (siguiendo también con un propósito propedéutico) con una breve referencia a algunos tipos de sesgos que están presentes en los juicios, pues pueden ser los causantes de errores y, por consiguiente, de ruido. Extremo que ocupa el epígrafe que sigue.

4. SESGOS QUE PRODUCEN RUIDO

Partiendo de la base de que tenemos un tiempo y una capacidad cerebral limitados, los seres humanos se sirven de sencillas reglas generales (denominadas *heurísticas*⁴⁵) para facilitar la toma de decisiones⁴⁶. Estos atajos cognitivos llevan a las personas a cometer *errores predecibles* (y, por ende, sistemáticos), que reciben el nombre de *sesgos*.

Por ejemplo, cuando se nos formula una pregunta difícil, en ocasiones, tendemos a responderla acudiendo a una pregunta más fácil (que sí podemos responder). Para ilustrar esta forma de actuar (muy humana) reparen en las siguientes cuestiones: a la pregunta «¿Creo en el cambio climático?», no es infrecuente que la sustituyamos por otra más sencilla: «¿Me fio de las personas que dicen que existe?». O, la pregunta «¿Estoy satisfecho con mi vida en general?», podemos resolverla dando respuesta a la siguiente: «¿Cuál es mi estado de ánimo en este momento?». Pues bien, lo que trasciende de esta forma de proceder es que «la sustitución de una pregunta por otra conducirá a una respuesta que no otorga a los diferentes aspectos de las pruebas su peso adecuado, y una ponderación incorrecta de las pruebas da lugar de forma inevitable a un error»⁴⁷.

a que lleguemos, incluso cuando creamos que nuestro estado de ánimo no tiene esa influencia y aunque podamos justificar con Seguridad la respuesta que hemos dados. En suma, todos somos ruidosos». Por otra parte, lo que se conoce como *psicología de la escasez* (Mullainathan, S. y Shafir, E., *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, 2016) también ha hecho importantes descubrimientos en relación con la afectación de la escasez de cualquier clase, y no sólo de tiempo, en la toma de decisiones y la reducción de la capacidad cognitiva. Lo que, obviamente, podría afectar a los jueces (por ejemplo, si la carga de trabajo es excesiva).

⁴⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., 229.

⁴⁵ En concreto, este término (Kahneman, *Pensar rápido...*, op. cit., p. 33) se refiere a un «procedimiento sencillo que nos ayuda a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles. La palabra tiene la misma raíz que *eureka*».

⁴⁶ Thaler, R. H., *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*. Deusto, Barcelona, 2016, p. 52 y 53.

⁴⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 187 y 188.

Junto al recién expuesto *sesgo de sustitución*, pueden concurrir otros con una incidencia notable en nuestros juicios (y, obviamente, en el de los jueces). Por ejemplo, no es infrecuente que se inicie «el proceso de juzgar con la inclinación a una conclusión en particular»⁴⁸. En estos casos, se tiende a reunir e interpretar «las pruebas de forma selectiva para preferir un juicio que ya creemos verdadero o que deseamos que lo sea». Este *sesgo de conclusión* (que puede tener diversas manifestaciones, como el conocido *efecto de anclaje*⁴⁹), también puede combinarse con nuestra tendencia a sacar conclusiones precipitadas a partir de muy poca información. Este sesgo de *coherencia excesiva* es particularmente relevante porque «nos formamos impresiones coherentes con rapidez y somos lentos en cambiarlas»⁵⁰.

En efecto, cuando la información es escasa, no tenemos problemas en complementarla rápidamente con datos que no tenemos e intuitivamente *saltamos* directamente a la conclusión que nos parece más verosímil. Y lo hacemos sin prestar excesiva atención sobre su exactitud⁵¹. Como apunta K. Schulz «creer cosas basadas en pruebas deficientes es el mecanismo que hace funcionar la milagrosa maquinaria de la cognición humana»⁵². En realidad, la coherencia de nuestra *historia resultante* es tan firme que mostramos una confianza ciega en su certeza. E, incluso, una vez alcanzada una primera impresión, nos costará renunciar a ella si nos facilitan más datos que la contradigan⁵³. De lo que se extrae otro efecto importante, pues, el orden en el que nos suministren la información puede condicionar nuestra opinión⁵⁴. Con la particularidad de que, en muchas ocasiones, esta puede llegar con un orden esencialmente aleatorio (provocando una variación también aleatoria de las impresiones iniciales).

Fíjense, por consiguiente, que el *sesgo de sustitución* (que lleva a una ponderación errónea de las pruebas), el *sesgo de conclusión* (que lleva a obviar las pruebas o a considerarlas de forma distorsionada) y la *coherencia excesiva* (que magnifica el efecto de las impresiones iniciales y reduce el efecto de la información

⁴⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 189.

⁴⁹ Y que se refiere al efecto que tiene un número arbitrario en las personas que tienen que hacer un juicio cuantitativo.

⁵⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 192.

⁵¹ Kahneman, *Pensar rápido...*, op. cit., 117 y 118.

⁵² Schulz, K., *En defensa del error*, Siruela, 2015, p. 113.

⁵³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 194.

⁵⁴ Por ejemplo (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 191), si tenemos que valorar a un candidato a un puesto ejecutivo de una empresa y es descrito como «*Inteligente, Perseverante, Astuto, Sin principios*», se obtiene una impresión distinta a si se le describe como «*Sin principios, Astuto, Perseverante, Inteligente*» (debido al cambio en el orden, en esta segunda descripción el candidato parece menos atrayente).

que la contradice), pueden (entre otros sesgos) producir ruido⁵⁵. Y es difícil pensar que los órganos jurisdiccionales (en tanto que integrados por seres humanos) sean absolutamente inmunes a sus efectos.

Frente a estos sesgos, tal y como exponen Kahneman, Sibony y Sunstein⁵⁶, caben algunas medidas para combatirlos. Sin pretender exponerlas todas en este momento, es claro que la inteligencia y el estilo cognitivo (entre otros, el planteamiento de las tareas de juicio reflexivas y el pensamiento crítico y abierto) son factores que reducen la propensión de las personas a los sesgos. Y, aunque los jueces participen de idéntica cualificación y experiencia, estas virtudes pueden marcar claramente la diferencia en sus juicios entre ellos. La existencia de directrices interpretativas también es un «poderoso mecanismo de reducción del ruido», especialmente «porque reducen directamente la variabilidad entre jueces en las sentencias finales» (aunque redundan negativamente en su discrecionalidad y, quizás, en la personalización de la respuesta al caso concreto). Finalmente, la adopción de decisiones por órganos colegiados también pueden mitigarlo (la variedad de capacidades se convierte en un activo, porque pueden cubrirse distintos aspectos del juicio), especialmente si se adoptan juicios independientes (esto es, emitidos sin conocer previamente la opinión de los demás miembros). De otro modo, las dinámicas de grupo pueden añadir ruido, pues (por ejemplo y entre otros efectos), se corre el riesgo a que la primera de las opiniones opere a modo de ancla y condicione el resto del juicio.

5. ESCALAS RUIDOSAS E INDEMNIZACIONES COMPLEMENTARIAS A LAS LEGALES TASADAS

Los dos epígrafes anteriores pretendían delimitar el objeto de estudio (el ruido-diferenciándolo del sesgo), su tipología (de sistema, de nivel, de patrón y de ocasión), así como alguno de los factores que pueden precipitarlos (*sesgos de sustitución, de conclusión y coherencia excesiva* que pueden provocar errores). Sin embargo, también puede suceder que las personas difieran en sus juicios evaluativos, no porque no estén de acuerdo en el fondo, sino porque utilizan la *escala de evaluación* de forma distinta⁵⁷. Recuérdese que el juicio «implica la traslación de una impresión a una escala». Por consiguiente, «si distintos jueces utilizan escalas diferentes, habrá ruido»⁵⁸.

⁵⁵ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 193.

⁵⁶ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 254 a 260 y, específicamente, p. 249 y 228.

⁵⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 210 y 211.

⁵⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 249.

Y esto enlaza directamente con los mecanismos indemnizatorios de naturaleza disuasoria (esto es, lo que se conoce como las indemnizaciones punitivas –complementarias a las compensaciones por daños y perjuicios–). Es decir, puede estarse de acuerdo sobre la severidad con la que se quiere *castigar* a un demandado, pero puede diferirse mucho en la forma de trasladar esta intención *punitiva* coincidente a una escala de euros⁵⁹. Y, es obvio que esto puede ocasionar ruido de sistema, especialmente, por el carácter imprevisible de su cuantía entre los órganos jurisdiccionales.

Con carácter previo a la cuestión sobre la disparidad en estas cuantías económicas, repárese que, si se aspira a la disuasión, el tipo de pregunta que debe resolverse es sumamente compleja («¿*Qué cantidad económica tendrá una carga disuasiva lo suficientemente intensa como para inhibir futuros comportamientos similares del enjuiciado o de potenciales terceros?*»). De hecho, la ambigüedad (e, incluso, contradicción) puede incrementarse si, en la determinación de esta cuantía, se aspira a medir el impacto de esta cantidad económica en las decisiones de futuras contrataciones de otros empresarios (y que traten de anticipar los posibles costes asociados a las mismas). En cualquier caso, adviértase que la tarea no sólo consiste en un juicio evaluativo (dirigido a determinar la cuantía económica a partir de una escala), sino también predictivo (pues, aspira a anticipar *efectivamente* posibles reacciones a futuro). Es obvio que se trata de una pregunta que contiene una gran cantidad de lo que se conoce como *ignorancia objetiva* (hay muchos aspectos sobre los que objetivamente no es posible obtener datos importantes)⁶⁰. En estos casos, es muy probable que, ante la dificultad para alcanzar una medición, el sesgo de sustitución intervenga y se sustituya una pregunta difícil por una fácil: «¿*Hasta qué punto estoy indignado con el comportamiento del causante del daño?*».

Es importante tener en cuenta⁶¹ que «la indignación es el principal motor de la intención punitiva, pero no es el único». En efecto, «aunque podemos saber si un comportamiento es indignante sin conocer sus consecuencias», es probable que no podamos establecer una pena sin tener una mínima información sobre las mismas (de algún modo, la intención punitiva es la resultante de indignación + daños sufridos)⁶².

⁵⁹ En este epígrafe, de nuevo, se sigue la exposición de Kahneman, Sibony y Sunstein (*Ruido*, op. cit., p. 209 a 221) articulada a partir de un estudio sobre indemnizaciones punitivas llevado a cabo con 899 participantes a partir de 10 casos similares (expuestos con pequeñas variaciones a grupos más reducidos), todos ellos con demandantes que habían sufrido algún daño y que habían demandado a una empresa supuestamente responsable.

⁶⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 161.

⁶¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 213 y 214.

⁶² Kahneman, Sibony y Sunstein (*Ruido*, op. cit., p. 213): «Las intuiciones sobre la intención punitiva tiene un aspecto de castigo toscamente expresado en el principio del ojo por ojo. El afán de castigo explica que la ley y los jurados traten de forma diferente la tentativa de asesinato y el

Curiosamente, estas variables apenas inciden en la traslación de la intención punitiva a una escala de euros. En efecto, a la hora de establecer *por primera vez* una escala basada en el dinero, *sin ninguna referencia numérica al alcance*, las personas no tienen más remedio que acudir a una elección arbitraria⁶³. Repárese que, a diferencia de las indemnizaciones por daños y perjuicios vinculadas a vulneraciones de derechos fundamentales (cuya escala está asociada a los importes de la LISOS), no se tiene punto de referencia para las compensaciones que aspiran a disuadir. De modo que la existencia de múltiples señales (algunas, incluso, en contradicción) que exigen su ponderación crean una ambigüedad tan elevada que dificulta mucho el enjuiciamiento.

No obstante, aunque es claro que existe un límite en la exactitud de esta evaluación individual, el juzgador es capaz de alcanzar una solución que le lleve a sentirse cómodo con su propio juicio. Y lo que le da esta confianza complaciente es una *señal interna*, esto es, «una recompensa autogenerada por encajar los hechos y el juicio en una historia coherente». Sin embargo, como es fácil advertir, «la confianza subjetiva en nuestros juicios no está necesariamente relacionada con su acierto objetivo»⁶⁴. A pesar de ello, esto no impide que las personas tengan confianza en sus propios juicios. Y esto acontecerá siempre que concurren dos variables⁶⁵. Primera: la historia en la que uno cree debe ser enteramente coherente; y, segunda: no tiene que haber alternativas interesantes al alcance. Debiéndose añadir que «la completa coherencia se consigue cuando todos los detalles de la interpretación elegida encajan en la historia y se refuerzan mutuamente. Por supuesto, también se puede lograr la coherencia, aunque de forma menos elegante, ignorando o justificando lo que no encaja. Lo mismo ocurre con las interpretaciones alternativas».

Esta forma de proceder tiene una derivada de enorme trascendencia, pues, a partir de este instante, las personas que deben evaluar (en este caso, los jueces) emiten juicios de forma coherente utilizando su primera respuesta como anclaje y articulan una escala a partir de la misma (es lo que se conoce como *arbitrariedad coherente*). De hecho, se da la particularidad que en esta tarea inicial (esto es, en el juicio evaluativo *inicial*, llevado a cabo sin punto de referencia alguno) el evaluador puede ser sensible, incluso, a un número que un tercero le ofrezca al azar. No obstante, como se ha apuntado, una vez fijada la primera cuantía (el ancla), las personas mantienen una *coherencia arbitraria* en el tiempo (modulando el importe en función de la intención punitiva del evaluador dadas las particularidades de los casos que se le planteen).

asesinato; un aspirante a asesino que tanga la suerte de no lograr su objetivo será castigado con menos severidad».

⁶³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 218.

⁶⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 403.

⁶⁵ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 225.

6. UNA (PROPUESTA DE) APLICACIÓN PRÁCTICA PARA COMBATIR EL RUIDO EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

La traslación de este planteamiento a (los escasos) casos que se ha abordado la cuestión sobre la indemnización complementaria a la legal tasada en caso de despido injustificado, arroja algunas valoraciones interesantes. Este epígrafe pretende trasladar este marco conceptual a la realidad de las resoluciones judiciales (con todas las cautelas y, siempre a expensas de mejor doctrina y/o nuevos avances en la ciencia).

Vaya por delante también que es obvio que los testimonios judiciales existentes al cierre de este trabajo no son significativos (al menos estadísticamente) y, por consiguiente, todavía no pueden ser representativos de patrones de conducta. En cualquier caso, son interesantes porque, de algún modo (en hipótesis), podrían responder a la secuencia argumentativa (teórica) recién descrita.

Por ejemplo, en las SSJS/26 de Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 384/2020; y proc. 390/2020), recuérdese, relativas al despido injustificado de dos personas de la misma empresa al poco tiempo de ser contratadas, se establecen con una finalidad disuasoria compensaciones económicas complementarias a la legal tasada por un importe equivalente a 9 meses de salario (y que se traducen en 60.000 y 49.000 €, respectivamente). Y, en la SJS/26 Barcelona 28 de julio 2020 (rec. 848/2019), en un despido disciplinario en el que se admite la improcedencia, se reconoce una indemnización complementaria de 3.162 € (también 9 meses de salario). Salvo error u omisión, en la fundamentación de estas resoluciones no se indica por qué se escoge este punto de referencia, lo que sugiere que los sesgos anteriormente descritos (de sustitución, conclusión y/o coherencia excesiva) han podido tener alguna incidencia en esta evaluación (aunque parece inducirse con claridad que se ha sustituido una pregunta difícil por una más fácil). De hecho, a pesar de que los casos participen de elementos comunes (trabajadores que se trasladaron desde el extranjero para ser contratados y prestar servicios en Barcelona; y trabajadora fija-discontinua cuyo despido disciplinario es reconocido como improcedente por la empresa), tampoco se explica por qué debe alcanzarse idéntico punto de referencia (9 meses) en los tres casos. Esta circunstancia evidenciaría la inexistencia de *coherencia arbitraria*, pues, no hay una adaptación del importe en € en función de la intención punitiva. En efecto, repárese que los importes resultantes no son el reflejo de una escala en función de las circunstancias del caso (siempre se abona el mismo número de mensualidades). Algo similar ocurre con la SJS/1 Reus 16 de julio 2021 (proc. 650/2020), pues, al recurrir a los salarios de tramitación *ex art.* 56.2 ET es claro que se está, como mínimo, sustituyendo una pregunta difícil por otra más fácil. Aunque no se tiene constancia de más resoluciones siguiendo este criterio, la *automaticidad* que se desprende del mismo también podría calificarse como inexistencia de *coherencia arbitraria*. Por el mismo motivo que en los anteriores casos, aunque los importes resultantes pueden variar de un caso a otro,

no son el reflejo de una escalabilidad de la intención punitiva (aunque podría acabar siéndolo, pero debido al azar, si los más *graves* acumulan más días).

A su vez, la remisión de la STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020) al art. 281.2 b) LRJS, si bien, no habla de disuasión, repárese que, claramente, acude al sesgo de sustitución, pues, al fijar una escala con un mínimo y un máximo y posibilitar la compensación sin necesidad de acreditación y prueba de los daños padecidos, está sustituyendo una pregunta difícil por otra más fácil (traducida en los dos requisitos mínimos). El hecho de que el precepto se refiera a un supuesto de hecho alejado del que es objeto de enjuiciamiento es la corroboración más evidente de este proceso de sustitución⁶⁶.

A diferencia del criterio mantenido por el JS/26 de Barcelona y el JS/1 de Reus, el planteamiento descrito por el TSJ de Cataluña resulta algo menos complejo, pues, al no referirse a la disuasión, no es necesario añadir un juicio predictivo al juicio evaluativo. En efecto, aunque no cierre la puerta a que la *indemnización adecuada* supere la escala del art. 281.2.b LRJS, el hecho de que se condicione a la prueba y acreditación de los daños, en comparación, reduce las opciones de ruido (pues, el juicio es *menos* complejo). En definitiva, como se ha apuntado, al establecer una directriz interpretativa, reduce directamente la variabilidad entre jueces en las sentencias finales. A su vez, el propio art. 281.2.b LRJS incluye una escala, de modo que la intención punitiva puede adecuarse a la misma.

En cualquier caso, el propio TSJ de Cataluña, aunque sin emplear estos términos, es plenamente consciente del *ruido de sistema* que un modelo compensatorio que persiguiera la disuasión atesora. Cuando afirma que adopta este criterio para evitar «posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas», claramente está refiriéndose a la variabilidad indeseada que caracteriza al ruido. Y, desde este punto de vista es claro que, dada la indefinición normativa, es un criterio interpretativo más razonable, porque a la luz de todo lo expuesto en este trabajo es sustancialmente menos ruidoso. El hecho de que el lucro cesante se anude a las prestaciones o subsidios por desempleo (como se desprende de la STSJ Cataluña 23 de abril 2021, rec. 5233/2020) también acota el ruido, pues, no deja de fijar una escala cuantificable (en sentido positivo o negativo, en función de si se tiene derecho a su percibo o no).

⁶⁶ De hecho, la SJS/26 Barcelona 21 de noviembre 2022 (rec. 294/2021), aplicando esta doctrina, se muestra particularmente insatisfecha con este criterio al afirmar que «No obstante, no puede resistirse a apuntar, este juzgador, que la indemnización resultante tampoco puede considerarse suficientemente disuasoria. El criterio del art. 281.2 b) de la LRJS es objetivo; pero difícilmente podrá reparar el carácter exiguo de la indemnización legal del art. 56 del ET si su parámetro de cálculo es, igualmente, la antigüedad. Una indemnización nunca podrá ser considerada disuasoria si no llega a implicar un esfuerzo financiero para la empresa, y esto último, si no alcanza, al menos, el equivalente a tres meses de salario, no tendrá lugar. A pesar de ello, se asume, en favor de la seguridad jurídica, el criterio apuntado por el órgano judicial superior».

7. VALORACIÓN FINAL: EL RUIDO JUDICIAL EXISTE, ES NUMEROSO Y DEBE COMBATIRSE

El ruido es un enemigo no identificado y mayor de lo que podría pensarse; y, como se ha apuntado, combatirlo puede reportar evidentes beneficios (aunque, curiosamente, sin saber exactamente cuáles son). El carácter único de los casos de despido injustificado relacionados con la indemnización complementaria a la legal tasada podría inducir a pensar que la probable disparidad entre los órganos jurisdiccionales es un efecto que responde a la singularidad de cada asunto. No obstante, lejos de esta valoración, concurren elementos suficientes como para sospechar que estos juicios no están exentos de ruido y, por ende, estarían describiendo una variabilidad no deseada en las resoluciones de los casos, precipitando errores. Pretender que una indemnización complementaria aspire efectivamente a la disuasión amplificaría este efecto de forma desmesurada. O a una escala muy superior a la que el sistema judicial y los ciudadanos deberían tener que soportar. Acotarlos a los daños y perjuicios acreditados y probados, sin neutralizarlo por completo, contribuiría a mitigarlo.

Afirmar que en las decisiones de los órganos jurisdiccionales hay ruido, no es una crítica a este colectivo, sino la constatación de una consecuencia inevitable de la existencia de juicios (y de la condición *humana* de los integrantes de la carrera judicial). Y, para afrontar el ruido, lo primero que debe hacerse (aunque pueda resultar irritante) es reconocer su posibilidad. La adopción de medidas (como las brevemente descritas en este ensayo) que contribuyan a mitigar las dispersiones que son causadas por factores internos y externos del propio juzgador debería ser un objetivo prioritario de todo sistema jurídico que aspire a la seguridad jurídica y a la satisfacción equilibrada de los intereses de los ciudadanos.

Espero que lo brevemente expuesto en este trabajo pueda, de algún modo, contribuir a su consecución.