

LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO DE TRABAJO (Una crítica del despido libre desde el análisis económico del Derecho)*

THE COMPENSATED TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT (A critique of free dismissal from economic analysis of Law)

OSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Oviedo
ORCID: 0000-0001-6442-1101

RESUMEN

Palabras clave: despido libre; eficiencia económica; indemnizaciones de despido

Al margen de su justicia o moralidad, el despido libre no es, pese a lo que suele pensarse desde ciertos planteamientos económicos, la mejor opción regulatoria en términos de eficiencia económica. Intentaremos aquí demostrar que un sistema legal de indemnizaciones tasadas y adecuadas, por las que se traslade a la empresa la carga de colaborar económicamente con los trabajadores en la tarea de hacer frente a la contingencia de pérdida del empleo que éstos sufren con los despidos, singularmente con los despidos arbitrarios e injustificados, pero también con los justificados por causas objetivas, consigue rebajar significativamente los costes sociales del despido, procurando así una solución asignativamente más eficiente en términos económicos. Principalmente porque de esta manera las empresas dejarán de practicar despidos no estrictamente necesarios, a sabiendas de que tendrán que pagar indemnizaciones por ello. Y, al mismo tiempo, porque los trabajadores verán reducida la necesidad de proveer por su cuenta para cubrir el riesgo de despido, lo que hará que aumente su salario disponible, rebajándose de este modo la presión de la demanda salarial sobre la empresa, que podrá entonces producir con costes más bajos. No convendría por tanto sustituir el sistema legal de indemnizaciones de despido por un sistema de despido libre.

ABSTRACT

Keywords: *economic efficiency; employment at will; severance pay*

Regardless of its fairness or morality, at-will dismissal is not, contrary to popular belief, the best regulatory option in terms of economic efficiency. We will attempt to demonstrate here that a legal system of fixed and adequate severance payments, which shifts the burden of financially supporting workers to the company in coping with the contingency of job loss they suffer due to dismissals—particularly arbitrary and unjustified dismissals, but also objective ones—significantly reduces the social costs of dismissal, thus providing a more economically efficient solution. This is primarily because, in this way, companies will refrain from carrying out dismissals that are not strictly necessary, knowing that they will have to pay severance for them. And, at the same time, workers will see a reduced need to provide for themselves to cover the risk of dismissal, which will increase their disposable income, thus lowering the pressure of wage demands on the company, which will then be able to produce at lower costs. It would therefore not be advisable to replace the legal system of severance pay with a system of unrestricted dismissal.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título “El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Rodríguez Cardo (Referencia: PID2020-118499GB-C32).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DEBATE SOBRE EL DESPIDO: LIBERTAD, PROHIBICIÓN, INDEMNIZACIÓN
3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO ACCIDENTE O EVENTO DAÑOSO
4. LA NATURALEZA CONTINGENCIAL, NO INDEMNIZATORIA, DE LAS SITUACIONES DE DESPIDO
5. LA AUTOPROTECCIÓN INDIVIDUAL DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL DESPIDO
6. LA COLABORACIÓN DE LA EMPRESA EN LA COBERTURA DEL RIESGO DE DESPIDO
7. RACIONALIDAD DEL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN LEGAL Y TASADA
8. FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Si asumimos que los empresarios contratan a los trabajadores por una razón, movidos por el interés en aumentar sus ganancias, no parece que tenga mucho sentido que extingan luego por capricho los contratos de trabajo. Los despidos gratuitos o por antojo no son ciertamente coherentes con la lógica de la acción humana -son conductas absurdas en términos praxeológicos- y no encajan tampoco con los principios y reglas de funcionamiento de la economía de mercado. Todo despido, como el previo acto de contratar, ha de tener por tanto cierto fundamento o base de apoyo. Las normas laborales discriminan entre tales fundamentos o bases señalando selectivamente las causas por las que legalmente quedará justificado el despido. Sin embargo, por las razones a las que venimos aludiendo, no determinan que los despidos sin respaldo legal constituyan necesariamente despidos arbitrarios. Estos propenderán por el contrario a contar con algún tipo de fundamento o justificación económica. Podrán carecer de causa legal, por no corresponderse con alguna de las situaciones típicas en las que la norma laboral autoriza el despido, pero no carecerán totalmente de apoyo o justificación. Serán *mala prohibita*, pero no necesariamente *mala in se*.

El matiz es muy importante porque puede condicionar decisivamente el tratamiento jurídico que deban merecer los despidos sin causa legal. En efecto, frente a la consideración *-simpliciter-* de los mismos como actos puramente ilícitos, es decir, conductas radicalmente antijurídicas que deben ser revertidas a toda costa, y respecto de las que el sistema jurídico debiera mostrar tolerancia cero -este es de hecho el enfoque generalizado en el iuslaboralismo-, sería posible ensayar *-secundum quid-* una aproximación alternativa en la que los despidos sin causa legal, en cuanto que sí podrían tener algún tipo de fundamento, no deberían ser considerados radicalmente ilícitos sino simplemente carentes de la causa típica legalmente habilitante al efecto, circunstancia a partir de la que podría derivarse cierto grado de tolerancia del sistema jurídico con los mismos. Ya no se trataría por tanto de proscribir a toda costa los despidos sin causa legal, considerándolos irremisiblemente ilegales, sino más bien de condicionarlos por no estar incluidos en el elenco de causas legales de despido -veremos que sujetando su práctica a un

precio, las indemnizaciones de despido-, sin considerarlos radicalmente prohibidos, al contar, o en la medida en la que contarán, con cierta razón de ser o fundamento económico. Los despidos sin causa legal típica respaldados con determinada justificación material, más que “ilegales”, podrían pasar a ser vistos simplemente como despidos “sin causa legal típica”, en el entendido de que la habilitación de los despidos por causas legalmente típicas implicaría simplemente que cabe el despido por tales causas pero no impide que pueda producirse lícitamente también por causas fundadas legalmente atípicas, asumiendo que las causas típicas del despido no tendrían necesariamente que entenderse formuladas, cerradamente, como “*expressio unius, exclusio alterius*” -alternativa de dos únicos valores contrarios (legal/ilegal)-, sino posiblemente también, de modo abierto -“*pari passu*” o “*a simile*”- como compatibles con maneras no legalmente típicas de despidos justificados, con capacidad por tanto para asimilar en derecho los despidos sin causa legal típica pero que contarán con cierta base o fundamento material.

Desde esta perspectiva, la solución para los despidos sin causa legal, salvo para los totalmente arbitrarios (prohibidos, y cuya sanción legal sí debería ser la nulidad de pleno derecho), ya no tendría que consistir *a fortiori* en la erradicación y prohibición absoluta, sino que podría traducirse por ejemplo en el pago de un precio por extinguir el contrato al margen de las causas típicas que relaciona la ley. El régimen del despido, en tal paradigma, distinguiría entonces dos vías posibles de finalización del contrato de trabajo. Primeramente, con apoyo en las causas legales de despido, sin necesidad de pagar indemnizaciones (despidos disciplinarios) o pagando las indemnizaciones de la cuantía más baja que el sistema prevé para tales casos (despidos objetivos). Secundariamente, mediante el pago de las indemnizaciones de mayor cuantía cuando la extinción no tuviera apoyo en causa legal, pero sí base o fulcro material (despidos improcedentes). Esta solución de considerar el despido sin causa legal pero justificado como despido no arbitrario ni por tanto necesariamente antijurídico ni prohibido, sino simplemente sujeto a la obligación de indemnizar al trabajador afectado, es la que *de re* incorpora el ordenamiento jurídico español, que no ha querido sancionar los despidos sin causa legal –improcedentes- con la readmisión obligatoria del trabajador, como sería propio en un esquema de despido improcedente prohibido, conformándose con establecer un precio, no desorbitado además –las indemnizaciones de despido improcedente-, para estos casos¹.

Pues bien, sobre estas bases, busca el presente trabajo ofrecer una interpretación de las indemnizaciones de despido no como sanciones –respuestas

¹ La doctrina más autorizada ha puesto de relieve en este sentido, hace ya tiempo, que “la piedra de toque para la constatación de si realmente el empresario puede o no despedir libremente está en si su decisión puede o no ser revocada por una instancia distinta al empresario mismo”, descontando que la virtualidad jurídica de las normas no debe medirse sólo por la letra de sus enunciados sino a partir de la constatación de los efectos jurídicos reales de su incumplimiento; *vid.*

punitivas- con las que reprimir y revertir decisiones infundadas, antieconómicas y arbitrarias las empresas, intrínsecamente antijurídicas, y por tanto radicalmente prohibidas, sino más bien como pagos normalizados por despedir a los trabajadores, particularmente por hacerlo al margen de los cauces legales *ad hoc* gratuitos o más baratos dispuestos a tal efecto (las causas legales de despido), todo ello con la finalidad de condicionar las prácticas de despido. Condicionar, pero no eliminar, pues -lo hemos dicho- ni la readmisión obligatoria es la regla para estos casos, ni las indemnizaciones se fijan en unas cuantías desorbitadas e inasumibles, acaso porque no se quiere suprimir totalmente esta vía de despido privando a las empresas de tal mecanismo de ajuste de las plantillas. Este esquema interpretativo es sin duda aplicable al sistema legal español vigente de indemnizaciones de despido, en el que éstas podrían leerse simplemente como mecanismos de encauzamiento, no de prohibición radical, de los despidos sin causa legal típica, encauzamiento por cierto -puede señalarse ya- en el que las referidas indemnizaciones (su imputación, su cuantificación, su modo de aplicación), aparecerían siempre ligadas y orientadas -es la clave- al objetivo maestro de minimización de lo que en términos de análisis económico del derecho se llaman “costes sociales del despido”².

Comprobaremos en efecto que la clásica finalidad de resarcimiento del daño y el objetivo punitivo-disuasorio con que suelen caracterizarse las indemnizaciones de despido están esencialmente conectados a la funcionalidad subyacente de buscar a costes sociales más bajos provisión económica para hacer frente a la contingencia de la pérdida del empleo que supone el despido, es decir, con menos sufrimiento económico tanto para los trabajadores afectados como para las empresas y el conjunto de la sociedad y el sistema productivo. Veremos también que esta circunstancia explica de manera satisfactoria por qué las indemnizaciones de despido se imputan a quien se imputan, y no a otras personas, por qué en la cuantía que se imputan, y no otra, y por qué en el modo en el que se imputan, y no en otro modo. Y veremos igualmente que esta perspectiva de contemplación de las indemnizaciones de despido como mecanismos de reducción del coste social de las extinciones del contrato de trabajo por la empresa consigue reducir y explicar satisfactoriamente las tradicionales y aludidas funcionalidades resarcitoria y punitivo-disuasoria de aquellas indemnizaciones. Pero, sobre todo, veremos cómo, desde esta perspectiva, el sistema de indemnizaciones a cargo de las

M. Alonso Olea, *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 21.

² El debate sobre las consecuencias de los despidos sin causa legal típica, sobre si deben determinar la readmisión obligatoria (cumplimiento en especie) o si cabe la indemnización sustitutiva (cumplimiento por equivalente), se plantea desde una perspectiva de estricta dogmática contractual (sobre argumentos como la incoercibilidad de las prestaciones de hacer, el componente de confianza o el *intuitu personae* de la relación laboral, o la condición de tracto sucesivo del contrato de trabajo), en M. Alonso Olea, *El despido (Un estudio de la extinción del contrato..., cit., pp. 179 y ss.*

empresas, también en el derecho español, constituye una solución más eficiente económicamente que la del despido libre.

2. EL DEBATE SOBRE EL DESPIDO: LIBERTAD, PROHIBICIÓN, INDEMNIZACIÓN

La regulación española del despido, consolidada en sus elementos y aspectos fundamentales desde hace ya varias décadas, no ha sido ajena, y menos en los últimos tiempos, a un intenso debate acerca de la conveniencia o acaso necesidad legal de su modificación, en parte –no únicamente– por el nuevo impulso que han cobrado en los últimos tiempos los compromisos internacionales asumidos desde el ordenamiento español en esa materia. Las propuestas de cambio regulatorio que han ido apareciendo en este contexto de debate de *lege ferenda* han oscilado entre las de máxima desregulación, cuya expresión más clara ha sido la postulación del llamado despido libre –*employment at will*–, y las de máxima intervención regulatoria, cuya expresión más evidente ha sido la de la causalización muy restrictiva de los despidos y el efecto de readmisión obligatoria, o alternativamente de establecimiento de elevadísimas indemnizaciones (y otro tipo de sanciones jurídicas disuasorias), para los despidos sin correspondencia con las estrictas causas legales previstas a tales efectos, lo que en la práctica vendría suponer la prohibición efectiva de toda clase de despido carente de causa legalmente tipificada.

El argumento en el que principalmente se habrían sustentado las propuestas desregulatorias sería económico, y radicaría en la idea de que un sistema de despido libre minimizaría los costes extintivos mejorando la eficiencia en la asignación de los recursos productivos –la fuerza de trabajo– impulsando el crecimiento económico y la riqueza social, y por tanto el empleo y el nivel de vida de todos. El argumento en el que se basarían las propuestas de intensificación regulatoria y restricción de los despidos buscaría por su parte cobertura en criterios de justicia social, bajo la consideración de que el trabajo no sería una mercancía que pudiera sujetarse sin más a las leyes del mercado sino una expresión fundamental de la persona humana que debería protegerse con reglas tuitivas que garantizaran unos derechos mínimos a los trabajadores –garantía de continuidad en el empleo salvo causa justificada y protección en casos de despido de la situación de necesidad que provoca la pérdida de las rentas salariales–, derechos cuyo reconocimiento habría de quedar al margen de las leyes del mercado.

La propuesta que aquí defendemos, elaborada desde el análisis económico del derecho, y que parte de considerar las indemnizaciones de despido no principalmente como sanciones por incumplimientos sino como mecanismos de provisión económica para hacer frente a la contingencia de desempleo que sobreviene en las situaciones de despido, completamente naturales e inevitables en las economías de mercado, ni admite que el despido libre constituya la fórmula

más eficiente de asignación de recursos, ni tampoco que la máxima regulación y restricción de los despidos constituya la mejor manera de garantizar los derechos y proteger los intereses de los trabajadores. Principalmente porque se trata en ambos casos de soluciones ineficientes e incapaces de rebajar a niveles óptimos los costes sociales de los despidos. Resultado que sí puede llegar a acariciarse en un sistema ponderado de traslación a las empresas de parte de los costes de los despidos –que en condiciones naturales cargarían, en hipótesis, los trabajadores, como luego veremos-, sistema cuyos términos legales deberían coincidir con los que las propias partes interesadas, empresarios y trabajadores, acordarían *motu proprio* si dispusieran de la información debida y pudieran negociar sin costes de transacción, y que a la postre terminan quedando ubicados en un “*justo medio*” en el que hay regulación de los despidos e indemnizaciones a cargo de las empresas pero sin prohibiciones radicales de despido.

3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO ACCIDENTE O EVENTO DAÑOSO

La extinción del contrato de trabajo suele implicar una quiebra de las expectativas de continuidad de un acuerdo de colaboración productiva –la relación laboral- capaz de causar, la aludida quiebra de expectativas, daño a cualquiera de los sujetos que la sufren como partes, el trabajador y el empresario (derivativamente también a terceros conectados o dependientes de la suerte del contrato de trabajo de referencia, y por extensión al mercado, a la comunidad y a la riqueza social en su conjunto). Es verdad que el fin de la relación laboral no tiene que suponer daño o perjuicio necesariamente. De hecho, en muchos casos podrá suponer, antes al contrario, una suerte de liberación, tanto para el empleador (cuando el trabajador haya pasado a representar para la empresa una carga o pasivo laboral del que se quiera prescindir), como para el propio trabajador (cuando éste tenga a la vista mejores opciones profesionales que las que represente el contrato de trabajo que se extingue), e incluso para ambas partes simultáneamente (en el caso por ejemplo de las extinciones pactadas, queridas de consuno por los dos contratantes por implicar una solución bilateralmente *win-win*, menos costosa que el mantenimiento de la relación laboral). Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, con carácter general, la finalización del contrato de trabajo, particularmente su extinción unilateral, da lugar como venimos diciendo a una situación negativa, perjudicial en particular para quien la sufre como víctima o sujeto pasivo, en la que el daño se determina ante todo como quiebra o ruptura de una expectativa de continuidad de la relación de colaboración productiva que es el contrato de trabajo, sea en forma de pérdida de ingresos esperados por el trabajador (en los despidos), sea en forma de pérdida de un factor productivo con el que la empresa contaba que podía seguir disponiendo en lo sucesivo (en las extinciones por dimisión o abandono del trabajador).

Algo por cierto –el hecho de definir el daño que se asocia al fin del contrato de trabajo como ruptura del *tracto sucesivo* y de las expectativas de mantenimiento del vínculo laboral- que, ya de antemano, y esto es importante resaltarlo, supone que no pueda apreciarse tal daño sin más en los contratos de trabajo casuales o de corta duración, no aptos para generar las expectativas de mantenimiento en la colaboración productiva cuya ruptura se considera origen del daño que debe atajarse, razón precisamente por la que la extinción de este tipo de contratos fugaces o breves no suele ser objeto de indemnización o cobertura económica relevante o significativa³. Y algo que explica también por qué cuando un trabajador es despedido e inmediatamente vuelto a contratar por la empresa –por ejemplo, en el ámbito de los procesos de transformación de contratos temporales irregulares e indefinidos no fijos en relaciones fijas en el sector público- la jurisprudencia haya venido sosteniendo que no ha lugar al reconocimiento de indemnizaciones por despido, dando por supuesto que la extinción del contrato antecedente no produce daño al no romperse la continuidad -ni las expectativas de permanencia- de la relación laboral⁴.

La pregunta es entonces, ¿por qué la extinción unilateral del contrato de trabajo, y más precisamente la quiebra de las expectativas de las partes contratantes en su mantenimiento o continuidad -dicho de otro modo, la definición de esta continuidad como auténtica expectativa-, puede realmente leerse como un daño o perjuicio a los contratantes, perjuicio o daño para el que habrán de dotarse cierto tipo de remedios, coberturas o provisiones de tipo económico? Pues obviamente por la dificultad para las partes de encontrar instantáneamente en el mercado soluciones de reparación a coste cero para la pérdida de valor que supone la extinción de la relación laboral, dada la imposibilidad de sustituir *de facto* inmediatamente el contrato de trabajo que se pierde por una fuente equivalente de valor económico para las partes, en su doble forma tanto de flujo de rentas salariales para el trabajador como de disponibilidad de mano de obra inmediatamente utilizable en los procesos

³ Es por esto que las indemnizaciones por finalización del contrato de trabajo no han tenido tradicionalmente sentido en economías “donde las relaciones laborales eran de corta duración y los salarios no constituían un elevado porcentaje de los ingresos”; *vid.* Pérez Martínez, C., “Del despido libre pagado al despido libre gratuito: ¿falsa panacea?”, *Garrigues Publicaciones*, 2015 (https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/del-despido-libre-pagado-al-despido-libre-gratuito-falsa-panacea) ep. 2, párrafo 3.

⁴ En estos casos la indemnización, cuando se reconoce, no opera obviamente como compensación por la quiebra en las expectativas de continuidad del contrato de trabajo (que no se ha dado) sino, en su caso, por la necesidad –circunstancia completamente distinta- de reparar el daño que le ha supuesto al trabajador el haber sido víctima de prácticas irregulares, abusivas o fraudulentas de contratación temporal; recientemente *vid.* por ejemplo Sentencia TSJ País Vasco (Sala de lo Social) de 28 febrero 2025, N° rec. 3011(2024) (JUR\2025\55562); o Sentencia TSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 15 noviembre, N° rec. 790 (2024) (JUR\2024\533126); con carácter más general puede verse también la ya clásica TS 31 mayo 2006; *vid.* Fernández Márquez, O., “Indemnizaciones por despido y contratación temporal (a propósito de la STS de 31 de mayo de 2006 y otras cuestiones)”, *Relaciones Laborales*, 12/2007, pp. 29 y 30.

de la producción para la empresa. Quiere esto decir que si tanto el empresario como el trabajador pudieran respectivamente aprovisionarse de mano de obra o salario sustitutivo de manera inmediata y sin coste de ningún tipo al término de la relación laboral que se extingue, tal situación no representaría daño o perjuicio ninguno, ni por tanto una quiebra de expectativas que hubiera que remediar. Dicho de otro modo, en un mercado de trabajo sin costes de reposición de la mano de obra y con garantía de recolocación del trabajador en iguales o mejores ocupaciones –un mercado paretiano fluido de rotación laboral perfecta- la extinción del contrato de trabajo no sólo no supondría una situación negativa o dañosa que tuviera que ser objeto de cobertura sino que, antes al contrario, constituiría una situación de intercambio o reasignación de recursos a usos más rentables y productivos que tendría que ser objeto del debido estímulo y promoción. Son por tanto los costes de reaprovisionamiento y recolocación que empresarios y trabajadores tienen que asumir en el mercado tras la extinción de los contratos de trabajo lo que explica el daño asociado los referidos eventos extintivos y la conveniencia de su cobertura⁵.

Ahora bien, estos costes, es decir, el daño que para las partes del contrato de trabajo representa la ruptura de una relación de colaboración productiva con la que se contaba continuar, no son los mismos –hay que subrayarlo- para el empresario y para el trabajador. Cuando la parte que padece la extinción de la relación laboral es el empresario, en rupturas por dimisión del trabajador, no cabe olvidar que como la fuerza laboral constituye típicamente en el trabajo asalariado –por su carácter constitutivamente genérico y fungible- un recurso o factor productivo fácilmente sustituible, dado el amplio e inagotable “*pool*” de asalariados dispuestos a ofrecer sus servicios en el mercado de trabajo, el reaprovisionamiento de la mano de obra no debería representar grandes costes para las empresas, más allá de los obvios y consustanciales de retardo o no disponibilidad inmediata de los nuevos trabajadores (costes de tiempo de incorporación), de formación básica y adaptación a sus nuevos puestos (costes de acoplamiento), o en todo caso de incertidumbre acerca de las características personales, capacidades y rendimiento futuro de los nuevos trabajadores (costes de información). Por supuesto, siempre que se dé la condición básica de que haya –como suele acontecer en los mercados de trabajo capitalistas- sobreabundancia o un relativo excedente de mano de obra, es decir, unos ciertos

⁵ Razón por la que no es extraño que las propuestas de despido libre, que podrían tener sentido en mercados de trabajo ágiles y con buena capacidad para hacer rotar el empleo –como el estadounidense- acaso no lo tengan tanto en mercados de trabajo más rígidos y con tasas más altas de desempleo: “es tarea vana intentar implantar un sistema que parece funcionar en otro país sin reparar en que nuestra sociedad y, por ende, nuestro sistema jurídico, son totalmente distintos; incluso asumiendo dialécticamente que el despido libre gratuito fuera la panacea —ya hemos visto que puede no ser así—, solo tendría sentido si el trabajador despedido no se encontrara ante un abismo a su salida de la empresa; esto es, la absoluta libertad a la hora de despedir solo tiene cabida en mercados de trabajo dinámicos, donde el trabajador pudiera encontrar con facilidad un nuevo empleo; es evidente que no es el caso de España”; *vid.* Pérez Martínez, C., “Del despido libre pagado al despido libre gratuito: ¿falsa panacea?”, *cit.*, ep. 3, penúltimo párrafo.

niveles de desempleo. Algo que suele acontecer, por cierto, para los trabajos u ocupaciones de baja cualificación, en los que los asalariados simplemente ofrecen fuerza de trabajo genérica, pero no tanto en trabajos y profesiones técnicas y cualificadas, asumidas por trabajadores con características productivas específicas y que ya no son tan fáciles de sustituir. Es por esto que puede decirse que la dimisión del trabajador no produce gran daño a la empresa en general, cuando se trata de asalariados típicos, que proporcionan a la empresa fuerza de trabajo inespecífica, no cualificada y fácilmente sustituible, aunque sí puede producirlo en el caso de trabajadores cualificados, distinguidos y no susceptibles de fácil recambio en el mercado de trabajo. Y es por esto por lo que la libre dimisión se admite en general para los trabajos no cualificados, pero suele aparecer limitada –mediante cláusulas contractuales como las de exclusividad y permanencia- cuando se trate de trabajadores técnicos y más cualificados. De esta manera el empleador provee para el daño que le puede suponer la pérdida de un valioso recurso productivo con el que contaba seguir disponiendo y que no es fácil reponer de inmediato.

Obviamente, la manera en la que el empleador combate habitual y naturalmente el riesgo de pérdida de un trabajador cualificado de difícil sustitución en el mercado no suele ser otra que la elevación del salario. De esta forma, gracias a esta característica sobre-retribución de “salario de eficiencia”, el trabajador tendrá un potente incentivo para quedarse en la empresa, y no experimentará la necesidad de tentar el mercado buscando mejores opciones profesionales. Y, con ello, se reducirán como decimos las posibilidades de que la empresa experimente daño por la pérdida de un trabajador productivo y valioso que no es fácil de reponer de manera inmediata. Por ello, las cláusulas de exclusividad y permanencia en la empresa – que en muchos casos buscarán además garantizar el retorno de la inversión en formación y cualificación que habrá asumido precisamente la empresa- operarían entonces más bien como mecanismos complementarios para el reforzamiento de la retención de los trabajadores, penalizando la apertura de los mismos al mercado y el abandono de la empresa. Cláusulas cuyo incumplimiento suele determinar precisamente la pérdida de las mejoras salariales que los trabajadores habrán venido percibiendo en pago de su exclusividad o su permanencia, produciendo así un óptimo alineamiento de los incentivos: la empresa gana reteniendo más intensamente al trabajador porque podrá pagarle mejoras salariales más altas, sabiendas de que podrá recuperarlas en caso de que el trabajador incumpla su promesa de fidelización; el trabajador mejorará sustancialmente su retribución cumpliendo la condición –que queda en su mano- de mantenerse en la empresa, pero preservando su libertad de salirse –*opting out*- devolviendo los mejores salarios obtenidos, valorando a tal fin lo que espere o calcule obtener en la nueva ocupación descontados los costes que tenga que asumir para ello.

Mayor es en todo caso como apuntamos el daño que representa para el trabajador la ruptura de la relación laboral por decisión de la empresa –por despido-, al ser muchos más los costes a los que el mismo tiene que hacer frente, sobre todo

para remediar la pérdida de ingresos previstos asociada al fin del contrato. Por lo pronto, la extinción de la relación laboral expone al trabajador a la búsqueda de una nueva ocupación en la que seguramente no podrán aprovecharse al 100 por 100 las técnicas y las cualificaciones específicas con las que el trabajador se habrá tenido que ir dotando *ad hoc* para el desenvolvimiento de sus anteriores tareas, pues las únicas capacidades previas que podrá reciclar para su nuevo trabajo serán las de carácter más básico o general, dado que su mayor inespecificidad las hará compatibles con un mayor número de distintas ocupaciones. Pero no es sólo que el cambio de trabajo consecuente al despido conlleve siempre, en mayor o menor medida, una pérdida de las habilidades productivas más singulares de los trabajadores, acontece además que, complementariamente, conllevará también la necesidad de asumir los costes que suponga la nueva formación específica que demande la ejecución de las nuevas ocupaciones, y en todo caso los que pueda representar la adaptación para su desempeño correcto. A estos costes técnicos, de pérdida de capacidades productivas especializadas y de tiempo y recursos en obtener las que son precisas para el nuevo trabajo, habrán de añadirse por supuesto los más fundamentales y sensibles de interrupción del flujo salarial derivados del retardo que conllevará el hallazgo de un nuevo empleo y la reentrada efectiva del trabajador en el mismo, fundamentales y sensibles porque no cabe olvidar que el contrato de trabajo representa para los asalariados la principal vía de ingresos económicos, ingresos que quedarán interrumpidos durante la fase de transición a un nuevo contrato, con la consiguiente necesidad de acudir a vías de financiación que podrían suponer importantes sacrificios para el trabajador. En términos de utilidad marginal, por la mayor escasez de recursos, la pérdida del salario supone para el trabajador una verdadera catástrofe, pues no es lo mismo perder una unidad monetaria por quien tiene 1000 –recursos abundantes (*deep pocket*)- que perder esa misma unidad monetaria por quien tan solo tiene 10, máxime cuando estos recursos económicos están además destinados a sufragar las necesidades más básicas e ineludibles de subsistencia.

Sin olvidar que la extinción del contrato de trabajo comporta para el asalariado –como sujeto singularmente averso al riesgo económico, y que por eso habría sacrificado sus expectativas de *lucro especial aleatorio* a cambio de un salario seguro, cuya percepción se habría garantizado contractualmente a cambio de cierta cantidad de trabajo- una indeseada situación de incertidumbre que el mismo juzga negativamente como esencialmente dañosa o perjudicial. Y sin olvidar tampoco que la necesidad de sustituir el contrato extinguido por el que nuevamente se suscribe lleva asociados siempre los correspondientes costes de transacción para el trabajador, sea los que puede representar –costes de salida- la impugnación y liquidación del contrato cesante, sean los que suponga –costes de entrada- la búsqueda de un nuevo empleador confiable o la negociación y redacción de las cláusulas del nuevo contrato (que eventualmente podrían traducirse en quebraderos de cabeza y tiempo consumido en tales tareas de transacción, cuando no en el pago efectivo de honorarios de asesoramiento técnico o incluso asistencia letrada).

Con todo, el mayor perjuicio que va a representar para el asalariado el despido y la pérdida de su contrato viene de la mano de las dificultades que cabe estimar que le va a suponer encontrar una nueva ocupación con al menos la misma calidad y características que la que se ha perdido en un mercado de trabajo caracterizado por la sobreabundancia de la fuerza de trabajo y en el que los demandantes de empleo compiten por ocuparse en las empresas. Salvo los trabajadores cualificados o con especialización técnica, o con características de escasez y difícil sustituibilidad que los haga singularmente demandados por las empresas, comúnmente los asalariados ofrecen sus servicios en un mercado de trabajo donde reina un exceso de oferta de mano de obra —cierta tasa de desempleo— que hace que el despido o la extinción del contrato de trabajo se interprete como una situación de perjuicio, en cuanto que conlleva la pérdida de la condición de *insider* por el trabajador y su entrada en el *pool* de *outsiders* que compiten entre sí mediante la rebaja de sus exigencias salariales y laborales con la finalidad de recuperar cuanto antes el flujo de renta que necesitan para su subsistencia (con independencia de que las regulaciones legales, la sindicación de los trabajadores y la negociación colectiva puedan contribuir a rebajar este bucle de competencia a la baja). En efecto, la extinción del contrato de trabajo es negativa para el trabajador porque le coloca en una situación de desempleo competitiva y de duración incierta —por la sobreabundancia de la fuerza de trabajo— en cuya salida no se atisban necesariamente mejores condiciones laborales que las que el trabajador disfrutaba en su anterior contrato, pero sobre todo porque en la referida situación de falta de ocupación el trabajador queda desprovisto no simplemente de una renta contractual sino, como ya hemos apuntado, de una renta “social” como el salario, principal si no exclusiva vía para la cobertura económica de la subsistencia. Al perder el empleo, durante el tiempo que dure esta situación accidental indeseada, el asalariado queda despojado de la principal fuente de su subsistencia —la empresa que pierde un trabajador simplemente se ve privada de un recurso o factor productivo sustituible—, lo que constituye una urgencia vital que representa un daño singularmente cualificado que debe ser necesariamente atajado sin demora y para el que deben dotarse ineludiblemente las provisiones debidas⁶.

⁶ Los intérpretes sostienen en el sentido apuntado que la extinción del contrato por despido produciría un doble daño a los trabajadores, en primer término de descapitalización humana por pérdida de las capacidades técnicas específicas obtenidas en el puesto de trabajo original (esto es lo que cubrirían las indemnizaciones de despido *stricto sensu*), y en segundo término de pérdida de ingresos previstos y surgimiento de otros gastos durante la fase de transición hacia el nuevo empleo (esto es lo que cubrirían las prestaciones de desempleo); *vid.* Malo, M.A. y García Serrano, C., “Indemnizaciones por despido y prestaciones por desempleo: la experiencia internacional y el caso español”, *Papeles de Economía Española*, 124/2010, p. 248.

4. LA NATURALEZA CONTINGENCIAL, NO INDEMNIZATORIA, DE LAS SITUACIONES DE DESPIDO

No es por tanto comparable, como puede comprobarse, el daño que experimenta el trabajador cuando el vínculo laboral se extingue debido a un despido con el daño que experimenta la empresa cuando la relación laboral finaliza por dimisión del trabajador. Y es precisamente por esto por lo que en los casos en que el trabajador padece la extinción de la relación laboral se incrementan las necesidades de provisión económica. Importa subrayar ya que estas situaciones, al no ser necesariamente culpa de nadie, o al menos no en todos los casos (hemos dicho que los despidos caprichosos son la excepción, pues en la economía de mercado todo despido tiende a contar con cierto tipo de fundamento económico), serán neutralmente interpretadas aquí como “contingencias”, es decir, eventos más o menos imprevistos que temporalmente provocan unas necesidades que reclaman cobertura económica específica, al producirse una pérdida del flujo de renta con la que ordinariamente se cubren las necesidades vitales de los trabajadores. Los pagos o las compensaciones económicas por despido que típicamente establecen los sistemas legales no serían por tanto, conforme a esta interpretación, estrictamente “indemnizaciones”, sino más bien simples “provisiones económicas” calculadas para sufragar los gastos que supone la contingencia de pérdida por el trabajador de su contrato o relación laboral. Insistimos en que la consideración de los despidos como extinciones no necesariamente intencionales de las empresas, sino forzadas por circunstancias externas, particularmente por las presiones del contexto económico, encaja con la lógica lucrativa de la economía de mercado, en la que no tiene sentido que la empresa prescindiera sin más de un trabajador que ha contratado porque le interesaba, y supuestamente sigue necesitando, sin una razón que lo explique. No queremos decir que no pueda haber -y que no haya, por supuesto- despidos arbitrarios o caprichosos, sino simplemente que por lógica económica estos deberían constituir un fenómeno tendencialmente excepcional, pues la mayoría siempre contaría con algún tipo de base justificativa. Y es en el marco de estas consideraciones donde en general cabe entender los despidos como eventualidades no necesariamente imputables a las empresas, antes que como conductas ilícitas de éstas, y a las indemnizaciones como respuestas organizadas para la cobertura de las contingencias que se originan en tales situaciones, antes que como sanciones o castigos por incumplimientos.

En efecto, la idea de indemnización pide la producción o causación personal e intencional de un daño, contractual o extracontractual, que deba ser reparado para dejar indemne a la víctima, y por tanto un culpable a quien imputar –“el que la hace la paga”- la correspondiente reparación, normalmente el agente causante del mismo. Su fundamento dogmático es la retribución -la justicia conmutativa-, y es por esto que suele decirse que en las indemnizaciones de despido que suelen establecer los sistemas legales, y particularmente en el español, el empresario paga por extinguir indebidamente la relación laboral, sea por romper *ex ante* o

prematuramente el contrato (suponiendo que el mismo ha de ser fijo, indefinido o prolongado en el tiempo), sea por extinguirlo sin causa (y vulnerar así el derecho al empleo del trabajador)⁷. Pero, aparte de que pueda cuestionarse que realmente en un sistema como el nuestro exista sin más un bien jurídico como el contrato de trabajo fijo (imposible de garantizar, fuera de una economía planificada, en el marco del capitalismo y la economía libre, donde la empresa tiene que adaptarse permanentemente al mercado, debiendo contar con la posibilidad de despedir trabajadores)⁸ –nótese que los contratos temporales están completamente normalizados en España, y que también conllevan por cierto indemnización a su terminación–, corresponde señalar que el enfoque de retribución o justicia conmutativa propio de las indemnizaciones por daño o incumplimiento culpable no es un punto de vista necesario, ni tampoco el que adoptamos en este trabajo para desentrañar el sentido y el significado de las reglas de compensación de los despidos, que pretende ser esencialmente funcional y neutro⁹.

Sin buscar víctimas ni culpables a los que haya que reprender por actuar ilícitamente, rebajando el tono trágico que siempre envuelve este asunto, nos proponemos simplemente aquí contemplar el despido –la extinción del contrato a instancia del empleador– como un evento inducido normal en las relaciones de producción del sistema capitalista, intentando desvelar el valor o la utilidad social de las indemnizaciones por despido como fórmulas o soluciones institucionales dotadas por los sistemas legales con la finalidad de atender la contingencia que para los trabajadores supone la pérdida temporal del trabajo y de los ingresos económicos en un contexto de sobreabundancia de la fuerza de trabajo en donde no puede garantizarse la inmediata reentrada en un nuevo empleo –y menos a coste cero– y tampoco que las nuevas condiciones salariales o laborales vayan a ser al menos como las que el trabajador disfrutaba en la anterior relación laboral. De modo que, con este enfoque funcional, dentro de las coordenadas del análisis

⁷ Un sector de la doctrina define en estas coordenadas el despido como un acto de expropiación del empleo del trabajador o como “un acto de violencia privada o un acto de agresión que, de manera directa e inmediata, pretende alterar el estatus de ciudadanía de una democracia constitucional madura”; *vid.* Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid 2009, p. 49.

⁸ *Vid.* Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, pp. 47 y ss.

⁹ Esta definición de las indemnizaciones de despido como soluciones “contingenciales” es lo que determina que queden en nuestro análisis funcionalmente asimiladas a las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de las diferencias “específicas” que hay entre ambas, relacionadas con la circunstancia de que mientras estas operan mediante mutualización del riesgo (en régimen de seguro), con la consiguiente dispersión de la responsabilidad, las indemnizaciones operan mediante la imputación de pagos directos a los interesados, con el consiguiente efecto de concentración de la responsabilidad y el incentivo de máxima prevención y evitación del riesgo por quien haya de sufrir sus consecuencias; *vid.* Malo, M.A. y García Serrano, C., “Indemnizaciones por despido...”, *cit.*, pp. 248 y ss.

económico del derecho, las indemnizaciones de despido pasan a ser vistas ante todo como mecanismos de provisión económica para atender la contingencia que la pérdida del contrato de trabajo supone para los asalariados en el contexto del mercado de trabajo tal y como el mismo funciona real y naturalmente, afectado como decimos por cierta tasa crónica de desempleo. De hecho, vamos a comprobar que incluso cuando las indemnizaciones por despido más podrían acercarse a la idea de verdaderos pagos indemnizatorios –compensaciones por causación de un daño injustificado, personal y culpable por las empresas-, en los casos de despidos injustificados, sin causa legal o improcedentes, es viable entender tales indemnizaciones como simples expresiones de provisión económica para la cobertura de la contingencia de desempleo del trabajador, quitando peso a la consideración de las mismas como penalizaciones que debe asumir el causante del daño injustificado (la empresa) para dejar indemne a la víctima (el trabajador despedido).

Veremos en efecto que el hecho de que la institución del despido y el sistema legal terminen trasvasando al empleador el coste en los casos de despido sin causa o improcedente puede leerse, y muy provechosamente, también simplemente como la solución de regulación que resulta más beneficiosa para los dos contratantes y que minimiza el coste social de este tipo de situaciones, absolutamente normales y frecuentes –completamente necesarias- como decimos en la práctica de las relaciones productivas del sistema capitalista. No hay necesidad de contemplar las indemnizaciones por despido como multas que paga un incumplidor a una víctima. Tales pagos pueden ser vistos simplemente como una fórmula de asunción por la empresa a costes más bajos de la provisión económica que el trabajador precisa para cubrir la contingencia de desempleo que padece. Esta es la conclusión a la que podemos llegar como vamos a ver a continuación desde un enfoque funcional o de análisis económico del derecho de las indemnizaciones de despido, enfoque por cierto que conduce finalmente a la justificación por esta vía, es decir en términos de pura eficiencia económica, de tales indemnizaciones, contra la propuesta contraria del despido libre, a menudo considerada mejor para el funcionamiento del sistema económico por sus supuestamente óptimas capacidades asignativas. Comprobaremos en lo sucesivo, en efecto, cómo la contemplación de las indemnizaciones de despido que suelen establecer los ordenamientos desde el análisis económico del derecho conduce a la conclusión de que las mismas constituyen una opción mejor que la alternativa del despido libre –*employment at will*- tanto para las partes como en términos de coste social del despido¹⁰.

¹⁰ No es rigurosamente cierto, por tanto, que un enfoque de análisis económico del derecho lleve necesariamente a la conclusión de que el despido libre es la solución óptima en términos de eficiencia económica, como sostiene Gamonal Contreras, S., “El despido libre en el contrato de trabajo estadounidense”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28/2017, pp. 76 y ss.

5. LA AUTOPROTECCIÓN INDIVIDUAL DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL DESPIDO

La máxima *res perit domino* supone como es sabido que los accidentes y los daños serán asumidos en primera instancia –por razones casi obvias o naturales– por los individuos o las personas a los que pertenecen los bienes o derechos sobre los que se proyecte el perjuicio. En efecto, puesto que todos los bienes y los recursos aparecen *in medias res* distribuidos en el sistema jurídico mediante apropiación individualizada por un conjunto de sujetos o agentes ubicados en esferas separadas unas de otras (con independencia de que estén interconectadas e interoperen mediante relaciones contractuales, de daños, institucionales, etc), parece obvio que el riesgo de daño o la pérdida efectiva de los bienes o derechos de un individuo determinado habrán de ser asumidos por tal individuo y no por otro individuo distinto. Entonces, yendo a nuestro asunto, si partimos de la base de que las extinciones del contrato de trabajo, particularmente en los casos de despido, provocan como hemos venido diciendo una situación negativa (un evento perjudicial e indeseado) que proyecta primordialmente sus efectos sobre la persona del trabajador, parece evidente que el primer llamado a adoptar medidas para hacer frente a la contingencia de la extinción del contrato, y a asumir los costes que tales medidas supongan, habría de ser el trabajador que padece la contingencia (*casum sentit dominus*). *A priori*, sería el titular del bien jurídico expuesto al riesgo, o quien ya ha experimentado el daño, la persona que tendría que proveer y adoptar las medidas necesarias, preventivas o paliativas, según el caso, para evitar o minimizar el perjuicio, o en todo caso quien tendría que asumir plenamente los efectos o los costes en los que se traduzca finalmente tal daño, en nuestro caso la extinción del contrato de trabajo. En hipótesis, por tanto, serían los propios trabajadores, como principales víctimas de los despidos, quienes tendrían que prever la posibilidad de esta contingencia y quienes consecuentemente deberían en su caso hacer las provisiones económicas que fuera menester con objeto de sufragar los gastos que previsiblemente podrían llegar a producirse en caso de actualizarse el riesgo de despido.

Una primera solución a estos efectos podría ser que el trabajador actuara de manera totalmente individualizada, buscando, casi de modo autístico, un remedio defensivo particular para cubrir su riesgo. Descontando por supuesto la aportación que en tal sentido podría suponer la intensificación de la diligencia y la productividad en el ejercicio de sus tareas (algo que desde luego debería minimizar, pero no logra evitar del todo, el riesgo de despido), lo cierto es que el trabajador podría operar a tal fin de dos modos distintos. Descontando y reteniendo preventivamente parte de su salario mensual para ir garantizando *ex ante* la cobertura del riesgo de despido futuro, en la cuantía que considerara conveniente. Tal cuantía no debería en principio ser más de lo que se reputara estrictamente necesario para hacer frente a la posibilidad de un despido futuro ajustada por su factibilidad y por la previsión de cuantía de daño estimada (anticipando la viabilidad real del despido, calculando el

tiempo máximo que podría estar el trabajador buscando otro empleo, proyectando los costes formativos que había que asumir, etc), pues es obvio que el trabajador no puede detraer sin límite del salario que necesita en el día a día, al constituir la principal renta para atender sus gastos corrientes, que además son gastos vitales o de subsistencia. O podría preferir, como segunda opción, simplemente no asumir estos descuentos salariales preventivos (que son costosos porque reducen su salario disponible, como decimos) exponiéndose a asumir todo el daño y los pagos que el mismo comporte cuando se diera la contingencia extintiva, que, por otra parte, no tendría necesariamente que darse. Esta segunda opción, hay que señalarlo ya, no es en modo alguno plausible, pues comporta una asunción de riesgo máximo por el trabajador asalariado, riesgo además factible y de verdadera urgencia vital, que no encaja con el perfil típico y natural del asalariado como sujeto averso al riesgo, que, a diferencia precisamente del empresario, no en vano ha renunciado también a la eventual ganancia -el llamado *lucro especial aleatorio*- a cambio de un salario seguro y garantizado en contrato.

De este modo, puesto que cabe suponer el que asalariado típico estimará conveniente cubrir preventivamente el riesgo de sufrir un despido mediante un descuento periódico en su salario, conviene preguntarse cómo podría el trabajador operar y atender a esta necesidad o conveniencia de la manera más eficiente posible (optimizando su estrategia de cobertura, de modo que pueda obtener el mayor beneficio posible al mínimo coste). Una primera vía sería simplemente la más básica o primaria de la acumulación progresiva de un fondo económico de ahorro con el que hacer frente a las necesidades de un posible despido futuro. El trabajador podría atesorar sin más estas cantidades descontadas de su salario (en depósitos o cuentas de ahorro, por ejemplo), o podría eventualmente invertirlos en productos financieros con más rentabilidad, con el inconveniente en este último caso de que estos productos con más rentabilidad, o bien serán más ilíquidos (inversión inmobiliaria, deuda a largo plazo), lo que hará difícil movilizarlos en el momento preciso en que fueran necesarios, o bien implicarán la asunción de riesgo financiero (inversión en bolsa, oro, bitcoin, negociación de bonos en mercados secundarios), con el peligro de que el despido obligue a malvenderlos o liquidarlos a pérdidas en fases bajistas de mercado. Teniendo en cuenta además que la capacidad de descuento salarial periódico para nutrir este fondo no podría ser por definición alta, es evidente que esta solución no sería capaz de brindar una protección adecuada mientras no hubieran transcurrido varios años de acumulación progresiva, lo que dificultaría la cobertura por despido durante los periodos iniciales de la carrera laboral de los trabajadores.

Es por ello que el trabajador podría utilizar una vía un poco más sofisticada, ya no totalmente autónoma, para lograr la protección frente al siempre acechante despido. Tal vía no sería otra que la del aseguramiento de este riesgo. El trabajador ya no tendría entonces que detraer cantidades tan significativas en su salario, sino tan sólo las primas que fueran precisas para asegurar la cobertura del riesgo,

librándose además de la necesidad de definir y calcular la dimensión y coste del tal riesgo, pues estas tareas actuariales serían asumidas por la entidad aseguradora. En el marco del aseguramiento la calidad e intensidad de la protección sería además mucho mayor que a través del simple ahorro, pues el efecto de mutualización y distribución del riesgo entre un conjunto plural de trabajadores asegurados, en paralelo a la concentración del daño en tan sólo los casos particulares en que se diera, por el efecto de *la magia de la técnica del seguro*, permitiría a costes más bajos aumentar e intensificar la protección justo –y exclusivamente- en aquellos casos en los que alguien sufriera efectivamente el daño, con el añadido además de que la gestión o administración colectiva del riesgo permitiría a los interesados beneficiarse de los efectos de escala que se producen con la mutualización de estos riesgos.

Nótese además que a través de la técnica aseguratoria resultarían igualmente protegidos todos los trabajadores con independencia del tiempo trabajado, lo que permitiría combatir el efecto de desprotección que la simple técnica del ahorro hemos visto que producía para trabajadores con cortas carreras laborales. Por supuesto, la utilización del seguro supondría que la causación voluntaria del despido por el trabajador –por ejemplo, en un despido por incumplimientos disciplinarios- no constituiría una situación objeto de cobertura, por la nulidad de las llamadas condiciones potestativas (“el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de las partes contratantes”, art. 1256 CC), pero esto no es ningún inconveniente en términos de protección para el trabajador, al tratarse de una contingencia que siempre estaría bajo su ámbito de control, pues siempre tendría la libre opción de cumplir con sus obligaciones contractuales o incumplir asumiendo con pleno conocimiento de causa el coste de un eventual despido.

Parece por todo ello necesario concluir que el seguro constituye una manera de cubrir el riesgo de despido mucho más eficiente que la más rudimentaria fórmula del ahorro particular, cuya única ventaja acaso sea la de que en caso de no materializarse el riesgo –pues no es necesario que el despido se tenga efectivamente que dar- el trabajador podría disponer de las cantidades ahorradas para el fin que estimara oportuno. Este efecto de capitalización de las aportaciones salariales periódicas para la cobertura del riesgo de despido, propio de un dispositivo tan cargado de redundancia económica como el simple ahorro, no se da en el contrato de seguro obviamente, que a cambio ofrece –como técnica mucho más especializada y eficiente de cobertura- la ventaja de procurar una protección de más calidad y cuantía económica a un coste infinitamente más bajo, junto con los otros beneficios que acabamos de ver que implica también (obtención de una mejor *ratio* de aportaciones/prestaciones en la cobertura del riesgo, protección de trabajadores con carreras laborales de corta duración, ganancias de escala en la gestión del riesgo, etc). Claro que la mayor eficiencia del seguro también comporta, precisamente por el ahorro que supone para el asegurado –y esto es muy importante subrayarlo-, un efecto de descarga de los costes emergentes de

los eventos de despido, lo que, por la dispersión de la responsabilidad inducida, podría causar cierta relajación a la hora de enfrentar personalmente la contingencia extintiva, con el consiguiente efecto indeseado de desalineación de los incentivos (internalización de beneficios con simultánea externalización de costes), razón por la que a veces puede ser conveniente que la parte interesada asuma directamente, sin cobertura de seguro, parte del coste de la contingencia¹¹.

6. LA COLABORACIÓN DE LA EMPRESA EN LA COBERTURA DEL RIESGO DE DESPIDO

El afrontamiento por los trabajadores del riesgo de despido bien podría venir por tanto a través de soluciones de autoprotección como las que acabamos de señalar, y particularmente, por sus mayores ventajas comparativas, a través del aseguramiento del referido riesgo. El problema es que de esta manera, quitando como hemos visto los casos de los despidos por incumplimientos disciplinarios (causados en cierto modo por voluntad del trabajador), la cobertura alcanzaría no sólo a los despidos basados en causas o circunstancias justificadas (las típicas de los despidos económicos y objetivos: ineptitud del trabajador, causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, etc) sino también a los eventuales despidos injustificados y/o caprichosos de las empresas, e incluso a los discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales, cuyo coste terminaría siendo asumido íntegramente por los trabajadores. Aparte de la negativa lectura que esto merece en términos de justicia –un sujeto (el trabajador) estaría pagando las consecuencias de la conducta de otro sujeto (el empresario), conducta además eventualmente injustificada o de mero arbitrio, si no contraria a derechos fundamentales-, hemos de decir que desde la estricta perspectiva de análisis económico del derecho que aquí queremos adoptar la solución de autoprotección por los trabajadores, por lo que acaba de apuntarse, no sería tampoco óptima en términos de coste social. ¿Por qué? Pues porque, como los trabajadores tendrían que proveer para cubrir el riesgo de padecer despidos injustificados y/o arbitrarios, la necesidad de pagar primas más altas (o de ahorrar más), soportada por sus salarios, terminaría encareciendo el coste del factor trabajo para las empresas (repercusión de estos sobrecostes de aseguramiento en los salarios), llegándose de esta manera a una situación subóptima en términos asignativos o de eficiencia económica¹². Y es que, en verdad, hay como vamos a ver una manera alternativa de afrontar esta situación a costes más bajos,

¹¹ Vid. Malo, M.A. y García Serrano, C., “Indemnizaciones por despido...”, *cit.*, pp. 248 y 249.

¹² La no neutralidad de las indemnizaciones de despido respecto de los salarios, y la posibilidad de la redistribución a lo largo del tiempo de la relación de trabajo de los pagos que dan soporte a aquellas indemnizaciones mediante el juego con salarios más bajos se apunta por ejemplo en Güell, M., “Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral”, *Els Opuscles del CREI*, 26/2010, pp. 7 y ss.

tanto para el trabajador, como para los empleadores, como para la sociedad en su conjunto. Tal manera consistiría sencillamente en negociar con el empleador la asunción por el mismo de los costes en cierto tipo de despidos, particularmente en los despidos caprichosos e injustificados¹³.

Sucede así porque la gestión del riesgo de despido exclusivamente por los trabajadores, en régimen de autoprotección pura, de espaldas o sin ningún tipo de contacto con los empleadores, produce la típica ineficiencia de “dilema del prisionero” que puede aparecer cuando dos sujetos involucrados o implicados en un mismo asunto abordan por separado, sin ningún tipo de cooperación, diálogo o interlocución, la solución de un problema que concierne a ambos. Pero esta ineficiencia puede remediarse simplemente tendiendo puentes y habilitando canales de comunicación empresa/trabajadores, pues como ha puesto de relieve la teoría de juegos la interlocución que propiciará la apertura de tales canales determinará la aparición de soluciones de cobertura del riesgo de despido (particularmente los despidos injustificados o arbitrarios, como venimos diciendo) económicamente más eficientes, beneficiosas no sólo para los trabajadores sino también para las mismas empresas y para toda la sociedad. La razón es que como la financiación de la cobertura del riesgo de despido termina siempre basculando sobre los salarios, es obvio que si el riesgo que debe cubrirse es más alto, más será la cantidad de salario que los trabajadores tendrán que descontar de sus rentas para financiar tales costes de aseguramiento, con la consiguiente demanda de mayores salarios a las empresas, que de este modo verán incrementados los costes de producción: al final la empresa no queda exenta o al margen de la autocobertura del riesgo de despido por el trabajador, pues tal riesgo termina por vasos comunicantes afectando a los costes de producción y por tanto a los márgenes de beneficio y al interés de la empresa, esta es la cuestión. ¿Es posible entonces que la negociación y colaboración de las empresas en la cobertura del riesgo de despido pueda al final, por la rebaja de los costes productivos inducida por el mayor ajuste de los salarios, terminar traduciéndose en una solución más eficiente económicamente, en la medida en la que de tal colaboración empresarial en la cobertura del riesgo de despido, y de la rebaja salarial que la misma suponga, se derive una rebaja más que proporcional de los costes que al final tendrán que asumir las empresas? La respuesta que ofrece el análisis económico del derecho es que sí. Vamos a ver por qué.

Supongamos, por ejemplo, que la forma en la que las empresas aceptaran colaborar con los trabajadores en la cobertura del riesgo de despido consistiera simplemente en asumir los costes de la contingencia de la pérdida del empleo en despidos arbitrarios o injustificados, excluyéndose, por ejemplo, la protección del seguro eventualmente contratado por el trabajador en estos casos con traslado de todos los costes de la cobertura de la contingencia al empresario. Esta solución

¹³ Vid. Güell, M., “Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral”, *cit.*, pp. 13 y 14.

sería más eficiente económicamente que su contraria al reducir los costes sociales de los despidos injustificados. Básicamente porque haría posible una rebaja muy significativa de las primas (o el ahorro) que tendrían que soportar los trabajadores, al reducirse el riesgo objeto de cobertura, que ahora quedaría limitado a los despidos basados en causas justificadas, dejando fuera los que fueran consecuencia de decisiones infundadas o de mero arbitrio empresarial. Esta rebaja en las primas (o el ahorro) determinaría un aumento del salario disponible de los trabajadores, que de este modo no presionarían a la empresa mediante la demanda de retribuciones más altas, manteniéndose ajustados los costes de producción. Es verdad que la empresa asumiría en tales casos también un coste, el de no poder prescindir con tanta libertad de los trabajadores. Sin embargo, ha de tenerse claro que este es un pago que la empresa puede asimilar con poco sacrificio, mucho menos que si se traslada a los trabajadores. Ante todo, porque la empresa sólo estaría asumiendo los costes de las acciones propias, y no las ajenas, lo que reduce el riesgo moral y determina un mejor alineamiento de los incentivos (en otro caso sería el trabajador quien estaría pagando por la incontrolable conducta de otra persona, que además se vería en libre disposición de actuar irresponsablemente y sin asumir los costes de su conducta). Con ello, puesto que los mismos artífices de los despidos injustificados (las empresas) tendrían que asumir los costes de su cobertura, quedarían reducidos al máximo estos eventos de despido, por lo demás ineficientes económicamente, en cuanto que carentes de causa o justificación. No habría lugar, dicho de otro modo, para conductas parásitas que supusieran externalidades, costes sin retorno o decisiones que directamente dañaran la productividad y la economía.

Es más, llegado el caso de que la empresa decidiera igualmente practicar un despido injustificado o arbitrario, asumiendo los costes de sufragar la contingencia que el mismo supone, la misma estaría en una posición de control total de la información particular necesaria para la toma de una decisión económicamente eficiente, pues nadie estaría en mejores condiciones que ella para medir o calcular si le conviene despedir de manera injustificada a un trabajador valorando lo que ella sabe que el trabajador aporta exactamente a la producción y lo que podría suponer la alternativa de despedirle sin causa o justificación. Dicho de otra manera: si las empresas asumen el coste de los despidos sin causa, las empresas despedirán menos, normalmente sólo cuando el despido tenga fundamentación u obediencia a una razón económica, de modo que constituya un despido eficiente. De este modo, quedarán minimizados los despidos absurdos o sin sentido. Es más, incluso cuando las empresas despidan sin causa lo harán como decimos en el pleno control de la situación, con conocimiento particularizado y *ad hoc* y total involucración en la decisión y de su conveniencia económica (“*skin in the game*”). En todo caso, con carácter general, terminará reduciéndose finalmente el número de despidos objeto de cobertura, conteniéndose con ello los salarios y también los costes de producción.

Más allá de la asunción por las empresas del coste de la contingencia de la pérdida del empleo de los trabajadores en despidos injustificados, la colaboración de las mismas con los trabajadores en la cobertura del referido riesgo revelaría gran utilidad también cuando se tratara de despidos objetivos, no imputables a la voluntad de empresarios ni trabajadores, sino basados en causas o circunstancias inasequibles al control total de las partes. De entrada, porque la participación de las empresas permitiría en tales casos un gestión colectiva o mutualizada del riesgo –común para un número amplio de trabajadores- que haría posible obtener beneficios de escala considerables, no sólo en términos de administración o gestión del riesgo, sino también en términos de posición negociadora con eventuales entidades aseguradoras, etc. También porque las empresas disponen por definición de más y mejor información que los trabajadores acerca de las circunstancias por las que suele justificarse un despido objetivo (*vgr.*, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), lo que las coloca en una posición ventajosa de control del riesgo, de las posibilidades reales de que el mismo llegue a materializarse, de lo que dure la situación crítica que pueda traducirse en despidos, de la posibilidad de acudir a cauces alternativos, del coste que todo ello pueda suponer efectivamente para la empresa, algo que les permite calcular más precisamente la magnitud del riesgo que deba efectivamente cubrirse y la cuantía de las provisiones que sea conveniente hacer, evitando sobreprotección redundante, o al revés, y brindando una cobertura más eficiente (la empresa puede evitar el riesgo a costes más bajos: *cheapest cost avoider*). Sin olvidar, por supuesto, que la colaboración de las empresas con los trabajadores en la cobertura del riesgo de despido objetivo justificado podría traducirse en una menor presión salarial, con la consiguiente rebaja de las demandas retributivas de los trabajadores; claro que este efecto estaría seriamente condicionado por la posible existencia de límites salariales mínimos –regulaciones de salario mínimo- pues en estos casos lo que la empresa habría pagado en primas de cobertura del riesgo de despido no podría luego recuperarlo con salarios más bajos¹⁴.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta -y esto es importante- que la colaboración de las empresas en la cobertura del riesgo de despido objetivo justificado produce sobre todo el muy importante efecto de reducir la posibilidad de aquellas extinciones en las que la causa objetiva de despido ofrezca en su definición un margen que no sea completamente ajeno a la interpretación de la empresa, que, de este modo, al participar, dentro de ciertos límites, en la determinación de la causa (causas económicas, técnicas, organizativas, de producción), en condiciones normales (*i.e.*, no colaborando en la cobertura), podría verse tentada por razones obvias a entender que hay justificación para los despidos objetivos en situaciones inciertas. Y es que, si la empresa asume el coste de estos despidos, habrá quedado

¹⁴ Vid. Güell, M., “Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral”, *cit.*, pp. 25 y 26.

ya neutralizado el incentivo de interpretar las casusas de despido objetivo dudosas con un sesgo pro-extintivo, en la medida en la que la empresa sabrá que tal interpretación le terminará suponiendo un coste, al tener que terminar pagando más para la cobertura de un mayor número de extinciones. El copago de la empresa en la cobertura del riesgo de despido objetivo justificado simplemente opera como un mecanismo de internalización de los costes de los despidos objetivos con justificación dudosa o incierta, rebajando tales despidos y los costes que los mismos suponen.

Lo óptimo sería por tanto que la empresa asumiera una cierta colaboración, en la proporción que se estimara oportuna, también en la cobertura del riesgo de despidos objetivos justificados. Colaboración que, por supuesto, siempre tendría que ser de menor cuantía que la que la empresa asumiría en los despidos sin causa, pues en otro caso la empresa no tendría incentivos para discernir entre un despido injustificado o justificado y optar por este cuando hubiera causa por resultarle más barato y sólo por aquel en el caso contrario. De paso, con ello el trabajador sabría que tendría que asumir parcialmente la cobertura de la contingencia, no protegida íntegramente por la empresa en despidos objetivos justificados como decimos, lo que le provocaría la necesidad de ser proactivo y luchar para combatir la extinción objetiva de su contrato, algo que si es verdad que puede carecer de relevancia en despidos económicos (completamente ineluctables para él), sí puede tenerla en despidos objetivos relacionados con circunstancias inherentes a su persona, como puedan ser los debidos a ineptitud sobrevenida o a falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo. Pues acontece que estos casos, análogamente a como acontece respecto de la empresa en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la operativa del trabajador –su conducta profesional (aspecto subjetivo)- no puede segregarse completamente de la causa de despido (aspecto objetivo), de modo que si se hace saber al trabajador que en estas situaciones no sólo se producirá el efecto de la pérdida del empleo, sino el de tener que asumir parte del pago de la contingencia de la pérdida del trabajo, el mismo podría sentirse menos tentado de conceder sin resistencia una extinción objetiva del contrato por ineptitud o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo. La solución óptima de cobertura del riesgo de despido objetivo justificado en términos de eficiencia sería por todo ello según el análisis económico del derecho la de distribución del sacrificio entre empresarios y trabajadores. La asunción compartida de la carga por empresarios y trabajadores en estos casos no sería por tanto cuestión de justicia salomónica –como el despido objetivo responde a una circunstancia que no es culpa ni del empresario ni del trabajador, ambos deben asumir los pagos correspondientes- sino que obedecería razones de eficiencia económica y de reducción del coste social de tales despidos¹⁵.

¹⁵ Sobre los márgenes de incertidumbre o zona gris que siempre envuelven las causas de despido, particularmente en lo que atañe a su siempre disputada imputabilidad a las partes, y la

7. RACIONALIDAD DEL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN LEGAL Y TASADA

Si los cambios y las relaciones de producción tienden a terminar rigiéndose, como se supone desde el análisis económico del derecho, por criterios de eficiencia económica -reducción de los costes y maximización de las ganancias tanto de trabajadores y empresas como de terceros (usuarios y consumidores de los servicios y los productos)- parece entonces plausible pensar que, si dejáramos al mercado de trabajo y a las relaciones de intercambio que le son propias desenvolverse sin interferencias, los riesgos de despido de los trabajadores acabarían finalmente cubiertos no de modo exclusivo y autónomo por los trabajadores afectados sino mediante acuerdos entre trabajadores y empresarios, acuerdos de los que resultarían compromisos de colaboración empresarial -de asunción por las empresas de los costes de cobertura de la contingencia de desocupación- tanto cuando se tratara de despidos sin causa o arbitrarios, fruto exclusivamente de la voluntad o el mero arbitrio de la empresa, y que esta debiera cubrir en su totalidad, como cuando se tratara de despidos justificados, por ejemplo por circunstancias objetivas, en los que lo más adecuado en términos de eficiencia económica sería como hemos dicho una solución de distribución o reparto de costes entre empresarios y trabajadores; por descontado, en los despidos disciplinarios, sería el trabajador quien tendría que soportar íntegramente los costes de la contingencia extintiva, imputable a la postre a una conducta suya libremente determinada. Pero estas soluciones colaborativas sólo podrían llegar a darse cuando, como han desvelado los análisis coasianos, empresarios y trabajadores operaran en un mercado en el que fuera posible la interlocución y el intercambio fluido de información y las negociaciones y en el que en general no resultaran significativos los costes de transacción. De hecho, una de las máximas fundamentales del análisis económico del derecho es como se sabe que en ausencia de costes de transacción los recursos y los bienes económicos quedarán automáticamente asignados, mediante las correspondientes negociaciones entre los agentes del mercado, en el uso económico más eficiente, es decir, en las manos de quienes más valoran tales recursos, produciéndose así un equilibrio tendencialmente óptimo en términos de Pareto. La cuestión es entonces, ¿hay alguna circunstancia o coste de transacción que pueda oponerse a que tales resultados se consigan y que justificaría una intervención regulatoria desde el Estado en materia de despido? Téngase en cuenta que el análisis económico del derecho no descarta absolutamente la intervención regulatoria de las relaciones privadas de intercambio económico, admitiendo por el contrario regulaciones estatales más allá del reconocimiento y definición precisa de los derechos de propiedad y la libertad de contratación cuando la existencia de costes de transacción elevados impidiera que los sujetos privados pudieran alcanzar soluciones asignativas óptimas mediante el

dificultad de desconectar cierto arbitrio personal de algunas causas extintivas, *vid.* Güell, M., “Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral”, *cit.*, pp. 4 y ss.

intercambio de información, la negociación y los contratos privados, regulaciones cuyo objeto sería precisamente la recreación de las cláusulas que se supone que los particulares habrían llegado a acordar mediante pactos si no hubiera tales costes de transacción.

Pensamos que sí puede haber alguna circunstancia que podría dificultar que la acción espontánea de empresarios y trabajadores llegara a producir por sí misma resultados cooperativos eficientes en términos de cobertura de los costes asociados al riesgo de despido, circunstancia que por lo tanto vendría a justificar una regulación estatal sustitutiva capaz de establecer forzosamente un equilibrio asignativo eficiente con el que vendrían a simularse las cláusulas que habrían acordado empresarios y trabajadores en ausencia de costes de transacción. Tal circunstancia tiene que ver principalmente, primero, con la dificultad de parametrizar el riesgo de despido y de definir con precisión el daño y el coste que el mismo puede representar para cada caso, y, segundo, sobre todo, con las inseguridades e incertidumbres que suscita determinar en qué caso un despido deberá considerarse arbitrario o injustificado, justificado por ciertas causas -que habrá que definir- o consecuencia del incumplimiento disciplinario de los trabajadores, distinciones que como hemos visto resultan de capital importancia a la hora de definir los incentivos e imputar adecuadamente las pertinentes responsabilidades. En efecto, las aludidas incertidumbres, cuya disipación es crucial para que los sujetos privados puedan lograr espontáneamente soluciones asignativamente eficientes, pueden constituir barreras infranqueables para la negociación y el acuerdo entre empresarios y trabajadores, que no podrán asumir por sí mismos los costes de tiempo, dedicación, gestión de la información, negociación, solución de disputas, etc, que conllevaría la solución autónoma del referido problema de la cobertura óptima del riesgo de despido. Determinar en efecto *a priori* la posibilidad de que pueda producirse un despido, estimar el daño que tal despido hipotético pueda representar en caso de darse, distinguir cómo tenga que distribuirse el coste de su cobertura según tal despido sea o no justificado o cuál sea la causa del mismo, determinar la cantidad económica concreta que haya de satisfacerse para hacer frente a la contingencia cuando se dé, todas estas incógnitas sólo podrían despejarse *motu proprio* por trabajadores y empresarios a costes significativos. Y es como decimos lo elevado de estos costes de transacción lo que explicaría la existencia de la regulación legal de las indemnizaciones de despido, cuyos términos vendrían por cierto a coincidir con lo que hemos estimado que acordarían empresarios y trabajadores a falta de costes de transacción, en línea con lo que es razonable en términos de asignación eficiente de recursos y de reducción de los costes sociales de los despidos según el análisis económico del derecho.

Todo esto que venimos diciendo se verifica en el sistema legal español de protección frente al despido, que, por cierto, entendemos en sentido amplio conformado tanto por las reglas de conceptualización de los tipos de despido diferenciados según sus causas (despido disciplinario, despido objetivo,

despido arbitrario o injustificado), junto con las previsiones de procedimiento correspondientes (judicialización de las competencias de solución de conflictos de despido, determinación de los plazos, trámites y recursos, ejecutabilidad de las resoluciones adoptadas, etc), como también por las reglas de fijación de las cuantías a abonar, por quien corresponda, cuando tenga lugar efectivamente el despido y se actualice la contingencia de la pérdida del trabajo, entre las que deberán incluirse, hay que subrayarlo, no sólo las que establecen las indemnizaciones de despido en sentido estricto sino también las que regulan las prestaciones de desempleo, en la medida en la que todas tienen a la postre naturaleza de medidas de provisión económica para enfrentar la contingencia de pérdida del empleo¹⁶. Y se verifica -decimos- porque las referidas regulaciones vienen a replicar las soluciones que desde la lógica del análisis económico del derecho –de eficiencia en la asignación de los recursos productivos y de minimización del coste social de los despidos- hemos venido diciendo que en hipótesis terminarían imponiéndose espontáneamente por la interlocución y la negociación entre los propios empresarios y trabajadores en ausencia de costes de transacción¹⁷.

Es verdad que esto apenas se aprecia en las prestaciones legales de desempleo, que no hacen depender la protección dispensada del tipo de causa de despido de que se trate –salvo para excluirla en extinciones voluntarias del trabajador (y en el pasado en despidos disciplinarios procedentes)-, con independencia de que sí aparezcan organizadas, al menos las contributivas, con una técnica de tipo aseguratorio en la que la mutualización del riesgo de despido consigue rebajar los costes que representaría su cobertura individualizada, en los términos que hemos señalado más arriba. Pero si se ve claramente en las indemnizaciones legales de despido, porque es evidente que su diversificación según el tipo de despido de que se trate –arbitrario o injustificado, objetivo, disciplinario-, revela un esquema de incentivos para trabajadores y empresarios enteramente similar al que hemos visto que consolidaría espontáneamente la práctica de la interlocución y las negociaciones si no hubiera costes de transacción. Y es que, en efecto, sucede que

¹⁶ Un sector de la doctrina entiende, por el contrario, que entre las prestaciones de desempleo y las indemnizaciones de despido mediarían diferencias de naturaleza insalvables y decisivas, argumentando que la asimilación de ambas figuras buscaría legitimar las propuestas de reducción de las indemnizaciones de despido, mucho más fáciles de asimilar si se diera por hecho que los trabajadores ya estarían cobrando parte de tales indemnizaciones en forma de prestaciones de desempleo; *vid. Gorelli Hernández, J., El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito, cit., pp. 227 y ss.*

¹⁷ La similitud funcional entre las indemnizaciones de despido y las prestaciones de desempleo queda de manifiesto, por ejemplo, en el Convenio 158 OIT, que establece el deber de compensación de los despidos injustificados mediante una indemnización y/o mediante una prestación de desempleo, lo que “nos mostraría que la lógica de las indemnizaciones por despido y de las prestaciones por desempleo es exactamente la misma: cubrir la pérdida esperada de ingresos tras perder el empleo por un despido”; *vid. Malo, M.A. y García Serrano, C., “Indemnizaciones por despido y prestaciones...”, cit., p. 248.*

conforme a las reglas legales de indemnización de los despidos la empresa asume todo el coste en los arbitrarios o injustificados (fruto de su voluntad), ninguno en los disciplinarios (fruto de la libre voluntad del trabajador, que precisamente por esto es quien termina asumiendo tales costes) y un coste compartido con el trabajador en los despidos objetivos (no imputables ni al empresario ni a los trabajadores), que no en balde es el resultado al que hemos visto que, según el análisis económico del derecho, conduciría la negociación espontánea entre empresarios y trabajadores si no hubiera costes de transacción.

Pero, ¿por qué el sistema legal español de despido regulado e indemnizado es capaz de hacer frente a costes más bajos a las situaciones de extinción de los contratos de trabajo instadas por las empresas? Pues principalmente porque el sistema legal español de despido, que opera sobre la base de un entramado institucional ya rodado, consolidado y en marcha, permite a empresarios y trabajadores calcular con anticipación el alcance, la calidad y el tipo de soluciones a que podrá llegarse ante la eventualidad de un futuro despido, la probabilidad de que el mismo se produzca y el coste que termine representando, consiguiendo rebajar así sustancialmente la incertidumbre que envuelve este tipo de riesgo y ampliando con ello el margen de maniobra de las partes para la toma de decisiones presentes¹⁸. Es importante subrayar que este efecto de seguridad jurídica en torno al despido, que no puede improvisarse, y que empresarios y trabajadores no pueden alcanzar espontáneamente por la existencia de costes de transacción, según hemos dicho, no es sólo importante porque –efecto directo– reduce el coste social de los despidos (empresarios y trabajadores pagarán menos para hacer frente a esta contingencia) sino también porque –efecto indirecto– el resultado inducido de aclaramiento de la niebla que envuelve el siempre acechante “riesgo de despido” libera y habilita a empresarios y trabajadores para avanzar en la toma de decisiones económicas beneficiosas que no podrían adoptarse en un entorno de riesgo e

¹⁸ “Cabría afirmar de manera muy sucinta que la problemática fundamental del modelo de despido libre (estadounidense) estriba en la inseguridad jurídica que crea la falta de regulación; además, existe una altísima judicialización: como es muy difícil prever el resultado final, las partes tienen menos predisposición para alcanzar acuerdos extrajudiciales; por eso, los detractores del “employment at will” sugieren mejorar el sistema inspirándose en los vigentes en países europeos [Porter, N. B., “The perfect compromise: bridging the gap between at will employment and just cause”, *Neb. L. Rev.*, 87/2008, pp. 62-124. Ed. Digital]; termino con cifras que se suelen desconocer en España: históricamente, en estados como el de California, los trabajadores han ganado el 75% de los juicios sobre despido y cobrado indemnizaciones de 450.000 dólares de media (pudiendo alcanzar hasta 20 millones de dólares); asimismo, incluso en los casos en que las empresas ganan tras juicios que pueden prolongarse durante años, deben asumir costes judiciales que oscilan entre los 100.000 y los 200.000 dólares (St. Antoine, T. J., “Employment at will – Is the Model Act the Answer?”, *Stetson L. Rev.*, 23/1993, pp. 179-197. Ed. Digital); no es de extrañar, por tanto, que cuando un abogado español explica el sistema de despido español a un abogado estadounidense, éste concluya: *si yo tuviera una regulación clara y predecible ello me permitiría resolver un despido con una indemnización tasada legalmente, evitando largos y costosos juicios*”. *vid.* Pérez Martínez, C., “Del despido libre pagado al despido libre gratuito: ¿falsa panacea?”, *cit.*, ep. 3.

incertidumbre. No es sólo por tanto que, por sus características, el sistema legal español de despido consiga rebajar los costes de los despidos sino que por su efecto disolvente sobre la incertidumbre hace posible una mejor gestión del riesgo que comporta la posibilidad de esta contingencia futura, desbloqueando y anticipando las decisiones económicas de empresas y trabajadores y acelerando y aumentando las operaciones de intercambio y el desenvolvimiento de la actividad económica¹⁹.

¿Y cuáles son las características del sistema español de despido regulado e indemnizado que permiten afirmar que tal sistema es funcional en la obtención de estos resultados? Creemos que básicamente dos. De un lado, su capacidad para discernir razonablemente bien las distintas situaciones de despido relevantes para diversificar la regulación de sus consecuencias, algo que resulta fundamental en términos de correcto alineamiento incentivos, y particularmente para distinguir entre despidos disciplinarios, objetivos y arbitrarios o injustificados²⁰. Esta crucial capacidad del sistema legal español de discriminar diferentes situaciones de despido -aclaramiento de los “despidos ruidosos”, que acontecen cuando su causa real no queda determinada²¹- es fruto principalmente no sólo de una asentada y contrastada cultura de regulación del despido y sus distintos tipos y causas en el ordenamiento y el sistema de relaciones laborales español (certidumbre sustantiva en torno a la diferenciación entre despidos disciplinarios, objetivos y arbitrarios o injustificados), sino también de la confianza de los agentes en el juego eficiente -previsible, rápido, seguro- del aparato de solución de los conflictos que suelen darse en torno a los mismos (certidumbre adjetiva sobre la catalogación efectiva y ejecutiva de un despido como lo que deba corresponder según cual sea la causa

¹⁹ Sobre la importancia económica de la certidumbre en torno al despido y sus efectos sobre el buen funcionamiento del mercado de trabajo, el sistema productivo y la ocupación y el empleo, *vid. Güell, M.*, “Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral”, *cit.*, pp. 2 y ss.

²⁰ La pertinencia de esta “terna clasificatoria” -despidos *disciplinarios, objetivos y arbitrarios o injustificados*- en términos de utilidad para el análisis de la diversificación de las reglas de despido desde el punto de vista de los incentivos que determinan para empresarios y trabajadores queda confirmada por el hecho de su utilización también en otros análisis de las reglas de despido en perspectiva económica; por ejemplo, cuando se dice que “es útil pensar en la EPL (*employment protection legislation, i.e.*, normativa de protección del empleo) europea a dos niveles: en un primer nivel, la EPL dice sencillamente que la ley establece la indemnización por defecto mencionada anteriormente para los trabajadores que pierdan sus puestos de trabajo por causas consideradas ajenas al control del trabajador (despidos objetivos, diríamos nosotros); y, además, la inexistencia de una indemnización cuando la pérdida del puesto de trabajo se debe a un comportamiento inadecuado del mismo trabajador (despidos disciplinarios); en un segundo nivel, la ley establece la mayor indemnización mencionada anteriormente para cualquier caso que se lleve a juicio y que se resuelva a favor del trabajador (despidos injustificados y arbitrarios)”; *vid. Güell, M.*, “Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral”, *cit.*, p. 5.

²¹ *Vid. Güell, M.*, “Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral”, *cit.*, pp. 26 y 27.

del mismo)²². De otro lado, es también decisiva la capacidad del sistema para determinar con precisión cuál será la cobertura de la que dispondrán los trabajadores afectados por los despidos, y cuál será el coste exacto que para cada tipo de despido tendrán que asumir tanto trabajadores como empresarios²³. La precisión del sistema legal español de despido en este aspecto existe y es consecuencia, primero, de la predeterminación exacta de las prestaciones y ayudas por desempleo que los trabajadores tendrán cuando se produzca la contingencia, así como del coste y los sujetos que tendrán que asumirlo (cotizaciones por desempleo); y, segundo, de la predeterminación cerrada de las cuantías de las indemnizaciones de despido que tendrán que soportar las empresas²⁴ –o los trabajadores- según la extinción del contrato termine definiéndose como despido disciplinario, objetivo o arbitrario o injustificado²⁵.

El hecho de que el sistema legal de despido español haya venido operando durante muchos años sin grandes fisuras, con un alto grado de consenso tanto por parte de los trabajadores como de las empresas, permite afirmar *ex consequentiis* que se trata de un modelo que estaría logrando efectivamente el objetivo gestionar el problema de los despidos a costes sociales asumibles²⁶. De modo que si nos

²² La clave, dicho de otro modo, sería la “solventia institucional” del sistema de despido, fundamental para reducir el peso de los llamados “costes terciarios” de los conflictos, representados por lo que supone tener que dotar cauces, nunca gratuitos, para dirimir las diferencias entre agentes económicos; *vid.* Calabresi, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (traducción de J. Bisbal), Ariel, Barcelona, 1984, pp. 288 y ss.

²³ Algo siempre relacionado por cierto, tanto en lo que respecta a las prestaciones de desempleo como en lo que respecta a las indemnizaciones de despido, con la antigüedad o el tiempo de servicio del trabajador en la empresa, circunstancia que no sólo revelaría que los salarios generados y efectivamente obtenidos por el trabajador son la fuente financiadora última de esta protección, sea asumida por el trabajador o por el empresario, como hemos venido sosteniendo aquí, sino que certificaría también la causa de la protección misma: la cobertura de una contingencia que se produce por la quiebra en la expectativa del mantenimiento de un contrato cuya ruptura produce daño económico al trabajador, mayor cuanto más haya venido durante la relación de colaboración -la expectativa de conservación- del contrato que se rompe; *vid.* Valdés Dal-Ré, F., “El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente”, *Relaciones Laborales*, I/1996, pp. 89 y 90; Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito, cit.*, pp. 114 y ss.

²⁴ *Vid.* Malo, M.A., “La regulación del despido disciplinario: Un análisis económico”, *Estudios sobre la Economía Española*, FEDEA, 2002 (<http://www.fedea.es/hojas/publicado.html>), p. 18; Lahera Forteza, J., “El despido libre pagado con cheque al trabajador (Comentario a la STS 4ª de 6 de marzo de 2008)”, *Relaciones Laborales*, 18/2008, p. 631.

²⁵ *Vid.* Cavas Martínez, F., “Control de convencionalidad e indemnización por despido improcedente”, *Lefebvre-Revista de Jurisprudencia*, 30/2021, ep. 4; Beltrán de Heredia, I., “Valor social del trabajo y el despido injustificado agravado: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de *disuasión marginal*”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, 1/2022, pp. 59 y 60

²⁶ Es pertinente aquí invocar la tesis de Alchian, que postula la inviabilidad de los sistemas institucionales ineficientes, condenados a ser sustituidos por soluciones evolutivas más funcionales,

encontramos ante una solución razonablemente equilibrada y eficiente, más allá del eventual “ajuste cuantitativo” de las indemnizaciones, no deberían acaso hacerse, por puras razones ideológicas y sin el correspondiente análisis técnico, fatuos experimentos de alteración del “delicado equilibrio esencial” en el que se encontrarían y serían funcionales los términos del actual sistema legal español de despido, sea postulando la plena liberalización del despido, *vgr.*, reclamando la figura del “*employment at will*”, sea promoviendo su máxima restricción y penalización, *vgr.*, invocando la necesidad de que los jueces complementen las indemnizaciones legales y tasadas valorando *ad casum* el daño efectivamente experimentado por los trabajadores con objeto de que la indemnización restituya *in integrum* del daño experimentado y se reduzcan al máximo las decisiones de despido de las empresas²⁷, vía esta última cegada por cierto por nuestro el Tribunal Supremo²⁸.

8. FINAL

La categorización de las indemnizaciones de despido como mecanismos de provisión económica para el afrontamiento de la contingencia de pérdida del trabajo que conlleva la extinción de la relación laboral explica razonablemente bien, desde el análisis económico del derecho, los elementos estructurales y los aspectos más básicos de nuestro sistema legal de despido: la distinción entre despidos arbitrarios o injustificados, objetivos y disciplinarios; la distribución del coste de los mismos entre empresarios y trabajadores según el caso; también la cuantía debida de los pagos indemnizatorios, cuando se asuma que será la empresa quien –con repercusión finalmente sobre los salarios, esto hay que subrayarlo- tenga que soportar en todo o en parte el coste de la contingencia mediante el abono a los trabajadores de las indemnizaciones correspondientes. Y explica asimismo por qué las indemnizaciones, a diferencia de lo que acontece con las prestaciones de desempleo, aparecen legalmente definidas como pagos emergentes y directos que deberían asumir las empresas en casos de despido, sin posibilidad de aseguramiento (no sólo en los despidos arbitrarios o injustificados, por razones obvias –nulidad de las condiciones contractuales potestativas- sino seguramente también en los despidos objetivos): evitar la despersonalización de la

algo que viene a certificar que una regulación que perdura en el tiempo forzosamente ha de tener cierta utilidad o razón de ser; *vid.* Alchian, A., “Uncertainty, Evolution and Economic Theory”, *Journal of Political Economy*, 58/1950, pp. 211-221.

²⁷ *Vid.* Fernández Márquez, O., “Indemnizaciones legales tasadas por extinción de la relación laboral. Apunte crítico sobre las nuevas propuestas de complementación judicial mediante compensaciones adicionales”, *El Derecho del trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, La Coruña, 2023, pp. 164 y 165.

²⁸ *Vid.* TS 16 julio 2025 (rcud 3993/2024), y la previa –gemela- TS 19 diciembre 2024 (rcud 2961/2023).

responsabilidad por dispersión de la carga de hacer frente a la contingencia de los despidos (un efecto naturalmente asociado a la técnica del seguro), todo ello con el objetivo de incentivar a la empresa para evitar despidos arbitrarios o injustificados, *ie.*, despidos cuya realización no resulte necesaria o totalmente inevitable.

Téngase presente que entre los despidos arbitrarios o completamente infundados (fruto del mero capricho empresarial, necesariamente raros en una economía de mercado, en la que cabe suponer que las empresas tenderán a guiarse por criterios de eficiencia económica, y no de modo caótico o por capricho) y los despidos objetivos (basados en causas legales típicas), dejando por supuesto al margen los disciplinarios (no indemnizados), media como hemos señalado el tercer y amplio género de los despidos dotados de cierto fundamento económico (por tanto no arbitrarios o caprichosos) pero carentes de respaldo en las causas legales explícitas del despido (como pudiera ser el caso, por poner sólo un ejemplo significativo entre los muchos posibles, de los despidos por absentismo, suprimidos en nuestro ordenamiento con la Ley 1/2020, 15 julio). Pues bien, corresponde señalar que estos despidos injustificados, legalmente atípicos pero dotados de cierto fundamento, y por tanto no necesariamente arbitrarios, ni radicalmente prohibidos, como hemos dicho, junto con los despidos objetivos legales, obviamente (para muchas de cuyas causas queda también un margen de definición por los sujetos interesados, empresarios y trabajadores) -y no los despidos caprichosos o arbitrarios, forzosamente marginales en una economía de mercado, y que sí están prohibidos-, que no constituyen como decimos una “cantidad despreciable”, son los que quedarían desincentivados en un contexto de indemnizaciones a cargo de las empresas. Lo que quiere decir que nuestro sistema legal no estaría buscando prohibir el despido improcedente (que tendencialmente podría contar con cierto fulcro económico) -sí el despido nulo (arbitrario, caprichoso, ilegal)-, sino simplemente conducir o administrar su práctica mediante la imposición de un precio (la indemnización de despido improcedente), obviamente más alto que el dispuesto para el despido respaldado en una causa legal típica.

Conviene añadir además que, sin salirnos del horizonte de la consideración de las indemnizaciones de despido como provisiones económicas para hacer frente a la contingencia de desempleo post-despido, la perspectiva de análisis a la que nos ceñimos es capaz de recoger con solvencia la doble funcionalidad reparatoria y punitivo-disuasoria que es común -y pertinente- asignar a las indemnizaciones de despido. De un lado, porque la cuantía de estas indemnizaciones se determina en nuestra perspectiva como la estrictamente necesaria para reparar el daño que supone la pérdida del empleo (todo lo necesario) pero sin que ello comprometa o constriña indebidamente la fuente financiadora subyacente real y última de estos pagos, los salarios de los trabajadores (sólo lo necesario), que es lo que *-id quod interest-* se supone que las partes involucradas en el despido -empresarios y trabajadores- acordarían si tuvieran información y pudieran negociar en un contexto de ausencia de costes de transacción. De otro lado porque la cuantía de las

indemnizaciones definida en los términos referidos es capaz de inducir *per se* un efecto punitivo-disuasorio adecuado sobre los despidos, al trasladar el coste de los mismos a quien los practique en relación de proporcionalidad directa con el margen de libertad con el que se decidan las extinciones (más caras cuanto más voluntarias y menos justificadas resulten). Al menos, esto es importante subrayarlo, siempre que se cumpla la condición de no aseguramiento del riesgo de pago de las referidas indemnizaciones, algo que, como ya hemos señalado, va de suyo en los despidos causados voluntaria o intencionadamente, por la nulidad de las condiciones potestativas. El efecto punitivo-disuasorio de las indemnizaciones sobre el despido queda así determinado en términos ponderados, pues ni estamos ante una solución totalmente permisiva con los despidos, menos permisiva por cierto cuanto más libres resultan, ni tampoco ante una solución maximalista de prohibición de los despidos, completamente inasumible en una economía de mercado, por razones obvias.

Cuestión distinta es que se juzgara que las indemnizaciones de despido que quedan legalmente determinadas en los términos que apuntamos -como *proxy* de lo que cabe suponer que empresarios y trabajadores acordarían espontáneamente para la provisión económica de la contingencia de pérdida del trabajo a un coste social bajo en defecto de costes de transacción- resultarían insuficientes, sea porque se quisiera actualizarlas, sea porque se quisiera compensar mejor el daño que sufren los trabajadores y/o porque se quisiera sobre todo reducir los despidos dificultando en mayor medida el margen de las empresas para prescindir de los servicios de los trabajadores que han contratado. En este caso podrían ponerse al día las indemnizaciones de despido, o podrían incrementarse sustancialmente para que operaran a modo de daños punitivos incrementando notablemente su capacidad disuasoria sobre los despidos. O podría dotarse de un sistema de multas administrativas exigibles de oficio para los casos en que se practicaran cierto tipo de despidos. O incluso también podría plantearse la introducción de impuestos dirigidos a gravar los despidos cuya práctica quisiera inhibirse. Todo esto podría hacerse si es que se quisiera dificultar, o incluso prohibir, los despidos reduciendo la rotación laboral atando los trabajadores a las empresas -o las empresas a los trabajadores- y protegiendo de este modo a los trabajadores: *rectius*, a *insiders* frente a *outsiders*, pues los costes altos de despido evitan que se despida, pero también que se contrate.

No obstante, al margen del efecto que un sistema rígido y anti-rotación como este pudiera suponer según apuntamos en términos de igualdad de oportunidades de todos los trabajadores, *insiders* y *outsiders*, o en términos de flujo, intercambio y asignación eficiente de los factores productivos en el mercado, no puede pasarse por alto el riesgo que el mismo representaría también para la eficiencia y el funcionamiento de las empresas, que tendrían que quedarse con trabajadores menos productivos y presionar sobre los salarios para financiar los despidos -más caros- de estos trabajadores, lo que haría subir finalmente los costes de producción

y/o terminaría elevando los precios de los productos y los servicios. Puede ser conveniente por tanto que las empresas indemnicen a los trabajadores en ciertos supuestos de despido, porque ello reducirá el coste social de las extinciones, ya que el despido libre no es la mejor de las soluciones. Pero sin excederse. La solución está por tanto en un punto intermedio entre la regulación y la indemnización de los despidos y la concesión de un margen a las empresas. Cuál sea tal punto de equilibrio no es fácil decirlo, pero sí cabe afirmar como hemos señalado que el sistema legal de despido español, simplemente por haberse mantenido funcional de manera pacífica a lo largo de varios años, podría no estar tan lejos de tal equilibrio. Las propuestas para cambiarlo, eventualmente convenientes o necesarias, habrán de ser sometidas por ello al escrutinio técnico pertinente y despojadas del velo ideológico en el que suelen aparecer envueltas. La niebla ideológica se entiende, y es natural, en el ámbito de la política, pero debería disiparse, o al menos ser diagnosticada como tal, en el ámbito del análisis técnico del derecho.