

ESTUDIOS SOBRE LA ECONOMIA ESPAÑOLA

La regulación del despido disciplinario: Un análisis económico

Miguel Angel Malo

EEE 150

Diciembre 2002



<http://www.fedea.es/hojas/publicado.html>

LA REGULACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: UN ANÁLISIS ECONÓMICO*

Miguel Ángel Malo
Universidad de Salamanca
(Octubre 2002)

Dirección para correspondencia:

Dpto. de Economía e Historia Económica,
Edificio FES, Campus "Miguel de Unamuno"
Universidad de Salamanca
37007 Salamanca
Tel.: 923 - 29 46 40 (ext. 3512)
Fax: 923 - 29 46 86
E-mail: malo@usal.es

* Versiones previas de este trabajo se expusieron en sendos seminarios en la Universidad de Alcalá y en la Universidad de Salamanca, donde los asistentes realizaron comentarios y sugerencias que han resultado muy útiles. No obstante, quisiera agradecer en particular a Juan Francisco Jimeno y a Santiago López López las críticas realizadas en dichos seminarios y en conversaciones posteriores. Obviamente, ninguno de ellos es responsable de los errores y problemas que pudieran existir en este trabajo. Esta investigación se ha desarrollado con financiación de la CICYT (proyecto SEC2001-0061).

LA REGULACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: UN ANÁLISIS ECONÓMICO

Resumen:

En este artículo se realiza un análisis económico de la regulación del despido disciplinario en España. Se explica cómo determinados accidentes históricos que han generado dependencia de la senda dieron lugar a un sistema de despido libre costoso y los incentivos de empresas, trabajadores y gobiernos para sostener dicho sistema. Se analizan las ineficiencias de este sistema: incremento sustancial del coste del despido y carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación. Por último, se explica cómo la reforma de las prestaciones por desempleo de 2002 es la culminación de dicho sistema de despido libre costoso.

Palabras clave: despido disciplinario, despido libre, dependencia de la senda, Derecho Laboral
Clasificación JEL: K31, J63, J53

Abstract:

In this article, we present an economic analysis of the legal framework of disciplinary dismissals in Spain. We explain how a path-dependence problem has been created by some historical accidents and is behind the current system of a *costly* employment at will. The incentives of firms, workers and governments to sustain such system are discussed too. The system creates two main inefficiencies: a substantial increase in severance pay and the transformation of intervening wages in an additional severance pay. Finally, we discuss how the unemployment benefits reform of 2002 can be understood as the culmination of the Spanish costly employment at will.

Keywords: disciplinary dismissal, employment at will, path-dependence, Labour Law
JEL Classification: K31, J63, J53

1. Introducción

¿De dónde proviene el actual sistema español de despido? ¿Por qué el despido disciplinario se ha convertido en la figura principal de dicho sistema y la indemnización de 45 días de salario por año trabajado en la referencia para el coste del despido? Este artículo tiene como objetivo intentar proporcionar respuestas a dichas preguntas mediante el análisis típico de *Law and Economics*, es decir, explicando la función económica que desempeñan las cuestiones jurídicas de que se trata y si colaboran en el funcionamiento eficiente del sistema económico o no. Como el sistema actual de despido procede de una larga evolución institucional que abarca aproximadamente medio siglo, el análisis histórico se vuelve fundamental para entender el cambio institucional y se hará siguiendo básicamente a North (1990) y sus ideas sobre el cambio institucional, que enfatiza la pervivencia de sistemas institucionales ineficientes y la importancia crucial de los accidentes históricos que generan “dependencia de la senda” (*path-dependence*).

La consideración conjunta de los aspectos económicos, jurídicos e históricos nos llevará a una interpretación de la normativa sobre despidos más amplia y más rica que la convencional. Dicha interpretación convencional de la evolución histórica del despido y sus costes en España (cuya mejor representación es probablemente Serrano y Malo de Molina, 1979) afirma que con el inicio de la dictadura franquista se crea un sistema de relaciones laborales que descansa sobre la seguridad en el empleo para los trabajadores como contrapeso de la flexibilidad salarial. La forma legal de dicha seguridad habría sido la creación de costosos procedimientos legales pensados para dificultar la realización de despidos. Tras la crisis de finales de los cincuenta y la puesta en marcha del Plan de Estabilización de 1959, el sistema de relaciones laborales franquista habría entrado en una nueva etapa que seguiría marcada por un fuerte intervencionismo estatal¹, con sustanciales restricciones legales al despido (económico y disciplinario), pero con una gran importancia de los componentes variables de la retribución salarial. Las consecuencias de estas características fueron flexibilidad salarial y rigidez en el ajuste vía cantidades, es decir, en los despidos.

Por el contrario, el sistema de relaciones laborales que, tras diversos cambios legales, se instaaura a partir de 1980 con el Estatuto de los Trabajadores como pieza fundamental habría tenido, frente al anterior, dos consecuencias diferentes:

- Rigidez salarial, en el sentido de un cierre del abanico salarial y de incorporación de la

¹ Lo cual era bastante apreciable en la negociación colectiva, altamente intervenida, desvirtuada y sin sindicatos libres. Véase Serrano y Malo de Molina (1979) y Fina et al. (1989) para ampliar la información sobre el sistema de negociación colectiva bajo el franquismo.

anterior variedad de complementos dentro del salario base, debida en gran medida a la legalización de sindicatos libres y la implantación de un sistema de negociación colectiva en la línea de los existentes en otros países de Europa occidental.

- Una mayor flexibilidad (en relación con la situación previa) en los despidos, en el sentido de un menor coste para el caso de los trabajadores (al disminuir los límites máximos de la indemnización por despido improcedente), una ampliación de las posibilidades de uso de los despidos colectivos y con una legislación mucho más permisiva -sobre todo a partir de 1984- en relación con los contratos de duración determinada.

Sin poner en cuestión la tesis de una mayor flexibilidad salarial en el sistema de relaciones laborales franquista (documentada, por ejemplo, en Malo de Molina, 1983 y 1984), veremos aquí cómo la normativa del despido tenía una rigidez más formal que práctica y que de hecho no tenía un carácter de contrapeso para los trabajadores de una estructura salarial flexible. Por el contrario, veremos que más bien el sistema *clásico* de despido tuvo una aparición histórica que responde a los problemas del final de periodo autárquico y al intento de dar una vía de ajuste a las empresas, que llevó a la creación de hecho del despido libre costoso y que este peculiar sistema de despido no ha hecho más que consolidarse a lo largo del tiempo, incluso hasta la ley que recogerá los cambios introducidos en el decreto de reforma de las prestaciones por desempleo de mayo de 2002.

El desarrollo del artículo para explicar esta interpretación tiene la siguiente estructura. En primer lugar, se realiza en la sección 2 una reflexión sobre la utilización de los distintos tipos de despido para reducir plantilla, concluyendo que la figura más utilizada por las empresas para hacer frente a los *shocks* negativos ha sido la del despido disciplinario. En la sección 3, se realiza un repaso de la normativa relacionada con el despido disciplinario durante el periodo objeto de estudio, mostrando que siempre se pudo despedir *fácilmente* bajo el sistema de relaciones laborales franquista, pero de forma costosa (y eso era lo que lo volvía *difícil*). En cierto sentido, hablaremos de la aparición de un *employment at will* (un sistema de despido libre o sin causa²) a la española, gracias a la figura del expediente de no readmisión. En la sección 4, a partir de los elementos presentados en las secciones anteriores se hace una interpretación histórica de la evolución institucional del despido. En la conclusión se resumen las principales

² La definición norteamericana de *employment at will* se estableció en la sentencia del caso Payne v. Western & Atlantic RR a finales del siglo XIX, en la que se establecía que la empresa podía despedir '*for good cause, for no cause, or even for cause morally wrong*'. No obstante, desde los años ochenta se han ido introduciendo limitaciones al *employment at will*, sobre todo en la legislación estatal.

aportaciones del artículo y cómo la interpretación que aquí se presenta del sistema de despido español puede ayudar a entender los cambios actuales en la normativa que altera la percepción de la indemnización por despido improcedente y el pago de los salarios de tramitación.

2. La necesidad de causa justa para despedir en el ordenamiento jurídico español y los tipos de despido utilizados.

La necesidad de una causa para que la empresa pueda romper el contrato laboral unilateralmente supone una tutela legal -limitada- del trabajador por parte del ordenamiento jurídico, como fruto de la presunción de que el trabajador es la parte más débil de la relación contractual de trabajo.

Las causas del despido pueden ser de dos tipos: no imputables al trabajador (esto es, por necesidades de la actividad productiva) e imputables al trabajador. Esta distinción ha permanecido inalterada desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931 hasta la actualidad.

Las no imputables al trabajador tienen un carácter de hecho imprevisible en el momento de la firma del contrato (o, aun siendo previsible, no es posible evitar). En estas condiciones, el despido debe ir acompañado de una compensación ya que la nueva situación no se puede achacar al trabajador. La crisis como causa de despido (el habitualmente denominado como despido económico) quedaría incluida en este grupo.

Las imputables al trabajador son las disciplinarias, que suponen un incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones marcadas en el contrato de trabajo. Por lo tanto, la causa del despido disciplinario debería radicar en la conducta del propio trabajador y no en la actividad productiva de la empresa.

A partir de esta diferencia de causas, el Derecho del Trabajo español ha generado un efecto no previsto sin duda por el legislador, pero que la práctica legislativa y procedimental han acabado instaurando: los despidos individuales toman, mayoritariamente, la forma de despidos disciplinarios, quedando el resto de tipos de despidos individuales relegados a un muy segundo plano. La figura que la normativa configuraba como de despidos económicos era en un principio la de los despidos colectivos (bajo la forma de un expediente de crisis antes del Estatuto de los Trabajadores y bajo la forma de un expediente de regulación de empleo tras el Estatuto). La reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 ha extendido una posibilidad previa apenas usada de los despidos por razones objetivas para realizar despidos económicos (de concreción tanto individual como colectiva). En cuanto a las otras causas no económicas de despido

objetivo, la jurisprudencia se ha encargado de ir cerrándolas en su aplicación práctica, hasta dejarlos reducidos a supuestos marginales (Briones, 1995). Por lo que respecta a los despidos objetivos por causa económica a partir de 1994, la normativa estuvo sometida a grandes diferencias de interpretación y aplicación (Briones 1995, y CES, 1995), con lo que en 1997 se intentó aclarar el concepto de causa económica en estos despidos, pero sigue siendo una vía usada de modo ocasional y no como la principal para la realización de despidos en momentos de crisis.

Aparentemente, la distinción anterior nos obligaría a estudiar meramente los costes de los despidos colectivos (añadiendo tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 los despidos objetivos por causas económicas) como aquéllos que están originados en verdaderos ajustes de plantilla que tratan de hacer frente a las oscilaciones del ciclo económico. Sin embargo, el Cuadro 1 muestra que el despido individual es la gran vía de ajuste de las empresas españolas. La distinción de causas a la que se aludía antes se aprecia que no es operativa, porque el despido disciplinario (la inmensa mayoría de despidos individuales incluso después de la reforma de 1997³) no es la vía por la que la empresa se deshace de los trabajadores que no cumplen sus obligaciones. Antes bien, es el procedimiento para realizar un despido sin causa (*ad nutum*, en la terminología jurídica habitual) costoso. Los datos del Cuadro 1 permiten apreciar que esta situación se producía tanto en el sistema franquista de relaciones laborales como en el establecido a partir de la transición política.

[AQUÍ CUADRO 1]

Esta relación entre despidos individuales y colectivos -disciplinarios y económicos, en definitiva- nos está indicando que el verdadero instrumento de ajuste de plantillas en España ha sido y es el despido individual, con lo que detrás de la gran cantidad de despidos disciplinarios tiene que haber forzosamente una mayoría de despidos económicos encubiertos⁴. Por lo tanto, la práctica jurídica ha creado un mecanismo para realizar el tipo de despido que nuestro ordenamiento ha pretendido desterrar desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931: el despido sin causa, pero costoso, siendo su coste el del despido disciplinario improcedente. Dado que éste ha

³ Para un tratamiento teórico de los incentivos para usar el despido disciplinario en lugar del despido objetivo económico incluso cuando no hay razones disciplinarias véase Malo (2000). Para una explicación no formalizada (pero más extensa y centrada en las reformas legales de 1994 y 1997) véase Malo y Toharia (1997).

⁴ Adicionalmente, si los despidos disciplinarios realmente fueran tales no deberían estar relacionados con el ciclo económico. Sin embargo, en Toharia y Malo (1994) se aprecia que mantienen una relación clara con las oscilaciones de la actividad económica, aumentando en las fases recesivas del ciclo y disminuyendo en las expansiones. Esto también se puede apreciar a simple vista en el Cuadro 1.

sido, cuantitativamente, el mecanismo de ajuste de plantillas más utilizado, el análisis del despido disciplinario es el que tiene que realizarse para entender las dificultades y los costes de despedir en España⁵. Entender la evolución del despido disciplinario se convierte así en la comprensión del núcleo del sistema de despido en España.

3. La evolución de la legislación sobre despido en España y los cambios en el sistema de relaciones laborales⁶

El régimen jurídico del despido es uno de los componentes fundamentales de cualquier sistema de relaciones laborales. Por lo tanto, al analizar la evolución de la legislación sobre despidos es inevitable describir otras normas que regulan otros aspectos de la relación laboral, ya que se complementan mutuamente. A continuación, se analiza dicha evolución desde los antecedentes más importantes de la legislación sobre despidos, haciendo especial referencia a la determinación de indemnizaciones y a la exigencia de una causa para realizar el despido.

3.1. Antecedentes

Como antecedentes, cabe mencionar que es en el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926 cuando por primera vez se introduce la exigencia de causa justa, si bien sólo para la terminación de los contratos por tiempo determinado (artículo 20); no obstante, no había consecuencia alguna para la empresa si no existía dicha causa, con lo que esta exigencia no era operativa en la práctica (Fernández, 1989).

La introducción clara de las indemnizaciones en el ordenamiento laboral tiene lugar con el Real Decreto de 22 de julio de 1928, que establece, por primera vez, la posibilidad de impugnar el despido ante el Comité Paritario⁷ (artículo 17.3). Si éste apreciaba que no existía causa justa (algo que debía ser apreciado en cada caso), el patrono debía readmitirlo (artículo 17.6). Si el patrono se negaba a la readmisión, se le sancionaba con la obligación de compensar económicamente al trabajador (en concepto de indemnización de perjuicios) con una cantidad

⁵ El estudio del coste de los despidos colectivos tropieza con la inexistencia de estadísticas sobre las indemnizaciones que se pagan en los mismos, aunque sí que existen datos administrativos sobre el número de despidos por esta vía, si bien resulta bastante complejo reconstruir series históricas largas.

⁶ Las fuentes seguidas en esta sección son principalmente: Montoya (1978), Mingo (1996), Fernández (1989), Ortiz (1995), Almansa (1968) y Valdés (1985).

⁷ Los Comités Paritarios fueron creados, como instituciones de Derecho Público, durante la Dictadura de Primo de Rivera. Tenían competencias para resolver diferencias individuales y colectivas que les sometieran patronos y obreros.

que podía oscilar entre quince días y tres meses de jornal (artículo 17.7).

En la Segunda República, la norma más importante en relación con los despidos es la Ley de 27 de noviembre de 1931 de Jurados Mixtos (los cuales sustituyeron a los Comités Paritarios). Esta ley completó el régimen jurídico del despido de la Ley de Contratos de 1931, ya que se establecía que los Jurados Mixtos estaban facultados para apreciar la legitimidad del despido⁸. La no readmisión del despedido en caso falta de causa legítima del despido podía ser sustituida por una compensación económica (una indemnización).

3.2. El periodo autárquico

Las primeras normas franquistas relacionadas con el mercado de trabajo nacen durante la Guerra Civil. El Fuero del Trabajo se aprueba en 1938 e introduce dos cambios sustanciales en el sistema de relaciones laborales: crea una nueva Magistratura para los asuntos laborales y crea el sindicato vertical. Mediante el Decreto de 13 de mayo de 1938 se produce la supresión de los Jurados Mixtos y las Magistraturas de Trabajo pasan a asumir las funciones de los Jurados Mixtos y de los tribunales industriales. La estructura de las Magistraturas se convierte en típicamente judicial y se compone de jueces de instrucción, fiscales y abogados. Así mismo, se crea un Tribunal Central de Trabajo.

El nuevo marco institucional, todavía incompleto, se quiere asentar en 1940 con la promulgación de dos nuevas leyes: la Ley Orgánica de la Magistratura de Trabajo (17 de octubre) y la Ley de Bases de la Organización Sindical (6 de diciembre).

En 1941 se promulgan una serie de leyes en relación con los despidos que introducen las siguientes novedades:

- Cambios del procedimiento en los plazos de presentación de las demandas contra despidos (Ley 11 de julio de 1941, que modifica el artículo 47 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931).
- Causas de cese del contrato de trabajo y de despido disciplinario (Ley 6 de noviembre de 1941, que modifica el artículo 89 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931).
- El régimen de indemnizaciones en relación con la opción del patrono o del obrero (Ley 6 de noviembre de 1941, que modifica la Ley de Jurados Mixtos). Esta ley afirmaba que

⁸ En los Jurados Mixtos participaban tanto funcionarios judiciales como representantes de las asociaciones existentes. Su estructura era la siguiente: un presidente; un secretario; e igual número de vocales para empresarios y trabajadores. Eran, pues, semejantes a los Tribunales Industriales que todavía existen en algunos países de la Unión Europea, como es el caso del Reino Unido.

era un contrasentido jurídico (y algo en contra del derecho al trabajo establecido en el Fuero del Trabajo) que el empresario tuviera el derecho de opción entre readmitir o compensar cuando fue él quien hizo el despido sin justa causa. Sin embargo, también se establecen salvedades para las pequeñas empresas, a las que se les implanta un régimen de despido propio. Hay consecuencias nuevas si el despido es calificado como injusto:

- (i) Si la empresa tenía más de 50 operarios fijos, la opción era del trabajador.
- (ii) Si la empresa tenía menos de esa cifra, la opción era de la empresa.

Teniendo en cuenta la estructura industrial de España -con predominio de la pequeña empresa- el caso más habitual sería el segundo. Por tanto, como señala Valdés (1985) no es evidente que el sistema franquista proporcionara estabilidad en el empleo a cambio de la falta de derecho colectivos, como se suele afirmar en muchas ocasiones (tanto que podríamos decir que dicha afirmación forma parte de la sabiduría convencional sobre la historia del mercado de trabajo español). La estabilidad, más bien, la proporcionaba la situación económica. Esta cuestión se evidenció cuando se desató la crisis económica a finales de los cincuenta y para la cual la legislación franquista no fue capaz de proporcionar estabilidad.

En 1942 tenemos otra ley clave del sistema de relaciones laborales franquista del periodo, que es la Ley de Reglamentaciones de Trabajo (16 de octubre de 1942)⁹ que otorgaba plenos poderes al Ministerio de Trabajo para: fijación de las condiciones colectivas de trabajo; organización del trabajo; categorías profesionales; régimen disciplinario, etc.

En 1944 se cierra la *provisionalidad* de la regulación de las relaciones individuales de trabajo con las siguientes normas:

- Ley de Contratos de Trabajo (LCT) de 26 de enero de 1944, que se basaba, en líneas generales, en la Ley de Jurados Mixtos de la Segunda República.
- Los artículos 222, 223 y 224 del Código Penal sobre la represión de los fenómenos huelguísticos y de protesta colectiva.

La LCT de 1944 incluye una enumeración de las causas de despido (9 categorías). El despido disciplinario aparece bajo el nombre de despido justificado. Las causas de despido disciplinario permitían su uso como instrumento represivo (Mingo, 1996). Así, la enumeración de motivos del despido disciplinario no generaba *rigidez* sino que permitía una amplia

⁹ Otras normas importantes del mismo año son: la Orden de 4 de febrero de 1942 del Ministerio de Trabajo, que crea los Decanatos de las Magistraturas de Trabajo; y la Ley 14 de diciembre de 1942 creando el Seguro Obligatorio de Enfermedad.

maniobrabilidad a la empresa ya que la legislación no cuantificaba las faltas ni el grado de gravedad; estos aspectos se dejaban a criterio del reglamento de régimen interior y de la discrecionalidad del empresario.

La LCT de 1944 mantiene las consecuencias de la Ley de 1942 en términos de derecho de opción en función del tamaño de la empresa. La compensación económica era fijada por el Magistrado a su prudente arbitrio (pudiendo tener en cuenta la situación personal y familiar del trabajador) sin que el importe pudiera exceder de 1 año de jornal.

En esencia, la LCT de 1944 planteaba dos problemas: la forma del despido y el incumplimiento de la readmisión.

En cuanto al primer problema, la LCT (al igual que sus predecesoras) no mencionaba la forma del despido. Las Reglamentaciones de Trabajo llenaron este vacío. No hubo ninguna unidad, aunque se pueden distinguir dos formas básicas (Almansa, 1968): despido como propuesta y despido como sanción directa del empresario. Pero todas las Reglamentaciones incluían la necesidad de un *expediente previo*, en el que debían oírse las alegaciones del interesado.

En cuanto a los trámites y plazos, la disparidad era grande. Pero en caso de incumplimiento de requisitos no se establecían consecuencias (aunque alguna Reglamentación trataba de imponer la nulidad). Por lo que se refiere a la nulidad, la Orden de 23 de abril de 1947 la impuso cuando se produjera un incumplimiento de trámites sustanciales. Sin embargo, la referencia a los requisitos de las Reglamentaciones volvía muy compleja la articulación de la norma.

En relación con el segundo de los problemas de la LCT de 1944, si el empresario no readmitía al trabajador, la situación de éste era muy confusa, ya que no contaba con medios para hacer valer su opción si el patrono se oponía a ello.

3.3. El sistema *clásico* de despido y el incidente de no readmisión

A finales de la década de los cincuenta, el sistema de relaciones laborales descrito antes se muestra incapaz de hacer frente a la precaria situación económica y, a partir de 1956 se abre un periodo de cambios legales que desembocan en una nueva articulación del sistema de relaciones laborales, sobre todo en lo que se refiere al despido y las indemnizaciones.

El Decreto de 26 de octubre de 1956 genera una gran cantidad de novedades en relación con el despido, que las normativas posteriores fijarán y completarán, pero sin cambiar sus

principios. Estas normas son el Texto Refundido de Procedimiento Laboral (TRPL) de 4 de julio de 1958, el TRPL de 17 de enero de 1963, el Texto Articulado de Procedimiento Laboral de 21 de abril de 1966 y el TRPL de 17 de agosto de 1973.

Unificó los criterios de forma, eliminó el sistema de despido propuesta y la necesidad de expediente. En su lugar, aparecen ya los aspectos básicos del sistema *clásico* español que se suele asociar con todo el periodo franquista: carta de despido (con fecha y motivos del despido); distinción entre despido improcedente y nulo; e incidente de no readmisión, que regula la sustitución de la obligación de readmitir por una cierta compensación económica más elevada que la indemnización estipulada inicialmente. Por tanto, se produce una simplificación del despido.

Aunque todos los componentes del esquema clásico son relevantes, cabría destacar la aparición del incidente de no readmisión (cuya denominación legal completa era la de *incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión*), ya que tiene como efecto que la decisión de despido de la empresa es definitiva aunque el despido sea nulo, si bien pagando un precio mayor por ese despido. El funcionamiento de todo el procedimiento, incluido el del incidente de no readmisión se explica a continuación.

La formulación del TRPL de 4 de julio de 1958 permitía, mediante la interacción de sus artículos 103 y 212 la existencia del despido sin causa costoso, ya que según el artículo 103 en los despidos disciplinarios injustificados (improcedentes en la terminología jurídica actual) el magistrado debía condenar al empresario a la readmisión o al pago de una indemnización de hasta un año de salario, correspondiendo la opción a la empresa cuando ésta tuviera una plantilla de menos de 50 trabajadores y al trabajador en caso contrario. Aquí entraba en juego el artículo 212, puesto que si la empresa no cumplía la obligación de readmitir, las consecuencias para la empresa eran el pago de una indemnización de hasta 4 años de salario y la extinción definitiva de la relación laboral. Esta situación prevista por el artículo 212 era precisamente el incidente de no readmisión¹⁰ (Fernández, 1989).

Para la interpretación económica de la modificación jurídica que supone el incidente de no readmisión hay que situarla en su contexto histórico. Se produce al comenzar el fin de la autarquía, y ante el reto de la apertura de los mercados al exterior. La estructura productiva fosilizada del primer franquismo exigía cambios y adaptaciones ante la grave crisis económica

¹⁰ Los detalles estrictamente jurídicos del incidente de no readmisión son revisados en Montoya (1978). Un análisis con mayor extensión y profundidad se puede encontrar en Alonso (1970) y en Fernández (1989).

de 1955-56, acompañada de agitaciones sociales. En este contexto, el incidente de no readmisión se configura como solución de compromiso, o más bien, como "contraprestación" a los empresarios de la posibilidad de mejoras voluntarias en los salarios. En este sentido hay que decir que previamente al incidente de no readmisión, el Decreto de 8 de junio de 1956 había reconocido a la empresa el derecho a fijar, sin autorización del Ministerio de Trabajo, condiciones superiores a las establecidas en las Reglamentaciones, que adquirirían así el carácter de mínimos. Por tanto, la mayor facilidad para el despido del incidente de no readmisión se introduce como contrapeso de las mejoras respecto de los mínimos salariales (Fernández, 1989). Pero esta justificación de carácter histórico (en el sentido de que depende de circunstancias únicas que se dieron en un cierto momento) dio entrada de forma clara en el ordenamiento jurídico español al *despido libre costoso*, ya que bastaba con cumplir los requisitos de forma y con pagar una cierta cantidad de dinero para que el despido tuviera lugar. Ahora bien, las cantidades pagadas se desvinculaban de las que podría haber previsto la normativa para los despidos económicos, porque aparecían incentivos para no usar la normativa creada para los despidos económicos, sino para usar el camino más sencillo y rápido del despido disciplinario pero a un coste más elevado. Es aquí dónde se aprecia nuestro alejamiento de la interpretación habitual cuya referencia clásica es Serrano y Malo de Molina (1979). Los mecanismos de la carta de despido, exigencia de causa, etc., no se establecen para generar una seguridad en el empleo que sirva de contrapeso a la flexibilidad salarial, sino que nacen y se fijan junto con el mecanismo del incidente de no readmisión, clarificando legalmente el cauce ya existente para el despido libre costoso, ya que bastaba con cumplir los requisitos de forma y con pagar una cierta cantidad de dinero para que el despido tuviera lugar. La normativa proporcionaba así incentivos para un uso desvirtuado de la misma, de tal manera que si los casos llegaban hasta el juez, éste no podría por menos que fallar a favor del trabajador debido a los incentivos creados para usar inadecuadamente la norma y no meramente por el paternalismo habitualmente atribuido a la justicia laboral bajo la dictadura franquista¹¹.

Esta mayor facilidad para despedir (en realidad otorgada a las empresas de más de 50 trabajadores, que era en las que el derecho de opción lo tenía el trabajador), les debía permitir renovar su personal y adaptar su actividad productiva (diseñada para una economía autárquica) permitiendo mejorar su competitividad de cara al comercio exterior. Algunos autores

¹¹ Algunos autores consideran que este paternalismo también ha sido relevante tras la llegada de la democracia (Jimeno y Toharia, 1993). Un análisis formal del paternalismo de los jueces laborales (pero en el caso italiano) es Ichino et al. (2002).

(Fernández, 1989) insisten en que el aumento de la indemnización podría estar encaminada a reducir la "contestación" de los trabajadores. Sin embargo, hay que señalar que el aumento de la indemnización no se aplica en el incidente de no readmisión de las empresas de menos de 50 trabajadores. Teniendo en cuenta la gran cantidad de empresas pequeñas en España esto es muy importante, y suponía, en realidad, la instauración de un sistema de compensación en el que el tamaño de la indemnización depende del tamaño de la empresa.

Finalmente, en relación con los costes burocráticos del despido, el Decreto de 1956 introdujo una novedad relacionada con el régimen jurídico de la ejecución de la condena de readmisión, y que puede interpretarse como un precedente histórico de los salarios de tramitación. Cuando el Magistrado juzgaba como arbitrario el despido, condenaba al empresario al pago de una indemnización complementaria equivalente a las jornadas devengadas durante la sustanciación del procedimiento. No obstante, el TRPL de 1958 no hacía ninguna alusión a estas indemnizaciones complementarias, al igual que el resto de las normas procesales. Esto supuso la supresión de este embrión de los salarios de tramitación, pero hay que resaltar que este precedente histórico de los salarios de tramitación tuvo un claro carácter indemnizatorio supletorio y no significaba que la relación laboral continuaba hasta que el juez decidía calificar como improcedente el despido realizado por la empresa¹².

En resumen, el TRPL de 1958 confirma el procedimiento que ya existía para el despido, pero aumentando el poder de decisión del empresario (con la conjugación de sus artículos 103 y 212). El régimen indemnizatorio era el siguiente:

- Si es declarado improcedente por el juez (artículo 103): readmisión o indemnización de hasta 1 año de salario.
- La opción es del patrono si la empresa tiene menos de 50 operarios fijos.
- La opción es del trabajador en caso contrario. La empresa solía incumplir la sentencia arguyendo *el principio de autoridad*. El artículo 212 establecía las consecuencias del incidente de no readmisión: ampliación de la indemnización hasta 4 años de salario.

Así se aprecia claramente que el despido disciplinario era siempre posible, con causa o sin ella; para el empresario todo se reducía a un problema de mayores costes y de cumplir los requisitos formales.

¹² Como veremos esto se sigue apreciando incluso en los debates en torno a la reforma de las prestaciones por desempleo de 2002.

3.4. Transición y democracia.

Entre 1976 y 1980, la legislación laboral española es vacilante y, en ocasiones, trata de dar una respuesta a la nueva situación tratando de imponer soluciones drásticas y, en otras, trata de encaminarse hacia un sistema de relaciones laborales como el existente en el resto de países de Europa occidental.

La primera ley de este periodo que cambia la regulación del despido es la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (complementada por el Real Decreto 1925/1976 de 16 de julio). Sus principales novedades son:

- Imposición de la readmisión (a través de su polémico artículo 35), sin posibilidad de sustituirla por una indemnización. De esta manera esta ley sí que se proponía dar estabilidad en el empleo como contrapartida de la ausencia de derechos colectivos de los trabajadores (básicamente libertad sindical y derecho de huelga), como señala Valdés (1985).

- Regreso al sistema de expediente.

- El efecto del despido improcedente se equipara al del nulo aunque se mantiene su distinción a efectos dogmáticos.

- Reaparece la indemnización complementaria, que, en esencia y a pesar de una cierta confusión terminológica del texto legal, se acerca a los actuales salarios de tramitación (con lo que se ve a su vez el carácter indemnizatorio de dichos salarios de tramitación).

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 buscaba la implantación de la estabilidad en el empleo por vía legal a fin de contrarrestar los primeros efectos de la crisis económica de los años setenta. El sistema establecido por esta ley eliminaba el despido sin causa costoso que había sido posible gracias al incidente de no readmisión. No obstante, esta regulación apenas subsistió un año por el fuerte rechazo empresarial que suscitó e incluso el polémico artículo 35 duró menos todavía.

El Real Decreto Ley 18/1976 de 8 de octubre suspende el artículo 35 e introduce los siguientes cambios en los despidos:

- Se equiparan los efectos del nulo y del improcedente, pero ahora en relación con la posibilidad de compensación por no readmisión.

- El juez debía fijar la indemnización, tomando como referencia la antigüedad en la empresa, condiciones del contrato, posibilidades de nueva colocación y las circunstancias personales y familiares del trabajador.

La Orden Ministerial de 15 de octubre de 1976 clarificó aún más la situación en relación con los siguientes puntos:

- Establecimiento de límites claros de la indemnización (artículo 2, disposición 2ª): entre 2 meses de salario por año de servicio y 5 anualidades (30 años de servicio).
- Eliminación del expediente y reintroducción de la comunicación escrita al despido.
- Mantiene la indemnización complementaria (hasta la fecha en que el Magistrado da por finalizada la relación laboral).

Un nuevo cambio importante se produce con el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977:

- Se corrobora la equiparación de efectos de los despidos nulos e improcedentes, en términos de sustitución de la readmisión por compensación (salvo para representantes de los trabajadores).
- Comunicación escrita (con requisitos especiales para los representantes de los trabajadores)
- Extensión de los salarios de tramitación hasta la fecha de terminación de la relación contractual.
- Nuevo tratamiento de las pequeñas empresas: reducción de la indemnización, si lo estima conveniente el juez, en las empresas de menos de 25 trabajadores.

Un cambio adicional de este real decreto fue la creación de un nuevo tipo de despido: el despido por causas objetivas, que incluía la posibilidad de hacer despidos individuales por razones económicas, pero que apenas fue utilizado en la práctica (Briones, 1995), hasta la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 en que se amplió algo su aplicabilidad (con problemas de definición y de diseño que es lo que precisamente ha limitado un uso más extenso).

Pero el cambio más importante es la promulgación del Estatuto de los Trabajadores (ET) en 1980, que trataba de configurar unas reglas básicas de funcionamiento del mercado de trabajo coherentes con el nuevo sistema político democrático. En él se fijó una fórmula de cálculo de las indemnizaciones por despido disciplinario improcedente: 45 días de salario por año trabajado en caso de improcedencia (con un máximo de 42 mensualidades, es decir, 3 años y medio de salario)¹³. Con el ET, pues, se produce una reducción del máximo posible que

¹³ Si el despido disciplinario es procedente no hay derecho a indemnización alguna, pero sí que hay derecho a recibir la prestación de desempleo (cumpliendo un breve periodo de mora).

podría llegar a pagar la empresa respecto de las leyes inmediatamente anteriores y se elimina la discrecionalidad judicial a la hora de determinar las indemnizaciones.

El ET otorgaba efectos distintos a la nulidad (readmisión) y a la improcedencia (derecho de opción de la empresa, excepto cuando el despedido es un representante de los trabajadores). En el primer caso, no había posibilidad de compensar al trabajador con dinero, mientras que en el segundo sí. Ahora bien, el TRPL (RD Legislativo 1568/1980 de 13 de junio) trastocó la diferencia de efectos de la nulidad y la improcedencia del Estatuto: a través de nuevo de la figura del incidente de no readmisión la eficacia extintiva se traslada también a la declaración de nulidad. La diferencia es que la opción entre readmitir o indemnizar en la nulidad no es simultánea (como en la improcedencia) sino que es sucesiva. En cuanto a los salarios de tramitación, el límite de 2 meses no es aplicable a la nulidad.

A pesar de que la enumeración de tipos de despido del Estatuto tenía una vocación exhaustiva, el Tribunal Constitucional (Sentencia 23 de noviembre de 1981) dio vida al despido radicalmente nulo (nulidad *ab radice*), para un caso en el que se violaba un derecho fundamental. En este caso, se produce la readmisión inmediata y no es posible sustituir esta obligación por una indemnización. Obviamente, se trata de casos excepcionales.

Una figura relacionada con el despido disciplinario que nace en los ochenta es el despido nulo en fraude de ley (despido disciplinario sin causa disciplinaria), inspirado en el Código Civil. Comenzó resolviéndose en nulidad ordinaria. A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986, nulidad radical y a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1991 (con la nueva Ley de Procedimiento Laboral) con improcedencia. Esta podría haber sido una vía para ir cerrando la vía del despido libre costoso (ya que tomaba la forma de un despido disciplinario en el que en realidad no había causa disciplinaria y se resolvía pagando la cantidad de improcedencia), pero como vemos sólo fue abierta por la jurisprudencia y apenas subsistió.

En 1984 se produce un cambio en los costes de despido de los nuevos entrantes en el mercado de trabajo gracias a la nueva normativa permitiendo el uso más extenso de los contratos temporales, pero este cambio también supuso una alteración de otro de los componentes que se consolidan con el ET: los salarios de tramitación. Con el ET éstos toman su forma actual. Si el proceso se prolonga más de dos meses, el empresario tiene derecho a que la Administración le devuelva los salarios que excedan dicho límite. Así, los salarios de tramitación no parecen tener el carácter indemnizatorio en el que ya hemos insistido con

anterioridad, sino que estarían relacionados con la interpretación de quién tiene derecho a romper la relación laboral: en caso de procedencia el derecho es de la empresa, pero en caso de improcedencia es del juez y, por tanto, la relación laboral pervive (y también el derecho a percibir el salario) hasta que el juez la rompe con la declaración de improcedencia. Ahora bien, esta concepción resulta trastocada por la práctica jurídica cuando se generalizan los contratos temporales (a partir de la reforma del ET de 1984). En caso de algún tipo de problema con la extinción del contrato temporal, el juez utiliza el régimen indemnizatorio del despido improcedente, ya que no se previó en ningún momento un régimen indemnizatorio propio y diferente para la extinción ilegal de un contrato temporal. Dada la baja antigüedad que, por definición, tiene un contrato temporal, una parte importante del dinero que percibe el temporal “despedido” corresponde a los salarios de tramitación. Por consiguiente, han adquirido finalmente la función indemnizatoria que tenían los “embriones” históricos previos de los salarios de tramitación¹⁴ (y que ha estado en el núcleo de las reivindicaciones sindicales ante la reforma de las prestaciones por desempleo de 2002).

En 1994 vuelven a introducirse cambios en la normativa de los despidos en el ET (leyes 10/1994 y 11/1994). En esta reforma de 1994 se mantienen las causas de extinción, pero se produce una “descausalización” del despido. La ley califica de igual modo al despido sin forma que el carente de causa y las anteriores causas de nulidad por defectos de forma lo son ahora de improcedencia. El resultado es una flexibilización *de facto* del despido, que recuerda a la introducida con el Decreto de 1956, pero esta vez la indemnización se fija de una sola vez aplicando la fórmula de cálculo de la indemnización prevista en la ley¹⁵.

Como limitación o problema de estos cambios introducidos en 1994 cabe señalar que se omite cualquier referencia a los efectos del despido disciplinario en fraude de ley, con lo que quedó por aclararse esta situación.

Vemos que la reforma del ET de 1994 no hace más que mantener y profundizar lo que

¹⁴ Esto se puede comprobar con un ejemplo numérico sencillo. Sea un temporal con 2 años de antigüedad y un salario de 30 euros por día. Si se produce una irregularidad en su fin de contrato, lo denuncia ante un juez y éste ratifica tal ilegalidad en el fin de contrato, se impone una indemnización de 45 días de salario por año trabajado, es decir, $45 \times 30 \times 2 = 2700$ euros. Si el proceso ha durado 3 meses (90 días), recibiría además por este concepto $30 \times 90 = 2700$ euros. Por tanto, los salarios de tramitación supondrían la mitad del total percibido por el trabajador (5400 euros).

¹⁵ También se añade una cantidad a favor del trabajador en caso de no readmisión (caso de readmisión irregular o no admisión) tal que a la de 45 días añade otra que el juez (en atención a las circunstancias recurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión) puede imponer y puede ascender hasta a 15 días de salario por año de servicios con un máximo de 12 mensualidades. Tiene el carácter de una indemnización por daños y perjuicios y sólo se aplica en caso de opción por la readmisión y que ésta no se produzca.

aquí se ha denominado despido libre costoso: la descausalización limita aún más las situaciones en que un despido puede ser declarado nulo y se clarifica el coste en caso de que la empresa opte por la readmisión y finalmente no la realice. Nótese que en este segundo caso no se obliga a la readmisión, sino que sencillamente se impone un pago adicional a la empresa¹⁶.

Las reformas del ET de 1997 y 2001 no han introducido cambios sobre el despido disciplinario. Tan sólo la reforma de 1997 ha introducido un cambio que va en la línea de alterar los incentivos para usar el despido objetivo por razones económicas, pero sólo para el caso de los nuevos contratos indefinidos. Para éstos la indemnización en caso de improcedencia por despido objetivo económico es de 33 días en lugar de 45, pero sigue siendo de 45 si se trata de un despido disciplinario. En Malo (2000) se presentan comparaciones de ambos sistemas y la conclusión de dichas comparaciones es que el incentivo para el uso de la vía del despido objetivo económico es sumamente reducido.

Así pues, las sucesivas reformas de los años noventa no han generado un cambio sustancial en el sistema de 1980 del ET, el cual a su vez tampoco modificó la utilización del despido disciplinario improcedente como principal vía para despedir. La única modificación que podría afectado al funcionamiento del despido libre costoso fue introducida por la jurisprudencia (el despido nulo en fraude de ley), pero sin que llegara a consolidarse precisamente por la propia jurisprudencia. El modelo de relaciones laborales de la democracia goza de una mayor seguridad jurídica, ya que elimina la posibilidad de que el juez decida la cuantía de la indemnización, que pasa a calcularse mediante una formula clara relacionada con la antigüedad y con el salario (igual que ha ocurrido con los despidos económicos). No obstante, hay que tener en cuenta que estas cantidades son las que percibe el trabajador en caso de que haya recurrido el despido y no se haya llegado a un acuerdo con anterioridad al juicio en el sindicato vertical (antes de 1975) o en las unidades de Mediación, Arbitraje y Conciliación (uMAC) a partir de 1979 o por conciliación de forma previa a la resolución judicial (como puede ocurrir prácticamente en cualquier tipo de litigio). Es decir, estas cantidades no tienen por qué coincidir con las indemnizaciones observadas en todos los casos en ambos sistemas de relaciones laborales debido a la posibilidad de negociar y pactar una cierta indemnización antes de que el caso llegue a ser resuelto por un juez. En el sistema franquista, la negociación previa

¹⁶ En la reforma del ET de 1994 se creó un nuevo tipo de despido económico de concreción individual y colectiva: el despido objetivo por razones económicas. Sin embargo, su regulación incluía importantes ambigüedades en la definición del mismo, con lo que su aplicación no ha supuesto que se mermara la preponderancia del despido disciplinario como vía de ajuste (Malo y Toharia, 1998).

en el sindicato vertical era obligatoria¹⁷.

Con la eliminación del sindicato vertical en 1976, el único acto de negociación era el de conciliación ante el juez. Sin embargo, la gran necesidad de tramitar despidos -generada por la crisis económica- obligó a crear el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación a finales de 1979. La situación que permanece desde entonces es de una negociación obligatoria en uMAC (que sustituyeron al Instituto), otra más ante el juez (el acto de conciliación) y, finalmente, de resolución judicial si no hubiera habido acuerdo en las dos negociaciones anteriores. Como se muestra en el modelo teórico de Malo (2000) este tipo de negociación prejudicial cuando existen incentivos para usar mayoritariamente la figura del despido disciplinario conlleva que las indemnizaciones pactadas tenderán a alcanzar la indemnización prevista para el caso de despido improcedente, porque si el caso llegara hasta el juez, éste no tendría más remedio que declararlo improcedente, ya que no se usó propiamente la figura del despido disciplinario (como ocurría bajo la legislación franquista).

En definitiva, las diferencias entre la dictadura y la democracia en la normativa y la práctica del despido disciplinario son más de detalle que de fondo, ya que ambas se basan en la centralidad del uso desvirtuado del despido disciplinario.

La reforma del desempleo de 2002 sí que introduce cambios sustanciales en dos aspectos del despido disciplinario: los salarios de tramitación y el pago de la indemnización de improcedencia. Tras un breve periodo en que se eliminaron los salarios de tramitación, éstos han vuelto a entrar en la normativa, eliminándose el límite de los dos meses para que la empresa pueda pedir su reembolso a la Administración Pública. Ahora, el trabajador percibe todos los salarios de tramitación, como en los últimos veinte años, pero ahora es un coste totalmente asumido por las empresas. El otro cambio combina los salarios de tramitación y la indemnización: si la empresa abona la indemnización de un despido improcedente en los dos días siguientes al despido, el trabajador no tendrá derecho a los salarios de tramitación. En una situación así, la empresa estaría reconociendo que la causa que alega no es disciplinaria, por lo que está haciendo un despido improcedente y por esa razón pone a disposición del trabajador la indemnización de 45 días de salario por año trabajado. Puede apreciarse que el trabajador en esta nueva situación tiene muchos incentivos para aceptar, ya que aunque el despido llegara a ser declarado a ser improcedente por el juez no se cobraría ninguna cantidad adicional a esos 45

¹⁷ En cuanto al acto de conciliación ante el juez tiene su origen histórico en la Ley de Tribunales Industriales de 1908, la cual en sus artículos 17 y 18 se refería al *antejuicio*, obligando al juez a que intentara la resolución del conflicto por medio de la conciliación entre las partes (Rivero, 1970).

días en concepto de salarios de tramitación. Parece evidente que la consecuencia será que muy pocos despidos llegarán no ya a los juzgados sino siquiera a los organismos de mediación. De esta forma, se fijaría definitivamente el sistema de despido libre costoso (un coste que en las comparaciones internacionales de los costes del despido individual aparece como de los más altos de Europa, como se ve en Bertola et al., 1999). Por último, el vaivén de la regulación en los salarios de tramitación entre mayo y octubre de 2002, muestra que no se prescinde de su carácter indemnizatorio, ya que seguirán desempeñando el mismo papel para las finalizaciones ilegales de los contratos temporales.

4. Una interpretación de la evolución institucional del despido

En términos económicos, el despido está relacionado con la asignación de los factores de producción en el seno de la empresa. En países bajo un sistema de *Common Law* (principalmente Reino Unido y Estados Unidos) dicha asignación está íntimamente relacionada con el derecho a la propiedad privada. De ahí que en los países con un sistema de Derecho Común, el empresario disponga de una amplia libertad en la asignación de factores, lo cual en Estados Unidos queda configurado bajo el principio *employment at will*, que establece una libertad muy amplia para despedir (casi sólo limitada realmente por las leyes contra la discriminación).

Por el contrario en los países con un sistema de *Civil Law*, el despido se reconoce como una necesidad ineludible de la empresa bajo ciertas condiciones. Tiene un carácter de respuesta ante situaciones de “fuerza mayor”, que es lo que hace que sea aceptable romper la relación laboral indefinida. Pero esta fuerza mayor tiene que ver con la actividad habitual de la empresa, ya que las crisis que pueden motivar los despidos no tienen un carácter excepcional en la vida económica. Esta es una importante asimetría de la normativa laboral respecto de la normativa civil, porque en ésta la concurrencia de causas posibles no tenidas en cuenta en el contrato no exime de las obligaciones del mismo (por ejemplo, el que una persona que ha suscrito un contrato de hipoteca se quede en paro no le permite romper el contrato). Es éste uno de los aspectos que configura el Derecho Laboral como tutelar de la parte presuntamente más débil de la relación laboral, el trabajador. Esto es lo que genera la necesidad de regular las causas que permiten que la empresa rompa la relación laboral. La división tradicional de causas es: imputables al trabajador (sobre todo, disciplinarias) o imputables a la empresa (sobre todo, económicas). Ambos tipos de causas se regulan de manera distinta con diferentes

procedimientos y garantías. En un sistema de Derecho Civil, la normativa laboral aspira a prever todas las posibilidades de ajuste. Pero otra cuestión diferente es que esa normativa sea eficiente en el sentido de que proporcionara el cauce adecuado para las salidas de trabajadores y con unos costes relativos de cada una de las vías de salida que fomentaran el uso correcto de la normativa

El control absoluto de los procedimientos de salida de la empresa durante el periodo autárquico se mostró imposible de sostener, como una muestra más de la ineficiencia absoluta del sistema económico que se quiso instaurar tras la guerra civil. Tenemos en ese momento una situación típica en la que un entramado institucional es claramente ineficiente e impone cargas al sistema económico imposibles de sostener. Se abre así el camino para un cambio institucional que encaja en la interpretación clásica que del mismo hace, por ejemplo, Alchian (1950) sobre la inviabilidad de sistemas institucionales ineficientes, que evolutivamente son sustituidos por sistemas más eficientes.

Pero la forma que toma ese cambio está más en la línea de North (1990) sobre la pervivencia de sistemas institucionales parcialmente ineficientes debido a la aparición de fenómenos de *path-dependence*. El cambio institucional sobre el despido tiene lugar en 1958, permitiendo de hecho el despido sin causa costoso y es una solución de compromiso frente a las mejoras salariales que se habían dado como resultado de los problemas sociales derivados de la crisis del sistema autárquico. El incidente de no readmisión, aunque nace por necesidades de ese momento histórico particular, queda fijado como un elemento que queda anclado dentro de la práctica jurídica española durante el siguiente medio siglo. Tiene una lógica económica clara: otorga a la empresa una vía para realizar despidos según le convenga. No obstante, esto no significa que sea un mecanismo institucional eficiente, ya que este *employment at will* a la española arrastra características relacionadas con la formulación legal inicial: es costoso y su coste se establece en relación con el despido disciplinario improcedente. Esto genera una clara ineficiencia en el presente, ya que las indemnizaciones por despido económico procedente son más bajas (en el ET 20 días de salario por año trabajado, menos de la mitad de los 45 establecidos para el disciplinario improcedente), pero la normativa y su aplicación no genera incentivos para la utilización de la figura jurídica del despido económico (ya que el control de la causa económica es muy deficiente). Estamos, pues, ante un fenómeno de *path-dependence* en esta institución del mercado de trabajo, que hace que perviva una institución ineficiente (aunque menos ineficiente que el sistema existente en el periodo autárquico que lo era tanto que se convertía en inviable).

¿Por qué no se ha hecho después un cambio legal generando una nueva normativa legal que acabe con este fenómeno de *path-dependence*? En cierto modo, el ET de 1980 pudo haberse planteado un proceso de creación de una regulación totalmente nueva. Sin embargo, dichos cambios institucionales son muy costosos y hay que destacar que en el caso que nos ocupa está relacionado con la práctica jurídica (más que con la doctrina jurídica) y con los incentivos que genera la normativa, ya que de lo que se trata es de que no se usen para despedir por razones económicas las vías jurídicas existentes para ello. Por tanto, el paso a unas instituciones legales del despido más eficientes tendría que pasar por la creación de un sistema de incentivos adecuado para reconducir el uso de las diferentes categorías existentes para despedir, algo que la reforma de 1997 parece haber realizado en medida mínima (Malo, 2000).

Analicemos qué beneficios obtiene cada parte de las relaciones laborales con este sistema de despido: gobierno, empresas y trabajadores.

¿Qué beneficios tuvo que obtener el gobierno franquista que instauró tal sistema y los gobiernos democráticos que no lo han eliminado? Este sistema produce una ralentización de los procesos de ajuste de plantilla ante los shocks negativos, ya que lo que tomaría la forma de un despido colectivo visible socialmente, pasa a convertirse en una sucesión de despidos individuales. Este sistema es viable gracias a la existencia de otros mecanismos para los ajustes de plantilla que no pueden ser ralentizados: los expedientes de crisis en el franquismo y los expedientes de regulación de empleo con el ET. Esta individualización y ralentización resultaba especialmente útil para el gobierno franquista a finales de los años cincuenta, cuando el anquilosamiento de la economía autárquica estaba generando considerables tensiones sociales. Pero los gobiernos democráticos obtienen el mismo tipo de beneficio de este sistema de despido, ya que evita su propia implicación en los procesos de ajuste de plantilla y las oscilaciones del desempleo podrían suavizarse gracias a que se produciría un goteo de despidos en lugar de entradas masivas cuando se produce un shock negativo (salvo cuando la urgencia del ajuste es tal que el despido colectivo es inevitable).

Las empresas se benefician de la individualización y ralentización de los procesos de ajuste, lo cual da la posibilidad de aprovechar la heterogeneidad de los trabajadores para disminuir los costes en relación con una negociación con todos los trabajadores que se van a despedir como colectivo, minimizando así la posibilidad de que el ajuste se vea acompañado de huelgas, paros, intervención de la Administración Pública, etc.

Finalmente, los trabajadores se benefician de este sistema de despido porque perciben

45 días de salario por año trabajado en lugar de los 20 que corresponderían a un uso de las causas de despido estrictamente legal (por ser esta última la indemnización correspondiente al despido económico procedente).

También genera desventajas este sistema, tanto de tipo privado como público. Las desventajas privadas se concentran en las empresas que más que doblan el coste de los despidos económicos. En cuanto a las desventajas públicas tendríamos la generación de costes burocráticos (que tienen efectos macroeconómicos negativos, como muestra Burda, 1992) y la judicialización de los despidos. Tanto los costes burocráticos como los de judicialización podrían haberse reducido notablemente por los incentivos generados por la forma final que tendrá la reforma de las prestaciones de desempleo de 2002, al crear fuertes incentivos para que los despidos se resuelvan en apenas dos días poniendo a disposición del trabajador la indemnización de improcedencia. Se fija, no obstante, con dicha reforma el que *de facto* el coste del despido económico alcance los 45 días de salario por año de antigüedad (en lugar de los 20 previstos en la propia ley) y se vacíe la figura jurídica del despido económico, salvo en los casos en que los ajustes no pueden ralentizarse. En conclusión, la ineficiencia de este sistema de despido libre costoso se plasma en más que doblar el coste que las empresas deben soportar para la realización de despidos realmente económicos, con la desvirtuación añadida de las causas para despedir prevista en la letra de la normativa.

5. Conclusiones: usando el pasado para comprender el presente

El sistema de despido libre norteamericano (conocido como la doctrina *employment at will*) consagra el principio de libertad para despedir del empresario, como derivación del derecho a la propiedad privada. Por el contrario, en la Europa continental, el Derecho Laboral solamente admite el despido del trabajador cuando aparezcan causas que impidan la continuación de la relación de empleo. Así, en los países con sistemas de Derecho Civil (frente a los países con sistemas de Derecho Común) se imponen restricciones legales a la libertad de despedir de la empresa y se consagra una importancia crucial a la doctrina legal relacionada con las causas para despedir.

En este artículo se ha mostrado que la evolución histórica del despido disciplinario en España, a pesar de dichas restricciones, ha permitido a la práctica jurídica buscar los resquicios normativos para que el empresario pueda disfrutar de la posibilidad de despedir sin causa. Esto

se produce porque los agentes económicos no son pasivos ante la legislación, sino que la usan estratégicamente para alcanzar sus propios fines (la empresa despedir cuando convenga a su actividad económica y el trabajador cubrir las eventuales pérdidas de bienestar derivadas del despido).

La interpretación económica que se ha realizado de los cambios normativos es una aportación al conocimiento de la regulación del mercado de trabajo porque explica la forma en que aparece el sistema de despido libre costoso o *employment at will* a la española: a través de la introducción de cambios que tenían otra motivación en su momento histórico. Un cambio aparentemente pequeño, como fue el incidente de no readmisión, y debido a un accidente histórico (las necesidades del fosilizado sistema económico autárquico del primer franquismo), pervive una vez desaparecida la razón histórica de su aparición y se vuelve un componente crucial del sistema *clásico* de despido, debido a los incentivos que el gobierno franquista tenía para mantenerlo (individualización de los conflictos y ralentización de los despidos). Esto habría generado un problema de *path-dependence* como los señalados por North (1990): la historia de las instituciones importa para entender su presente, porque los pequeños cambios del pasado son cruciales para entender los cambios que hoy en día tienen incentivos para introducir los reformadores (en este caso, en la normativa legal del despido).

La comprensión de las razones históricas de nuestras leyes sobre despido disciplinario y de los incentivos que generan para las distintas partes del sistema de relaciones laborales nos permiten entender mejor la situación actual de cambio de nuestra legislación sobre despido. Los cambios que según ha informado el gobierno quedarán incluidos en la ley que va a reformar las prestaciones por desempleo permiten que el despido tenga plenos efectos (sobre todo, para el cobro de prestaciones por desempleo) si en los dos días posteriores al despido el empresario pone a disposición del trabajador la indemnización por despido improcedente. Desde la perspectiva de este trabajo, se trata de la consagración definitiva del sistema español de despido libre pero costoso, marcándose el coste con la indemnización del despido disciplinario improcedente, que más que dobla la prevista en el ET para el despido económico procedente.

Finalmente, la interpretación presentada aquí también nos permite decir que los salarios de tramitación sólo pueden entenderse como indemnizaciones complementarias. Esto significa que serían un incremento del coste del despido sin ninguna justificación en razones de eficiencia ni de distribución (pues tienen que ver con la duración del proceso de despido y no con las pérdidas de ingresos del despedido, ni sus necesidades), no siendo más que un lastre burocrático

que pervive sobre todo por la falta de un régimen indemnizatorio propio para los contratos temporales finalizados ilegalmente.

Referencias

- Alchian, A. (1950): "Uncertainty, Evolution and Economic Theory", *Journal of Political Economy*, nº 58, págs. 211-221.
- Alonso, M. (1970): "La ejecución de las sentencias de despido: el incidente de no readmisión", *Revista de Política Social*, nº 87.
- Bertola, G., Boeri, T., and Cazes, S. (1999): "Employment protection and labour market adjustment in OECD countries: Evolving institutions and variable enforcement", *Employment and Training Papers* 48, International Labour Office (accesible via Internet: <http://www.ilo.org/public/english/employment/strat/publ/etp48.htm>; último acceso 22/10/2002).
- Burda, M.C. (1992): "A Note on Firing Costs and Severance Benefits in Equilibrium Unemployment", *Scandinavian Journal of Economics*, 94 (3), pp. 489-489.
- CES (1995): *Economía, Trabajo, Sociedad. Memoria 1994*, Consejo Económico y Social, Madrid.
- CES (1996): *Economía, Trabajo, Sociedad. Memoria 1995*, Consejo Económico y Social, Madrid.
- Fina, Ll., Meixide, A. y Toharia, L. (1989): "Reregulating the Labor Market amid an Economic and Political Crisis: 1975-1986" en S. Rosenberg (ed.), *The State and the Labor Market*, New York, Plenum Press.
- García de Blas, L. (1982): "Una medición del coste de ajuste de plantillas en España", en *El mercado de trabajo en España*, Ministerio de Economía, pp. 185-237.
- Ichino, A., Polo, M. y Rettore, E. (2002): "Are Judges Biased by Labor Market Conditions?", *European Economic Review* (de próxima publicación).
- Jimeno, J.F. y Toharia, L. (1993): "El despido y sus costes: ¿qué reformas?", *Economistas*, nº 55, pp. 243-255.
- Malo, M.A. (1998): *Las indemnizaciones por despido: un problema de negociación*, Editorial ACARL, Madrid.
- Malo, M.A. (2000): "A simple model of severance pay determination: the case of individual dismissals in Spain", *Labour*, vol. 14.
- Malo, M.A. y Toharia, L. (1997): "Economía y Derecho del Trabajo: las reformas laborales de 1994 y 1997", *Cuadernos Económicos de ICE*, nº 63, 1997, págs.155-174.
- Malo de Molina, J.L. (1983): "El impacto del cambio institucional en el mercado de trabajo durante la crisis", *Papeles de Economía Española*, 15.
- Malo de Molina, J.L. (1984): "Distorsión y ajuste del mercado de trabajo español", *Papeles de Economía Española*, 21.
- Montoya, A. (1978): "La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España", *Revista de Política Social*, nº 18, pp. 45-68.
- North, D. (1990): *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press.
- Rivero, J. (1966): "Estabilidad en el empleo en el Ordenamiento Laboral español", *Revista de Política Social*, nº 70.
- Rivero, J. (1970): "La conciliación judicial en los procesos laborales", *Revista de Política Social*, nº 85, pp. 143-178.
- Rodríguez Piñero, M. (1967): "El régimen jurídico del despido y el RD de 22 de julio de 1928", *Revista de Política Social*, nº 74.
- Rodríguez Piñero, M. (1968): "El régimen jurídico del despido (II): Leyes de Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos", *Revista de Política Social*, nº 77.
- Sagardoy, J.A. (1980): *La terminación del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios

- Económicos, Madrid.
- Serrano, A. y Malo de Molina, J.L. (1979): *Salarios y mercado de trabajo en España*, H. Blume Ediciones, Madrid.
- Toharia, L. y Malo M.A. (1994): "Los costes del despido en España", *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 25-26, septiembre-diciembre, pp. 180-192.
- Valdés, F. (1985): "Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral", *Papeles de Economía Española*, nº 22, pp. 302-315.

Cuadro 1. Despidos colectivos (autorizados) y de despidos individuales (iniciados).

AÑO	Despidos colectivos	Despidos indiv.	RATIO DI/DC
1974	25590	157691	6.16
1975	26311	183073	6.96
1976	40846	61817	1.51
1977	51786	88123	1.70
1978	66207	151106	2.28
1979	75055	195526	2.60
1980	60222	317252	5.27
1981	57454	333024	5.79
1982	61805	294030	4.76
1983	59984	283543	4.73
1984	68990	278135	4.03
1985	74776	239674	3.20
1986	56882	221597*	3.89
1987	48166	218369*	4.53
1988	56753	229030*	4.03
1989	46322	230759	4.98
1990	48591	245335	5.05
1991	68032	274079	4.03
1992	83237	274544	3.30
1993	118744	323452	2.72
1994	74158	238842	3.22
1995	58513	215747	3.69
1996	40926	217646	5.32
1997	32127	204079	6.35
1998	35716	209074	5.85
1999	25651	224330	8.75
2000	29717	242698	8.17
2001	37778	282769	7.49
2002**	11737	106288	9.06

* Sin datos del País Vasco.

** Los datos de 2002 corresponden al periodo de enero a abril.

Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (*Boletín de Estadísticas Laborales*, varios números) y García de Blas (1982)

Método de cálculo de la cifra de despidos individuales totales: en 1974-75 se han sumado los casos iniciados en el sindicato vertical (porque necesariamente todos los casos de las Magistraturas han pasado previamente por el sindicato vertical); 1976-78 muestra el total de casos de las Magistraturas; 1979 recoge el total de casos de las Magistraturas con los casos pactados en MAC; de 1980 en adelante se recoge el total de casos iniciados en MAC (porque se produce la misma situación que antes, pero ahora respecto de los Juzgados de lo Social).

CUADRO ANEXO. Los costes del despido disciplinario improcedente: costes burocráticos e indemnizaciones (resumen)

Dictadura	De la Guerra Civil a 1956	En principio no había forma establecida para el despido en la LCT de 1944 (ni antes de ella). Las Reglamentaciones de Trabajo regularon los requisitos de forma incluyendo el expediente previo (en el que debían oírse las alegaciones del interesado). Gran disparidad en trámites y plazos, pero su incumplimiento no tenía consecuencias para la empresa.	Indemnización a juicio del Magistrado sin que pudiera exceder de un MÁXIMO de 12 meses.
	1956-1975	Eliminación del expediente y unificación de los criterios de forma. Sistema clásico: carta de despido (con fecha y motivos del despido).	Indemnización a juicio del Magistrado entre un MÍNIMO de 60 días de salario por año de servicios y un MÁXIMO de 48 meses de salario (por incidente de no readmisión)
Transición y Democracia	LRL de 1976	Vuelve al sistema de expediente. Indemnización complementaria, en la línea de los salarios de tramitación actuales.	No es posible pagar indemnizaciones. Si el despido es improcedente o nulo, el trabajador debe ser readmitido. Eliminación del incidente de no readmisión.
	RDL de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977	Eliminación del expediente y restauración de la carta de despido. Extensión de los salarios de tramitación hasta la fecha de terminación de la relación contractual.	Indemnización a juicio del magistrado entre un MÍNIMO de 60 días de salario por año de servicios y un MÁXIMO de 60 meses. Excepción para las empresas de menos de 25 trabajadores: el Magistrado arbitrariamente podía rebajar el tope mínimo de la indemnización.
	Estatuto de los Trabajadores (desde 1980)	Carta de despido. Límite de dos meses para los salarios de tramitación pagados por la empresa (no en caso de nulidad). No hay preaviso en los despidos disciplinarios.	El juez no puede determinar la cuantía de la indemnización que viene establecida en el Estatuto: 45 días de salario por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades.