

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”

Ignasi BELTRAN DE HEREDIA RUIZ*

RESUMEN: A partir de la necesidad de recapitalizar el “valor social” del trabajo y la dignidad de las personas trabajadoras, como factores medulares de nuestro modo de vida, el estudio analiza en qué medida la indemnización complementaria a la legal tasada en caso de despido improcedente podría contener el número de extinciones injustificadas “agravadas”. Este análisis se lleva a cabo a través de la adaptación de las categorías conceptuales de lo que se conoce como la “disuasión marginal” (más propia del Derecho Penal). A su vez, a partir de la evaluación de la eficacia de esta medida desde este enfoque (limitada, pero oportuna) y las primeras reacciones judiciales que abordan esta cuestión sobre la base de la Carta Social Europea Revisada, se sugiere la (urgente) necesidad de una regulación normativa de esta cuestión que grave esencialmente sobre la base de los daños alegados y probados.

Palabras clave: Valor social del trabajo, despido injustificado, indemnización complementaria, disuasión marginal.

SUMARIO: 1. Extinciones injustificadas “agravadas” y compensaciones complementarias que capitalizan el valor social y la dignidad del trabajo. 2. Incentivos legales, márgenes y “disuasión marginal”. 3. El efecto “relativo” (o impredecible) de la disuasión marginal. 4. La “disuasión marginal” puede ser efectiva, especialmente si se articula normativamente. 5. Valoración final. 6. Bibliografía.

* Profesor Agregado y Titular de Universidad Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Oberta de Catalunya (España).

Work's Social Value and Unfair 'Aggravated' Dismissal: Complementary Compensation to the Legally Fixed as a Tool of 'Marginal Deterrence'

ABSTRACT: Based on the need to recapitalize work's 'social value' and worker's dignity, the study analyses the effect of the complementary compensation to the legally fixed in order to contain the number of unfair 'aggravated' dismissals. This approach is partially based on the criminal law conceptual categories of the 'marginal deterrence'. In turn, on the basis of the assessment of the effectiveness of this approach and the first judicial decisions that held this complementary compensation based on the European Social Charter revised, it is suggested the (urgent) need for a normative regulation that gravitates essentially on the basis of the damages alleged and proven.

Key Words: Work's social value, unfair dismissal, complementary compensation, marginal deterrence.

1. Extinciones injustificadas “agravadas” y compensaciones complementarias que capitalizan el valor social y la dignidad del trabajo

El cuerpo humano, como describe Supiot, ocupa una posición central en el contrato de trabajo, exigiendo no sólo la adopción de medidas dirigidas a neutralizar los riesgos *durante su ejecución*, sino también el de la *propia subsistencia de las personas trabajadoras*. De ahí que, «la idea de la seguridad económica por medio del trabajo prolonga, de forma natural, la de la seguridad física en el trabajo»¹. Por este motivo, forma parte del código genético del Derecho del Trabajo, a diferencia del derecho liberal decimonónico (insensible a esta dimensión), tratar de garantizar la seguridad de los ingresos *mientras se trabaja* (en esencia, más allá de la garantía del salario, rebajando, modulando y/o conteniendo el efecto extintivo de ciertas causas de ineficacia contractual); pero también para las situaciones de inactividad (provocada por el desempleo, la discapacidad o la enfermedad). No obstante, con el paso del tiempo se ha evidenciado que «no basta con conseguir que el trabajador salga indemne de la relación de trabajo; es preciso, también, que halle los medios para perpetuar su fuerza de trabajo, es decir, los medios para vivir y hacer vivir a los suyos». De ahí el “valor social” del trabajo y la preservación de la dignidad de quién lo presta. Sin olvidar que, como se ha puesto de manifiesto desde la economía política², el salario también representa una fuente de demanda de bienes y servicios (y no sólo un coste) y, por ende, sus efectos redundan en beneficio de la colectividad.

En todo caso, tampoco puede olvidarse que, en una economía de mercado, la conservación del empleo no puede mantenerse a cualquier precio. Y fruto de esta tensión tectónica (eficiencia-seguridad en el trabajo), debe procederse a una determinada distribución de los riesgos que responda a la pregunta de quién asume los costes del mantenimiento y la reproducción de la fuerza de trabajo³. La habilitación de mecanismos para posibilitar la “flexibilidad externa” si se dan ciertas circunstancias o contingencias ha respondido, en sus diversas formulaciones a lo largo de las décadas, a esta lógica (así como su estrecha conexión con los instrumentos de “flexibilidad interna”). Con la particularidad que, en la medida que el empleo está vinculado a la supervivencia de la empresa, en un contexto de hipercompetitividad como el actual, la conservación del contrato y el

¹ A. SUPIOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, 1996, pp. 96 y 97.

² B. PIETRYKOWSKI, *Trabajo: un enfoque desde la economía política*, Alianza, 2021, p. 35.

³ A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 97.

estatuto protector de las personas trabajadoras están sometidos a una tensión devaluadora extrema. De hecho, este proceso de elevación de la supremacía del interés empresarial está experimentando su embestida más amenazante (conocida hasta la fecha) con el actual proceso de acelerada automatización⁴.

No obstante, al margen de estos procesos de sustitución severa e ilustrando el progresivo arrinconamiento del valor social del trabajo, esta presión creciente de las “fuerzas del mercado” también ha sido capaz de derruir algunos de los diques de contención sociolaboral que se estimaban como “irrenunciables” (y lo más paradójico es que, resignadamente, se ha aceptado como algo necesario, en aras a garantizar la continuidad de la actividad empresarial y, con ella, la de los empleos).

En este escenario la causalidad del despido juega un papel absolutamente medular, pues, mide la intensidad con la que “se quiere” preservar el empleo (o el coste, en función del valor que le hemos asignado, que estamos dispuestos a pagar para ello). De modo que, frente a la contingencia de perder el empleo, una de las cuestiones clave del mercado de trabajo (y, probablemente, de la paz social) es calibrar (con la mayor precisión posible) si la ineficacia contractual sin una causa (o con causa aparente) se ajusta al nivel que se estime como socialmente óptimo. En el fondo, partiendo de la base de que el sistema de extinción causal es una derivada del propio art. 35 CE (entre otras, STC 22/1981), debe evaluarse si las consecuencias anudadas al despido improcedente son adecuadas para contener estas reacciones indeseadas en el umbral de lo “aceptable”.

El Derecho es una manifestación muy sofisticada de la política y aspira a la “modulación” del comportamiento social. Con este propósito, proyecta diversas prescripciones con la voluntad de dirigir las conductas de los destinatarios de las normas.

Promover la interiorización de la norma, como una forma de “virtud cívica”, es uno de los objetivos del Legislador, incluido, obviamente, el sociolaboral. No obstante, lamentablemente, su eficacia es limitada y, por este motivo, conviene tratar de hallar fórmulas alternativas para disuadir a las personas que operan “en los márgenes” del ordenamiento jurídico laboral incumpléndolo (y que, a los efectos de este estudio, como se expondrá posteriormente, se denominarán miembros o individuos “marginales”).

La existencia de “sanciones” (entendidas en una concepción amplia) o “responsabilidades” en caso de incumplimiento de una regla son unos de

⁴ La literatura sobre este riesgo abunda. Ver, al respecto, J. SUZMAN, *Trabajo*, Debate, 2021, p. 335 ss., y E. SADIN, *La inteligencia artificial o el desafío del siglo*, Caja Negra, 2020, p. 153 ss.

los principales instrumentos del ordenamiento para tratar de alcanzar un ideal de comportamiento, como, en este caso, podría ser la extinción contractual sujeta a una causa. Y, desde el punto de vista de un agente económico (con todas sus limitaciones, a las que se hará referencia posteriormente), el importe de la indemnización si se quiebra esta regla puede ser calificado como un “precio” para (de acuerdo con el coste de oportunidad) la ejecución (o no) de esta conducta indeseada. Como se ha apuntado desde la psicología social, la amenaza a algún tipo de gravamen puede erigirse en un poderoso acicate para el cumplimiento de los dictados del Legislador, siempre que la gravedad y la celeridad y probabilidad (o certeza) del suceso amenazante sean comprendidas adecuadamente⁵.

Sin embargo, no puede afirmarse que todos los ciudadanos sean sensibles a estas variables (o, al menos, no lo son con la misma intensidad). En efecto, «las recompensas y los castigos son medios muy importantes para hacer que las personas aprendan y realicen actividades específicas, pero son muy limitadas como técnicas de influencia social, porque han de estar presentes siempre para ser efectivas – a menos que el individuo descubra alguna razón adicional para continuar con la conducta»⁶. Es obvio que la interiorización del mandato legal (a diferencia de la “sumisión”, por ejemplo, como se acaba de apuntar, por el temor a un gravamen; o la “identificación”, emulando a una persona cumplidora a la que se “admira”) es la «respuesta más duradera a la influencia social, precisamente porque el deseo de estar en lo cierto es una fuerza tan poderosa y autojustificadora que no depende de una constante vigilancia en forma de recompensas y castigos [...] ni de su continua estima por otra persona o grupo»⁷.

La particularidad y el objeto de este ensayo es que, recientemente, pueden detectarse ciertos testimonios judiciales que parecen responder a una nueva estrategia dirigida, precisamente, a ciertos miembros “marginales” (incrementando el “valor social” – o, si lo prefieren, la “cotización” – que debe atribuirse al trabajo). En concreto, así parece desprenderse de la posibilidad de compatibilizar una indemnización a la legal tasada en determinados tipos de despido improcedente.

En efecto, la entrada en vigor (el 1º de julio 2021) de la Carta Social Europea Revisada (CSEr) posibilita esta compensación. Conclusión que se desprende de la interpretación de su art. 24 que contiene la Resolución del CEDS 11 de septiembre 2019 (n. 158/2017), *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) vs Italy*, a propósito del sistema indemnizatorio tasado

⁵ A. OVEJERO BERNAL, *Psicología Social*, Biblioteca Nueva, 2015, p. 208.

⁶ E. ARONSON, *El animal social*, Alianza, 2000, p. 51.

⁷ *Ibidem*, p. 52.

italiano (muy similar al español)⁸.

No obstante, algunos Tribunales internos, antes incluso de la entrada en vigor de la CSEr, han reconocido esta compatibilidad, al menos teóricamente, al entender que las semejanzas de contenido con el Convenio OIT C158 habilitarían el “trasvase” del acervo hermenéutico de “aquella” a “éste”. A partir de este recurso interpretativo, y frente a las primeras resoluciones en la instancia que apelaban al carácter “poco disuasorio” e “insuficiente” de la indemnización “tarificada” para justificar este incremento compensatorio⁹, en suplicación, se ha “reconducido” esta posibilidad, acotándola. En efecto, se ha sostenido que, para poder reconocer esta indemnización, deben concurrir estos dos requisitos: «por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato». Si se dan estas circunstancias, obviando toda valoración (ciertamente “resbaladiza”) sobre el mayor o menor efecto “disuasivo” de la compensación, se ha entendido que, para evitar «posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas», podría reconocerse *también* la indemnización prevista en el art. 281.2.b LRJS (esto es, 15 días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades)¹⁰.

⁸ En concreto, se ha afirmado lo siguiente (traduzco del inglés, p. 96): «La Comisión señala que cualquier límite máximo de indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a los perjuicios sufridos y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta [...]. Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable».

⁹ La SJS n. 26 Barcelona 31 julio 2020, n. 170, en una extinción del contrato por causas objetivas, califica el despido como improcedente. No obstante, entiende que, en virtud del Convenio OIT C158 (interpretado conforme a la CSEr), la indemnización legal tasada no es suficientemente disuasoria y por ello reconoce una indemnización complementaria de 60.000 € a compensar con la ya percibida, salvo que se produzca una readmisión. La SJS n. 26 Barcelona 31 julio 2020, n. 174, siguiendo un razonamiento idéntico a la anterior, alcanza la misma calificación, reconociendo una indemnización de casi 49.000 € (9 meses de salario), salvo readmisión.

¹⁰ STSJ Cataluña 23 abril 2021, rec. 5233/2020, STSJ Cataluña 20 mayo 2021, rec. 5234/2020, y STSJ Cataluña 14 julio 2021, rec. 1811/2021. Reconociendo, al menos en el plano teórico, esta compatibilidad, STSJ Navarra 24 junio 2021, rec. 198/2021, y STSJ Valladolid 1º marzo 2021, rec. 103/2021. En cambio, STSJ Galicia 23 marzo 2021, rec. 360/2021, y STSJ Galicia 12 enero 2021, rec. 1507/2017 y rec. 1563/2017, han rechazado que del Convenio OIT C158 pueda derivarse tal indemnización complementaria. Y, en términos similares se ha manifestado STSJ Madrid 1º marzo 2021, rec. 596/2020, y STSJ Madrid 18 marzo 2021, rec. 136/2021, añadiendo esta última que no podía acudir a la

Si bien es cierto que, a partir del 1º de julio 2021, todo parece indicar que la compatibilidad indemnizatoria es ya admisible¹¹, todavía quedan muchas dudas que resolver para su aplicación “pacífica” (o con el menor grado de incertidumbre posible)¹². No obstante, en el proceso de negociación de la reforma laboral en ciernes (al menos, al cierre de este trabajo en diciembre 2021), no parece que esta sea una cuestión que esté siendo objeto de negociación entre los interlocutores sociales y el Gobierno. Si, finalmente, este importante aspecto no acaba regulándose en el ET, habrá que estar muy pendientes de su evolución a nivel jurisdiccional, con todo lo que esto implica en términos, esencialmente, de incertidumbre y seguridad jurídica. Lo que se sabe hasta la fecha (a la luz de las primeras reacciones judiciales recién sintetizadas) es que se ha admitido esta compatibilidad de forma acotada. En efecto, parece que se aspira a incidir “quirúrgicamente” sobre un determinado tipo de reacción empresarial “agravada” (específicamente “dañosa” y particularmente “contraria” al ordenamiento). En este sentido (y a los efectos meramente expositivos), dado que se empleará en diversas ocasiones, les anticipo que se acudirá al concepto de “agravado” para referirse conjuntamente a ambas dimensiones (“dañoso”/“contrario” al ordenamiento).

Este enfoque hermenéutico proclive al reconocimiento de esta compatibilidad compensatoria desvela una importante dimensión de la función judicial en este contexto. Y para exponerla, permítanme la siguiente digresión a partir del planteamiento expuesto por Farnsworth: el «derecho no arregla los percances ya acaecidos. No puede: ya han sucedido. Lo único que el derecho puede hacer es redistribuir en alguna medida el sufrimiento»¹³. Asumiendo esta premisa, los Tribunales tienen dos formas

CSEr hasta que no entrara en vigor. STSJ Galicia rec. 360/2021, cit., y STSJ Galicia rec. 1507/2017 y rec. 1563/2017, cit., rechazan que la propia CSEr admita otra indemnización que no sea la legal tasada.

¹¹ No obstante, al margen de las opciones que esta interpretación del CEDS suscita, debe tenerse en cuenta que la naturaleza resolutoria del despido *ya admitiría* la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios (siempre que se acrediten y se establezca una relación de causalidad con la decisión empresarial). *Vid.*, extensamente, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato: manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2011, p. 277 ss.

¹² Por ejemplo, qué debe entenderse por perjuicios no pecuniarios y si deben acotarse (material y/o temporalmente). Por otra parte, convendría saber si la indemnización debe responder a una dimensión estrictamente “disuasoria” o compensatoria de los daños, o a ambas; y también si es conforme a la CSEr que pueda acotarse su importe (y, en tal caso, cómo queda fijado ese límite máximo). En paralelo, sería preceptivo que se establecieran los factores deben tenerse en cuenta para calcular el importe.

¹³ W. FARNSWORTH, *El analista jurídico*, Aranzadi, 2021, p. 24.

de afrontar un problema. Pueden adoptar una perspectiva *ex post*. Es decir, «mirar retrospectivamente sobre un infortunio u otro evento cualquier una vez que ya ha ocurrido y decidir qué hacer al respecto o cómo desfacer el entuerto». Pero también puede adoptar una perspectiva *ex ante*. Esto es, «mirar prospectivamente y preguntarse qué efectos tendrá en el futuro una decisión sobre el caso – sobre partes que van a encontrarse en situaciones similares y no han decidido todavía qué hacer, y cuyas acciones quizás vendrán influidas por las consecuencias que la ley anude a tales decisiones»¹⁴.

A la luz de lo anterior, parece claro que esta particular interpretación judicial sobre la compensación complementaria (más allá del “intento” de reparación del perjuicio padecido) tiene una función *ex ante*, pues, aspira a disuadir o intimidar, *en general*, a potenciales empresarios que estén barajando la posibilidad de actuar de forma “agravada”, como, *en especial*, a los que ya lo hayan hecho (y, de este modo, no vuelvan repetirlo o lo hagan con menor intensidad/frecuencia). Reparen que, aunque no se formule de forma explícita (o, al menos, no ha sido así exteriorizado), en este planteamiento subyacería una lógica “cercana” a la “prevención intimidatoria” propia del Derecho Penal desde (de nuevo) el punto de vista del “agente racional”¹⁵: se aspira a que la amenaza de abonar una indemnización superior (siempre que queden acreditados los daños) despliegue un efecto intimidatorio que influya en la decisión de cometer esta conducta indeseada o no. De forma que la posible compensación representaría una amenaza (si bien es cierto, no desprovista de incertidumbre) y evitarla, omitiendo el comportamiento “agravado” (o ejecutándolo en una escala inferior), se convertiría en «un incentivo psicológico que apela a la racionalidad del sujeto»¹⁶.

Partiendo de este contexto, el objeto de este estudio es tratar de abordar (en un plano estrictamente teórico) el efecto que un incremento del importe indemnizatorio puede tener en la reducción del número de extinciones

¹⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁵ S. CARDENAL MONTRAVETA, [*¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución*](#), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, n. 17, pp. 7 y 8.

¹⁶ De hecho, otras reacciones judiciales también parece que estarían apelando a esta dimensión “psicológica” de la “intimidación”. Por ejemplo, la calificación por parte de la STSJ Cataluña 14 septiembre 2021, rec. 2943/2021, de un despido como nulo en caso de extinción del contrato de forma injustificada de una persona trabajadora de baja por incapacidad temporal porque la decisión empresarial forma parte de una “política de empresa”, también estaría tratando de contener ciertos supuestos de ineficacia contractual que, al no poderse aplicar la doctrina *Daouidi*, quedarían circunscritos a la calificación de improcedencia.

injustificadas “agravadas”. Con este propósito, se abordará (§ 2), en el concepto de “margen” y, acudiendo a ciertos elementos conceptuales propios del Derecho Penal, a la “disuasión marginal”. A continuación (§ 3), se tratará de evidenciar que los individuos pueden ser particularmente refractarios a las prescripciones “marginales”. Especialmente porque, aunque es posible que el empresario que ha extinguido el contrato sin causa y de forma “agravada” sea capaz de actuar como un ser “racional”, esto es, sobre la base de una «ponderación de los costes y beneficios de su comportamiento», no puede subestimarse «la complejidad de la conducta humana y las limitaciones del propio ser humano para conocer los elementos que influyen en ella»¹⁷. A partir de lo anterior, podría suceder que el destinatario de la norma se acabe alejando (ostensiblemente) del ideal que persigue el Legislador. En la parte final del estudio (§ 4) se abordarán dos aspectos intrínsecamente relacionados: por un lado, se tratará de resaltar los elementos que sugieren que, a pesar de su eficacia limitada, las actuaciones “marginales” pueden ser oportunas. Y, por otro lado (y derivado de lo anterior), teniendo en cuenta que la presión sobre ciertos incentivos que repercuten sobre la conducta esperada puede acabar fomentando, en contra de lo pretendido, resultados indeseados, también se cuestionará que sean los Tribunales los que estén en la mejor posición para abordar esta cuestión. En definitiva, a la luz de lo anterior, se aspira a alcanzar, fundamentalmente, dos conclusiones. En primer lugar, que, a pesar de sus limitaciones, la indemnización complementaria a la legal tasada, en el marco conceptual de la “disuasión marginal”, puede ser un buen instrumento para contener hasta cierto punto las extinciones injustificadas “agravadas”. Y, en segundo lugar, que, para hacerlo bien (con toda su potencialidad), debería recogerse en un texto normativo. En todo caso, es obvio que esta cuestión está “viva” y, muy probablemente, acabará experimentando cambios (normativos y/o hermenéuticos) determinantes. A pesar de que esto podría condicionar algunas de las reflexiones que aquí se desarrollan, no obstante, este ensayo aspira a erigir (si se me permite la expresión) una “meta-exposición” que trascienda a esta “granularidad fina” que, a buen seguro, nos irán deparando los acontecimientos futuros. Espero que las páginas que siguen estén a la altura de este propósito.

2. Incentivos legales, márgenes y “disuasión marginal”

La articulación de normas que pretendan influir sobre los incentivos de sus

¹⁷ S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

destinatarios, como apunta Farnsworth¹⁸, deben considerarse los “márgenes”.

Un ejemplo (siguiendo con el citado Autor) puede contribuir a la comprensión de este concepto: la conducta “fumar” participa de diversas “dimensiones”: cuántos cigarrillos diarios se fuma, de qué tipo y dónde se fuman. Pues bien, cada una de estas opciones es un “margen”. Y, el ordenamiento jurídico puede ejercer presión sobre uno o varios de los márgenes (prohibiendo fumar en los restaurantes) en vez de sobre otros (sobre el tipo de cigarrillos). Repárese que la presión sobre alguno de los márgenes puede traducirse en un incremento del espacio de otro (si no se puede fumar en el trabajo, es posible que se fume más en casa). Así pues, si se decide poner presión sobre determinados comportamientos, podría empujarse a los destinatarios a moverse hacia otros márgenes de la conducta a su alcance. E, incluso, en este desplazamiento, los destinatarios de la norma no sólo acaben optando por “perfilarse”, sino que, incluso, busquen y encuentren sustitutos (y, en vez de fumar, pasen a comer chicle).

La cuestión es que, siguiendo con Farnsworth¹⁹, el concepto de “margen” también es predicable de una población o de un grupo de personas. De modo que, en vez de dictar reglas para un “individuo medio” de un grupo, las actuaciones vayan principalmente dirigidas a los miembros más sensibles que se encuentran en los márgenes, los “miembros marginales”. Siguiendo con el ejemplo, un fumador empedernido (un fumador “medio”) podría ser insensible a un impuesto sobre el tabaco, pero, en cambio, podría tener una particular afectación en los fumadores menos decididos o en los menos adictos (un fumador “marginal”).

En definitiva, la forma en la que el ordenamiento jurídico trata de incidir sobre las conductas (deseadas o indeseadas), presionando o no sobre específicos elementos (o de forma más o menos intensa) es «dinámica o progresiva», pues, la conducta de las personas bascula sobre un conjunto de elecciones posibles²⁰. Y, «puede que las normas jurídicas no provoquen cambios en el comportamiento de todo el mundo, pero cumplen con su papel si generan algún tipo de ajuste en los márgenes». Con este propósito, el derecho puede establecer «sanciones progresivas o exigir cambios progresivos de comportamiento» en estos ámbitos; de modo que, «si se quiere saber cuáles son los incentivos que una determinada norma crea, es importante captar la significación de los márgenes, porque es precisamente en los márgenes donde los incentivos ponen la presión»²¹. De modo que

¹⁸ W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

²⁰ *Ibidem*, p. 47.

²¹ *Ibidem*, p. 48.

puede concluirse que «cualquier incentivo generado por una norma jurídica puede formularse como un esfuerzo dirigido a hacer que los individuos opten por algún tipo de substitución y cambien el perfil de su conducta, eligiendo una opción distinta, volviéndose atrás desde algún margen para dirigir su conducta hacia otro margen distinto»²².

A la luz de lo anterior, se está en condiciones de abordar la posibilidad de articular normas dirigidas a proyectar una “disuasión marginal”. Este concepto, aunque formulado en el contexto del Derecho Penal, también puede extenderse (con las debidas “cautelos”) a ciertos ámbitos sociolaborales; y, quizás (sin llegar a atribuirle una naturaleza “sancionadora” propiamente o, si lo prefieren, de forma “impropia”), también, podría hacerse en el ámbito de la indemnización complementaria a la legal tasada en caso de extinción injustificada “agravada”.

Siguiendo con la exposición de Cardenal Montraveta (en una extensa cita, pero particularmente ilustrativa), «la teoría de la disuasión (prevención intimidatoria) parte de que la amenaza de un mal produce un efecto intimidatorio, que influye en la decisión de cometer o no el comportamiento al que se vincula la producción de ese mal. La influencia de la intimidación en la decisión de actuar de una u otra manera se vinculan a una concepción del comportamiento humano como una decisión racional, basada en la consideración de la utilidad de sus consecuencias: pros y contras, coste y beneficio y, más concretamente, en el hecho de que los beneficios vinculados a la realización de la conducta son superiores a los costes que amenazan con producirse». Añadiendo que «La teoría de la prevención intimidatoria no pretende modificar unos criterios de decisión del comportamiento que se consideran patológicos y específicos de los delincuentes, sino influir en el comportamiento alterando las variables que influyen en el que se considera que es el criterio común y racional de actuar (o uno de los criterios comunes y racionales de actuar): el cálculo de los costes y beneficios». Aunque esta corriente de pensamiento también admite que el coste-beneficio no es el único factor “racional” que puede perfilar las reacciones, (como se apuntará posteriormente) son diversas las evidencias que cuestionan la proximidad del ser humano a la idea del agente racional²³. Desde este punto de vista y, siguiendo ahora con Shavell²⁴, partiendo de la base de que un individuo puede elegir entre varios comportamientos dañosos cuál de ellos cometer, la amenaza de sanciones esperadas para cada uno de ellos (aunque no le disuada completamente), incide en «cuáles de

²² *Ibidem*, p. 51.

²³ Una visión crítica a estas objeciones en S. PINKER, *Racionalidad*, Planeta, 2021, p. 207 ss.

²⁴ S. SHAVELL, *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 579 y 580.

esos actos nocivos eligen cometer dichos individuos». De modo que «tendrán motivos para cometer actos menos perjudiciales en vez de más perjudiciales si las sanciones esperadas aumentan con el daño. Tal disuasión de los actos más perjudiciales se denomina a veces disuasión marginal». Así que puede ser conveniente que el ordenamiento genere este tipo de disuasión, «de modo que aquellos que no desisten de cometer actos perjudiciales tengan motivos para mitigar la cantidad de daño que causan». Por consiguiente, «esto sugiere que las sanciones deberían aumentar con la magnitud del daño (y, por lo tanto, todos los actos, excepto los más graves, deberían ser castigados con sanciones inferiores a las máximas)»²⁵. No obstante, esta doctrina ha puntualizado que «la disuasión marginal opera natural y automáticamente si la sanción esperada es igual al daño para todos los niveles de daño; porque si una persona está pagando por el daño causado, sea cual sea su nivel, tendrá que pagar más si causa un daño mayor. Así, por ejemplo, si la multa esperada por un contaminador ascendiera desde 100 dólares hasta 500 si vierte en un lago cinco galones en lugar de un galón de desechos, donde cada galón genera 100 dólares de daño, su incentivo marginal a no contaminar será correcto».

En definitiva, desde el punto de vista de los incentivos, se espera que, a la hora de cometer un acto dañoso, si se tiene a disposición dos alternativas (X e Y), el encarecimiento de las consecuencias asociadas a una de ellas (X), empujará a los potenciales agresores a escoger la otra (Y). No obstante, desde la doctrina penalista²⁶, se ha apuntado que es poco probable que se produzca una permutación en el comportamiento de esta naturaleza (sustituyendo uno “indeseado” por otro totalmente distinto); y se estima que estas medidas intimidatorias serían efectivas si posibilitan una escalabilidad proporcional de la conducta indeseada (es decir, se desincentiven reacciones que impliquen el mismo acto dañoso, pero en una escala mayor).

A partir de esta “mecánica” de funcionamiento de la “disuasión marginal”, podría colegirse que la posibilidad de compatibilizar una compensación económica a la legal tasada por despido improcedente podría tener un efecto “similar” y sea suficiente para contener los incumplimientos

²⁵ No obstante, como apunta Shavell, «el fomento de la disuasión marginal puede entrar en conflicto con la consecución de la disuasión en general: para la programación de sanciones que aumenten lo suficiente abruptamente como para lograr la disuasión marginal, las sanciones por actos menos nocivos pueden tener que ser tan bajas que no se disuada adecuadamente a los individuos de cometer estos actos» (*ibidem*, p. 579).

²⁶ Véase al respecto también, recogiendo la doctrina sobre esta materia, J.F. SÁNCHEZ OTARÁN, *La protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, Tesis Doctoral, Universitat de Barcelona, 2018, pp. 260 y 261.

“agravados” que se pretenden evitar. No obstante, como se apuntará en el epígrafe que sigue, debe tenerse en cuenta que las personas (y los empresarios incluidos) pueden responder de forma heterogénea a estos “impulsos normativos”.

3. El efecto “relativo” (o impredecible) de la “disuasión marginal”

La “disuasión marginal” podría tener una eficacia inferior a la esperada, condicionado el comportamiento en un menor grado del esperado.

En efecto, la propia doctrina penalista ha advertido que, «ninguna evidencia creíble demuestra, con carácter general, que aumentando las penas pueda confiarse en producir efectos disuasorios marginales»²⁷. Especialmente porque el efecto intimidatorio de toda amenaza de un gravamen tiene sus limitaciones²⁸. En particular, porque la mayor o menor probabilidad de ser declarado responsable y la celeridad en la imposición son variables que (junto con la severidad de la “carga” anudada) pueden influir, por motivos objetivos y/o subjetivos, en el efecto intimidatorio²⁹. Hasta el extremo de que se ha afirmado que «la amenaza de la sanción es, en el mejor de los casos, impredecible y, en el peor, poco fiable para la modulación de la magnitud de la sanción con la que se amenaza, una incapacidad que en sí misma frustrará el esquema disuasorio»³⁰.

Lo anterior es una derivada de una importante dimensión del ordenamiento

²⁷ S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 31.

²⁸ *Ibidem*, pp. 8 y 9: «Tales limitaciones derivan de los requisitos que deben concurrir para que la pena produzca un efecto intimidatorio que influya de la forma descrita en la decisión de no delinquir, de las circunstancias que, a su vez, influyen en la concurrencia de aquellos requisitos, de las dificultades para modificar la certeza, la severidad y la celeridad de la pena – que son las variables a las que se vincula su efecto intimidatorio – y del conjunto de consecuencias que ello comporta».

²⁹ *Ibidem*, pp. 11 y 12. Añadiendo, recogiendo el estudio de Robinson (expuesto en el contexto del Derecho Penal, pero extensible al ámbito objeto de este estudio): «para que el Derecho penal tenga efectos sobre el comportamiento de un sujeto debe responderse afirmativamente a cada una de estas tres preguntas: 1) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que tiene para él la norma que pretende influirle?; 2) si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones?; 3) si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus decisiones ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito?, esto es, ¿superarán los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitirla?».

³⁰ *Vid.* la conclusión de Robinson recogida, aunque sin compartirla, en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

jurídico. Adviértase que formamos parte de lo que se conoce como “sistemas complejos adaptables” y, por consiguiente, somos “agentes interactuantes” que, con el transcurso del tiempo, modificamos nuestras reglas a medida que acumulamos experiencia. De modo que emergen comportamientos complejos a partir de las interacciones agregadas de agentes menos complejos. Es como si (y, espero que no se ofendan) se creara un «organismo inteligente construido con partes poco inteligentes»³¹. Por consiguiente (aunque a los juristas parece olvidárseles), las personas no sólo se comportan de forma estratégica (y no simplemente paramétrica), sino que, incluso, también puede que adopten decisiones alejadas de toda “racionalidad”³²; y/o bien, promovidas por impulsos por debajo del nivel consciente. En el fondo, y salvo que los avances de la ciencia que puedan darse en un futuro nos ofrezcan mayor luz, toda medida legislativa que pretenda establecer un marco disuasorio tiene un problema de fondo: «no tenemos acceso directo al modo que tienen los demás de percibir los riesgos. Solamente disponemos del comportamiento observable (decisiones, juicios), a partir del cual debemos inferir creencias, miedos e incertidumbres»³³.

Aunque es cierto que un incremento de la certeza, gravedad y celeridad de un gravamen percibidas por cualquier sujeto puede disminuir la probabilidad de que «resulte indiferente a tal amenaza y prescinda de tomarla en consideración o la infravalore al contrastarla con el beneficio que asocia a la posibilidad de cometer» el acto ilícito³⁴, cabe la posibilidad de que tales sujetos se resistan al cumplimiento a causa de una amalgama de imbricados factores difícil de desenmarañar. Permítanme exponerles algunos escenarios para ilustrar.

En ocasiones, como se acaba de exponer, los individuos, sabedores de que sus actos son claramente contrarios a la ley, pueden hacer estimaciones más o menos precisas sobre la “propensión” a ser sancionados. No obstante, los seres humanos tenemos serias dificultades para interiorizar el concepto de “probabilidad” y actuar en consecuencia³⁵. En el fondo, este

³¹ J.H. HOLLAND, *El orden oculto. De cómo la adaptación crea la complejidad*, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 20, 24 y 27.

³² Concepto no exento de controversia, especialmente, cuando, por ejemplo, se anuda a la idea del libre albedrío. Una aproximación desde el punto de vista de la filosofía de la mente en D.C. DENETT, *La libertad de Acción*, Gedisa, 2018, p. 34 ss. Más recientemente, y desde el punto de vista de diversas dimensiones, S. PINKER, *op. cit.*, p. 21 ss.

³³ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *Riesgo: una introducción*, Alianza, 2013, p. 141.

³⁴ S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ Sobre la discusión relativa a la comprensión humana del concepto de “probabilidad” (y de sus dificultades para interiorizar este concepto), véase D. KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, 2012, p. 220 ss., B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 150 ss.,

comportamiento, no deja de ser una derivada del hecho de que “ignoramos nuestra ignorancia”. De hecho, se nos da muy mal asumir que “no sabemos que no sabemos”. Hasta el extremo que, como ha expuesto Kahneman, cuando la información es escasa, no tenemos problemas en complementar rápidamente la información que nos falta con datos que no tenemos e intuitivamente “saltamos” directamente a la conclusión que nos parece más verosímil. Y lo hacemos sin prestar excesiva atención sobre su exactitud. En realidad, la coherencia de nuestra “historia resultante” es tan firme que mostramos una confianza ciega en su certeza³⁶.

No obstante, la realidad puede, incluso, ser algo más compleja, pues, «las personas faltas de confianza pueden ser innecesariamente prudentes». Y, en el otro extremo, «por mucho que una persona sepa sobre un riesgo, para tomar decisiones con sensatez es necesario que sepa cuánto sabe. Sin saberlo, las personas con exceso de confianza pueden asumir riesgos y omitir señales de alerta». Y «la falta de sensibilidad sobre por la calidad de los datos constituye una fuente de exceso de confianza»³⁷.

Este “exceso de confianza”³⁸ incide de forma determinante en otras dimensiones de nuestros actos. En efecto, sobre la base del mismo y de lo que se conoce como “sesgo de la retrospcción” (y que nos lleva a la ilusoria identificación de una cristalina relación de causalidad de factores sucedidos hasta el presente)³⁹, las personas pueden pensar que, si en el pasado no han sido “castigados”, es una señal poderosa y absolutamente “fiable” de que el futuro se comportará de idéntica forma. Y, la mayor o menor “disponibilidad” de un riesgo específico en nuestra mente es, a su vez, un

o C.R. SUNSTEIN, *Leyes de miedo*, Katz, 2009, p. 101 ss. Y, formulando un planteamiento contrario, G. GIGERENZER, *Decisiones instintivas*, Ariel, 2018, p. 107 ss. Alineándose con este último, S. PINKER, *op. cit.*, pp. 55 y 56. Desde el punto de vista del derecho penal, Robinson (recogido en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 15) afirma que «el incremento de la probabilidad real no siempre comporta la percepción de una probabilidad mayor. Además, la capacidad del sistema de justicia para incrementar la probabilidad real y la percibida de ser castigado es también una capacidad limitada».

³⁶ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

³⁷ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 163. Autores que añaden que «las emociones influyen en las percepciones del riesgo por el modo en que dirigen la atención», hasta el punto de que «algunas decisiones tienen un componente emocional tan fuerte que las personas apenas reflexionan al respecto» (*ibidem*, pp. 170 y 171).

³⁸ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 334: «Casi todos los humanos vemos el mundo más benigno de lo que realmente es, nuestras capacidades más estimables de lo que realmente son, y los fines que perseguimos más fáciles de lograr de lo que realmente son. También tendemos a exagerar nuestra capacidad para predecir el futuro, lo cual fomenta un optimista exceso de confianza».

³⁹ N.N. TALEB, *El cisne negro*, Booket, 2008, p. 53 ss., D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 265 ss., y M.J. MAUBOUSSIN, *La ecuación del éxito*, Empresa Activa, 2013, p. 321.

poderoso factor preventivo condicionante, sobreprotegiéndonos o todo lo contrario (si el riesgo está “más disponible” en nuestra mente, se recurre a este pensamiento de forma más asidua que otros casos que no los tenemos tanto “a tiro”)⁴⁰. En definitiva, la “disponibilidad”, siguiendo con Fischhoff y Kadvany, es «una de las muchas reglas de decisión que la gente emplea para juzgar sobre acontecimientos inciertos, y proporciona juicios útiles, aunque imperfectos, cuando se carece de los conocimientos y de los recursos necesarios para tener certeza»⁴¹.

Estas estimaciones (más o menos burdas) de la incertidumbre (una derivada del “problema de la inducción” de Russell), como sugiere la teoría del agente racional, aparecen frecuentemente combinadas con valoraciones del provecho que puede extraerse del propio incumplimiento. En estos casos, estos sujetos pueden estimar que con la ilicitud se obtiene una ventaja o satisfacción superior al coste (y no sólo económico) de la sanción (para el caso de que los pillen “in fraganti”). No obstante, debe tenerse en cuenta que las personas tienden a asumir conductas más arriesgadas para evitar una pérdida (como podría ser una sanción legal) que las que adoptarían para alcanzar una ganancia⁴². Y su efecto no es baladí, pues, con esta “aversión a las pérdidas” se estima que se asume casi el doble de riesgo (lo que puede erigirse en un factor multiplicador del comportamiento ilícito).

En paralelo, desde el punto de vista de lo que se conoce como la “psicología de la escasez”⁴³, la toma de decisiones puede variar de forma sustancial en función de si se está en una situación de “escasez” (de, por ejemplo, dinero) o de “holgura”. En este segundo caso, al comprar una cosa (por ejemplo, un ticket a un parque de atracciones) no se siente la necesidad de renunciar a otra cosa, de modo que, a diferencia de las personas que se encuentran en una situación de “escasez”, no se hacen cambios compensatorios (pensando qué otras cosas se hubieran podido comprar con el dinero invertido). Esto es así cuando se trata de comprar algo que representa una cantidad de dinero “pequeña”. De modo que, en estas circunstancias, al no poder determinar a qué se renuncia, es difícil saber el valor de las cosas. Lo que, en términos de la ciencia económica, implica que se estarían tomando decisiones sin considerar el “coste de oportunidad”. Y, por consiguiente, el pretendido efecto disuasorio que se quiere atribuir a una sanción pueda estar sometido a una subjetividad difícil de anticipar⁴⁴.

⁴⁰ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 184.

⁴¹ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 159.

⁴² R.H. THALER, *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*, Deusto, 2016, p. 56 ss.

⁴³ Extensamente, S. MULLAINATHAN, E. SHAFIR, *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 128-138.

⁴⁴ Por ejemplo, los datos del importe medio de las indemnizaciones por despido

Asimismo, derivado de lo anterior (esto es, de la “aversión a las pérdidas”), para el caso de que algunas ilegalidades estén muy arraigadas (y, por consiguiente, estas personas estimen que esta forma de proceder desviada forma parte de su “acervo de facultades”) es muy probable que la resistencia a abandonar el *statu quo* también se encuentre con un nivel de “resistencia” (doblemente) equivalente (es lo que se denomina el “efecto posesión” o “efecto dotación”)⁴⁵.

Incluso, algunas personas, a sabiendas de que sus actos son claramente “desviados”, puede que hayan sido capaces de “normalizarlos”, modulando su “brújula moral” para “blanquearlos”. De hecho, todas las personas se rigen por un extraordinario y flexible “factor de tolerancia”⁴⁶ que nos permite engañar sólo un poco, de modo que podemos seguir sintiéndonos bien con nosotros mismos. Este factor es particularmente inquietante cuando se trata del respeto de la ley, pues, al hallar una justificación para apartarse de la norma (alimentada por lo que se conoce como el “sesgo de confirmación”)⁴⁷, estas personas son totalmente insensibles a sus dictados

improcedente (cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Estadística de despidos y su coste. Datos 2015-2018](#), 2018) podrían sugerir una disminución del efecto disuasorio de esta compensación. No obstante, asumiendo que, en este período de tiempo, el marco normativo ha permanecido estable (y, por ende, los factores que conforman la fórmula de cálculo de las indemnizaciones) es obvio que estas estadísticas evidencian, o bien, una reducción del importe de los salarios, o bien, una extinción sobrevenida más anticipada de los contratos, o una combinación de ambos factores. Ahora bien, aunque pueda resultar contraintuitivo, a la luz de estos datos, no puede inferirse que exista una relación de causalidad entre estos factores y el hecho de que se haya producido un debilitamiento de la fuerza disuasoria de la indemnización por despido improcedente (o, al menos, no en todos los casos). Al hilo de la “psicología de la escasez” a la que se acaba de hacer referencia, esta relación no podría conocerse a no ser que se tuviera en cuenta la situación de “holgura” o de “escasez” que padece el empresario que decide despedir sin causa (en hipótesis, podría suceder que la extrema competitividad en algunos sectores, de hecho, haya “encarecido” el despido improcedente, porque sea más difícil acumular el capital para pagar las indemnizaciones).

⁴⁵ Entre otras muchas aproximaciones a este importante concepto, puede accederse a una exposición (muy didáctica) por parte del autor del mismo, R.H. THALER, *op. cit.*, p. 39 ss. De hecho, la trascendencia de este concepto es profunda, pues, cuestiona las bases del conocido Teorema de Coase. Véase, al respecto también, W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 273 ss., y J. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, Gedisa, 2010, p. 333 y 334.

⁴⁶ D. ARIELY, *Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos*, Ariel, 2012, pp. 34, 35 y 226.

⁴⁷ Este “portavoz interno” (como lo denomina J. HAIDT, *La mente de los justos*, Deusto, 2019, p. 124) es especialmente hábil a la hora de justificar automáticamente todo, construyendo una «negación plausible». Véase también, entre otros, S. SUTHERLAND, *Irracionalidad: el enemigo interior*, Alianza, 2015, p. 183 ss., y T. GILOVICH, *Convencidos, pero equivocados*, Milrazones, 2009, p. 69.

y operan sistemáticamente al margen de las reglas⁴⁸. La deshonestidad se vuelve invisible y este autoindulto alimenta la “desviación” *sine die* (los casos de corrupción persistente, probablemente, sean la manifestación paradigmática más patológica). El hecho de que algunas decisiones que acarrear un comportamiento contrario a la norma se ejecuten a través de un agente (por ejemplo, un asesor, un gestor o un abogado), también puede contribuir a sentirse cómodo con uno mismo, pues, se establece una cierta distancia (física y/o, moral) con el engaño (a fin de cuentas, es un tercero el que acaba ejecutándolo)⁴⁹.

En otros casos, las personas pueden apartarse del dictado de la ley porque crean que no es una norma legítima y se resistan empeñadamente a respetar su mandato; o bien, porque, víctimas de lo que se conoce como una “cascada de conformidad”, estimen que un número de personas extramuros de su entorno más inmediato tampoco la cumplen (y piensen que “todo el mundo” hace lo mismo)⁵⁰. De hecho, la combinación de estos dos factores recién descritos puede materializarse en un estadio de resistencia especialmente persistente (una especie de “*subcultura contra legem*”) difícil de doblegar⁵¹. E, incluso, pueden darse “cascadas de

⁴⁸ S. SUTHERLAND, *op. cit.*, p. 205: «la persistencia en una creencia puede derivar de la negativa a abandonar una buena historia inventada para explicar algo que el sujeto cree que es verdad».

⁴⁹ El incremento de la distancia psicológica entre una acción deshonestas y sus consecuencias hace incrementar el factor de tolerancia y esto provoca que los seres humanos tiendan a engañar más (D. ARIELY, *op. cit.*, pp. 37, 39, 60 y 165).

⁵⁰ T. GILOVICH, *op. cit.*, p. 69, se refiere al “efecto del falso consenso”, como «la tendencia que hace que las creencias, valores y hábitos de la gente sesguen su percepción de la extensión con que los demás los comparten». O, tal y como exponen C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Un pequeño empujón*, Taurus, 2009, pp. 85 y 86, a propósito de la implementación de estrategias para fomentar el cumplimiento de la legislación fiscal, «algunos contribuyentes tienden a violar la ley por la percepción equivocada – seguramente basada en los casos que airean los medios de comunicación – de que el porcentaje de ciudadanos que cumplen la ley es bastante bajo». No obstante, como exponen dichos autores, en un experimento llevado a cabo en Estados Unidos (Minnesota) se constató que a los ciudadanos «cuando se les informó de que el cumplimiento de la Ley era en realidad alto, la posibilidad de que defraudaran se redujo». Lo que permite a los autores citados a concluir que «al menos hasta cierto punto, las conductas deseables o no deseables pueden fomentarse atrayendo la atención pública hacia lo que hacen los demás». Ver también C.R. SUNSTEIN, *Conformidad*, Grano de Sal, 2020, p. 108. Y, cerrando esta aproximación, téngase en cuenta, como apunta E. ARONSON, *op. cit.*, p. 45, que «en una situación ambigua otras personas pueden inducirnos al conformismo, simplemente ofreciéndonos una información que sugiera lo que la gente hace habitualmente en una situación determinada».

⁵¹ Recogiendo el criterio de Kagan y Skolnick, C.R. SUNSTEIN, *Conformidad*, cit., p. 107, afirma: «la gente desacatará normas o leyes dominantes, aun si hay algún riesgo importante de ser castigada, cuando cuenta con el apoyo social de una “subcultura transgresora” que

incumplimiento”, en las que las infracciones de destacados miembros de una comunidad alienten, a través de una “polarización de grupo”, el comportamiento similar del resto (y, en ocasiones, también puede verse amplificado al contribuir a aumentar la reputación de los infractores)⁵². En otras ocasiones, puede que no sean conscientes de la existencia de una determinada regla, o bien, estimen erróneamente que la imprecisión de la norma (a partir de lo que sean capaces de comprender de la misma⁵³ o de recordar⁵⁴) habilita un haz de conductas posibles, incluidas algunas ilícitas⁵⁵. Y, finalmente (cerrando este breve repaso de potenciales conductas, que admiten combinaciones diversas), repárese que el ser humano, a diferencia de otros sentidos, no tiene uno para captar el error⁵⁶. Y esto puede provocar que las personas se alejen de la prescripción normativa equivocadamente y (en el mejor de los casos) sólo se den cuenta una vez «ya se han equivocado»⁵⁷.

En definitiva, a la luz de todo lo expuesto, la capacidad “disuasoria” de un gravamen está profundamente condicionada por la complejidad del comportamiento humano (y nuestra dificultad para comprenderlo en cada

sigue apoyando la validez del comportamiento condenable». Y añade: «es posible encontrar “subculturas transgresoras” en las que el incumplimiento de alguna ley se premia de manera efectiva con la admiración e incluso con el aumento general de la importancia del infractor».

⁵² *Ibidem*, pp. 107 y 108.

⁵³ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 224. No obstante, como apunta Robinson (recogido en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, pp. 13 y 14), «la posibilidad de que un elevado número de personas no conozca las penas sólo es relevante en la medida en que se trate de potenciales autores del delito que corresponde castigar con la pena que desconocen. El desconocimiento de la previsión de una pena es irrelevante si se trata de sujetos que no se plantean cometer ese delito, y el desconocimiento de las características de la pena es irrelevante para quienes cualquier pena ya representa un coste superior a los beneficios que asocian a la comisión del delito. Incluso en relación con los potenciales delincuentes, la posibilidad de que la pena tenga un efecto disuasorio no exige que conozcan cuál es exactamente su contenido. La pena puede producir un efecto disuasorio aunque el sujeto desconozca cuál es exactamente su contenido. Bastará con que los potenciales delincuentes conozcan que la comisión del hecho tiene prevista una pena para que ésta pueda producir un efecto disuasorio si concurren los otros requisitos. Y el efecto disuasorio de la pena puede ser mayor que el que se produciría si los potenciales delincuentes conocieran exactamente su contenido: el desconocimiento del contenido exacto de la pena puede aumentar o disminuir la intensidad de su eficacia disuasoria».

⁵⁴ Robinson, recogido en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵ D. ARIELY, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶ De modo que sólo podemos darnos cuenta (pretéritamente) que nos hemos equivocado (y no mientras lo estamos haciendo). Por este motivo, cuando nos equivocamos, siempre nos sorprendemos de nuestro propio error (pues, hasta entonces, estábamos convencidos de que estábamos en lo cierto).

⁵⁷ K. SCHULTZ, *En defensa del error*, Siruela, 2015, p. 28.

caso individual no lo facilita). O, dicho de otro modo (parafrasando a Cardenal Montraveta), la influencia de todas estas circunstancias descritas podría provocar que los potenciales causantes de extinciones injustificadas “agravadas” no tomen en consideración el gravamen que su comportamiento, *a priori*, conlleva, «con independencia de que ese coste sea mayor o menor».

4. La “disuasión marginal” puede ser efectiva, especialmente si se articula normativamente

El análisis llevado a cabo en los epígrafes anteriores podría llevar a pensar que los incentivos implícitos en las normas (como, la que nos ocupa en este ensayo: una indemnización complementaria a la legal tasada por despido improcedente) tienen un impacto, en el mejor de los casos, difícil de medir. Especialmente porque, siguiendo de nuevo a Farnsworth, podría colegirse que «se basan en visiones infundadas sobre cómo se comportan los seres humanos». En efecto, es obvio que «la gente no tiende a planificar sus asuntos a partir de una atenta observación del sistema jurídico. Normalmente no sabe el suficiente derecho para ello y, es más, ni siquiera es hasta tal punto racional»⁵⁸. La gestión humana de la incertidumbre y la toma de decisiones en consecuencia puede responder a una compleja miríada de factores y arrojar resultados que pueden ser muy contraproducentes.

Sin embargo, siguiendo con Farnsworth⁵⁹, el interés por los “márgenes” no reside en el comportamiento “medio” del individuo, sino en el “marginal”. Es decir, en aquellas personas que alberguen dudas sobre lo que tienen que hacer, esto es (en nuestro caso), si deben o no deben proceder a una extinción contractual “agravada”. En tales casos, y conviene destacarlo debidamente, *serían sensibles a los incentivos que proyectan las normas*.

La presión sobre los márgenes nunca debe ser planteada en términos de “todo-o-nada”, especialmente, porque es muy difícil que la norma jurídica sea capaz de hacer que todos sus destinatarios hagan o no hagan una cosa: «la pretensión, realista o no, es meramente que reduzca la eventualidad precisamente en los márgenes». Es probable que muchos empresarios sean refractarios al incremento indemnizatorio que la CSEr plantea porque, entre las diversas opciones a su alcance, las conductas “agravadas” no sean una de ellas (ni se las plantean). Y, lo mismo podría decirse respecto de los que

⁵⁸ W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 48 y 49.

las han “normalizado” y puedan pagarlas. Ahora bien, cabe que, en algunos casos, el posible incremento de la indemnización haya “activado” la sensibilidad de algunas personas (o lo haya hecho en algún momento) y “perfilen” sus actos, actuando en consecuencia.

Si se acepta este enfoque, repárese que esto significa que, al poner presión sobre un determinado margen, algunos individuos optarán por una alternativa (actuando en otro estadio de la escala, o bien, mediante una sustitución). Y, en el mejor de los casos, por las deseadas. No obstante, la cuestión es que no podemos estar seguros de la magnitud de estos efectos, es decir, en qué dirección se dirigirá el individuo “marginal”⁶⁰.

En efecto, la actuación sobre un determinado margen puede tener efectos colaterales que también deben ser evaluados. Aunque una concreta regla (en este caso, hermenéutica) persiga cambios hacia ciertos márgenes o reacciones sustitutivas socialmente más deseadas, no puede obviarse que pueden darse giros hacia conductas indeseadas (por ejemplo, si se presiona sobre el importe de la indemnización en caso de despido injustificado “agravado”, podría suceder que, algunos “miembros marginales” podrían optar, por ejemplo, por el recurso a contratos temporales irregulares o falsos autónomos o la economía irregular). Y esta cuestión es esencial porque enlaza con la capacidad de los órganos jurisdiccionales para dar respuesta satisfactoria sobre los márgenes.

En efecto, el problema en estos casos es que debe ampliarse el campo de visión del conflicto que se quiere resolver, pues, para evitar la expansión de estos márgenes indeseados, debe procederse a una regulación de un número mayor de márgenes en juego. Y esta no es una tarea sencilla y, además, puede acarrear, a su vez, numerosos “costes” y/o “disfunciones” indeseadas. Y, en ocasiones, puede suceder que, al no poder abarcar satisfactoriamente todas las dimensiones implicadas (no podemos controlar todos los márgenes), el “remedio sea peor que la enfermedad” (incrementándose la presión a otra disfunción no controlada). De modo que «los cambios que mejoran los márgenes que controlamos pueden redundar en un estropicio en aquellos que no controlamos»⁶¹.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 53: «Es difícil saber si toda esta historia sobre sustituciones es cierta. Aquí, como en todo, no sabemos todo lo que quisiéramos sobre las consecuencias reales de las decisiones que estamos analizando. Sin embargo, vale la pena valorar las sustituciones indeseadas de esta clase cuando reflexionamos sobre el interés de una norma jurídica».

⁶¹ *Ibidem*, p. 55. Extremo que ha sido muy analizado desde el punto de vista de la conocida teoría del “*second best*”. En efecto, si la consecución de un objetivo depende de la concurrencia de cierto número de condiciones (y no menos), no es cierto que cuantas más condiciones se cumplan para alcanzar la optimalidad, esto es, más nos acerquemos a dicho número, mejor se cumplirá este objetivo (pues, podría conseguirse si se dan en un número inferior). *Vid.* J. ELSTER, *op. cit.*, p. 472 y 473.

Por este motivo, como apunta Farnsworth⁶², «los tribunales tienden a estar en una mala posición para especular acerca de cuáles pueden ser los efectos colaterales de una solución basada en la segunda mejor opción». De modo que, en estos casos, los «ajustes de los márgenes a mayor escala, con esfuerzos para controlar la totalidad de los efectos colaterales, vienen mejor atendidos en manos de un parlamento o de una agencia gubernamental, que pueden reunir más información que las que las partes aportan a un juez en un pleito».

En cualquier caso, también conviene advertir que la delimitación de los objetivos de la política legislativa, en ocasiones, no es una tarea sencilla. Como se ha tratado de exponer en los epígrafes anteriores, aunque esta tarea no está exenta de dificultad (pues, puede que desconozca el mecanismo interno más adecuado para despertar los “impulsos” humanos específicos que garantizarán que se alcance el propósito propuesto), en ocasiones, también es posible que se esté focalizando el esfuerzo legislativo en una prioridad, en el mejor de los casos, secundaria.

En efecto, puede suceder que, víctimas de lo que se conoce como el “sesgo de supervivencia”⁶³ (y que se expondrá con mayor detalle a continuación) a la luz de ciertos actos ilícitos (y, en especial, si tienen un carácter vívido y/o de su publicidad), se alcance la conclusión de que cierta ilegalidad es el patrón de comportamiento (la mayor visibilidad de los casos “positivos” puede interpretarse falsamente como la evidencia más clara de su extendida generalización). Esta convicción es, cuanto menos, “conflictiva” porque puede inducir a obviar que tales reacciones son, en realidad, residuales y, por consiguiente, se pase por alto que la inmensa mayoría de ciudadanos se hallan en el “lado bueno” de la ley. No obstante, la mayor “disponibilidad” de estas conductas ilícitas en el “ideario colectivo” puede magnificar artificialmente su número, alejándose del real. Y, a resultas de este sesgo, puede generarse una nueva “cascada” que precipite su extensión a más personas, lo que puede incrementar, a su vez, su “disponibilidad” en sus mentes y contribuir a su propagación exponencial⁶⁴. Este efecto, puede acabar alimentando una espiral de presión social creciente dirigida a forzar (innecesariamente) nuevos cambios normativos y/o con una intensidad superior a la adecuada⁶⁵.

El impacto de este efecto, en el ámbito objeto de este estudio, puede ser

⁶² W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 57.

⁶³ N.N. TALEB, *¿Existe la suerte?*, Booket, 2009, p. 181 ss. En concreto, en estos casos, se estaría confundiendo «la distribución del máximo de una variable con la de la propia variable» (*ibidem*, p. 207).

⁶⁴ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 190 ss., y C.R. SUNSTEIN, *Leyes de miedo*, cit., p. 133 ss.

⁶⁵ C.R. SUNSTEIN, *Riesgo y razón*, Katz, 2006, p. 129 ss.

mucho más poderoso que lo que, *a priori*, podría pensarse. Permítanme que se lo exponga con algo de detalle⁶⁶. En la medida que sólo tenemos constancia de aquellos despidos sin causa que son, efectivamente, llevados a cabo, impugnados y acreditados, podría llegarse a la conclusión de que “son todos los que hay”. Es decir, podría pensarse que su número coincide con un porcentaje cercano al 100% de casos en los que los empresarios *tienen la intención* de extinguir sin un motivo legalmente justificado.

Y, esta podría ser una de las principales razones que alimentaría la necesidad de corregir esta conducta empresarial (modificando las indemnizaciones al alza); pues, esta “evidencia” estaría mostrando que la medida no es todo lo “efectiva” que se estima que debería ser (la objeción que subyace en el fondo es que su *capacidad de contención* sería limitada).

Sin embargo, alcanzar una conclusión de esta naturaleza a partir de los casos en los que la intención extintiva ilícita ha tenido “éxito” (por ejemplo, a partir de los datos estadísticos existentes sobre el importe medio de las indemnizaciones por despido improcedente)⁶⁷ podría, en hipótesis, ser parcial, al no ajustarse a la totalidad de situaciones que acontecen (y, por consiguiente, arrojar una conclusión alejada de la *verdadera efectividad* de la indemnización)⁶⁸.

En efecto, es probable que se estén obviando todas aquellas “intenciones empresariales” que no han acabado plasmándose en una decisión extintiva sin causa, porque la indemnización (y la posible litigación posterior) han operado como un *factor de contención* “verdaderamente efectivo”. En definitiva, no vemos (no se tienen en cuenta) los casos de “fracaso” (porque quedan “en la sombra”). El siguiente ejemplo, puede ayudar a ilustrar este aspecto:

imagínense una población de jirafas con el cuello corto que viven en un entorno en el que la vegetación cambia y la comida sólo es accesible en los árboles más altos. Sólo las jirafas con el cuello más alto tendrán probabilidades de reproducirse antes de morir.

Este breve escenario descrito por du Sautoy⁶⁹ es el punto de partida de su síntesis de la teoría de la evolución de la vida según Darwin. Pues bien,

⁶⁶ La exposición que sigue a continuación es una síntesis de lo expuesto en mi ponencia a las XXXI Jornades Catalanes de Dret Social, online, 9 y 16 abril 2021, titulada [Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral](#).

⁶⁷ Véase nota 40.

⁶⁸ Incluso, aunque el importe medio haya descendido tampoco es un dato clarificador para poder desvelar la verdadera efectividad (pues, este indicador sigue gravitando sobre los casos de “éxito”).

⁶⁹ M. DU SAUTOY, *Lo que no podemos saber*, Acantilado, 2016, p. 74.

imaginen que, en este escenario, tiramos un dado de seis caras para determinar:

la suerte de sufrir una mutación adaptada a este cambio de entorno, para cada una de las jirafas nacida en la siguiente generación. Si sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa queda condenada a tener un cuello de la misma longitud o más corto, y si sale 6, tiene la suerte de sufrir una mutación que produce un cuello más largo. Las jirafas de cuello largo consiguen la comida y las jirafas de cuello corto no sobreviven lo suficiente como para reproducirse. Así que son justamente las jirafas de cuello largo las que tienen la oportunidad de transmitir su ADN.

En la siguiente generación pasa lo mismo. Si en el dado sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa no crece más que sus padres. Pero otro 6 hace que la jirafa crezca un poco más. De nuevo la jirafa más alta sobrevive. El entorno favorece a las jirafas que han sacado un 6. Cada generación termina siendo un poco más alta que la generación anterior, hasta que llega un momento en el que ya no supone ninguna ventaja crecer más.

Y, aquí viene la clave de la argumentación a los efectos de la indemnización por despido que pretendo exponer:

En retrospectiva, parece muy sorprendente ver tantos seises en fila. Pero la clave es que no vemos otros muchos resultados de la tirada del dado porque corresponden a individuos que no sobrevivieron para reproducirse. Lo que parece un juego amañado no es más que una combinación de suerte y selección natural.

Pues bien, como se ha apuntado al inicio de este trabajo, algunas sentencias recientes⁷⁰ y un sector de la doctrina muy autorizado (a la luz del Convenio

⁷⁰ Por ejemplo, la SJS n. 26 Barcelona n. 170/2020, cit., entiende que la indemnización legal tasada no puede ser considerada como mínimamente disuasoria para la empresa («no llegando a cubrir ni una mensualidad del salario del demandante»), aunque luego admita que dicho importe es una derivada de la breve antigüedad que atesora, 7 meses), pudiéndose sospechar que «la empresa no se molestó en exponer con un mínimo de precisión las verdaderas motivaciones del despido al haber hecho los cálculos sobre el coste de un despido improcedente». Y esta circunstancia – estima – puede ser contraria al Convenio OIT C158. Motivo por el cual procede al análisis del control de convencionalidad del art. 56 ET (*ex* arts. 23.3, 28, 29, 30.1 y 31, Ley 24/2014). En concreto, entiende que asumiendo el escaso efecto disuasorio de la indemnización (dado su bajo importe), en la medida que no «supone esfuerzo financiero alguno para la empresa, los efectos prácticos son los propios de un desistimiento, sin otra causa que la simple voluntad de la empleadora. Y ello podría ser contrario a las disposiciones del Convenio n° 158 de la OIT». El art. 24 CSEr (que es una reordenación del citado convenio de la OIT), de acuerdo con las interpretaciones del CEDS, permite concluir que «de que la aplicación estricta del

OIT C158 y de la CSEr)⁷¹ han defendido que el importe de la indemnización por despido improcedente no es “adecuado”, pues, la mera existencia de despidos sin causa es la prueba palpable de que no es una medida suficientemente “disuasiva”⁷².

En mi modesta opinión, esta valoración podría estar sesgada, porque (como con el caso de las jirafas con el cuello alto), sólo reparamos en los casos que efectivamente han “emergido”, esto es, se han materializado. El resto de situaciones en las que la indemnización por despido sí ha tenido un efecto “intimidatorio” efectivo (es decir, los casos en los que, en el ejemplo de las jirafas, el resultado del dado ha sido 1, 2, 3, 4 o 5) nos quedan “en la sombra”.

La existencia de estos casos “en la sombra” impide que pueda saberse en qué medida (con qué intensidad) la indemnización por despido improcedente fomenta las decisiones extintivas ilícitas. Al no saber los casos de “fracaso” provocados por la fuerza “intimidatoria” de la indemnización (esto es, la extensión de la “sombra”), no podemos colegir que, efectivamente, la posibilidad de despedir “pagando” esté describiendo un despido “libre” indemnizado. O, si lo prefieren, podría suceder que lo fuera en un número de casos inferior al que se le tiende a atribuir (obviando la efectividad que *en realidad* la indemnización tiene en aras a la contención del empleo en la actualidad).

Sería muy difícil (por no decir imposible) saber cuántos casos de “fracaso” se producen. No obstante, creo que es razonable pensar que los de “éxito” están lejos del 100% que les he apuntado anteriormente. En todo caso,

art. 56 del ET, con una indemnización muy reducida [...] es contraria al Convenio nº 158 de la OIT, por no tener un efecto disuasorio para la empresa, dando carta de naturaleza, como causa de extinción de la relación laboral, a la simple voluntad de la empleadora (el desistimiento). El control de convencionalidad permite inaplicar en este caso el régimen ordinario del art. 56 del ET, y fijar una indemnización que sea verdaderamente disuasoria para la empresa, y que compense suficientemente al trabajador por la pérdida de su ocupación».

⁷¹ Véase, al respecto, C. MOLINA NAVARRETE, *El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 455, p. 1 ss.

⁷² Estas aproximaciones no acuden a este concepto de “disuasión” en los mismos términos que los descritos en este estudio (o, al menos, si lo han hecho, no lo han explicitado). En este sentido, la SJS n. 26 Barcelona n. 170/2020, cit., y la SJS n. 26 Barcelona n. 174/2020, cit. De hecho, como se ha apuntado anteriormente, en suplicación (también STSJ Cataluña rec. 5233/2020, cit.; STSJ Cataluña rec. 5234/2020) se ha rechazado las indemnizaciones complementarias reconocidas en la instancia (de 60.000 € y 49.000 €, respectivamente) porque dichos importes han gravitado sobre la dimensión estrictamente “disuasiva” y no en la del daño efectivamente alegado y probado.

como apunta Taleb⁷³ no podemos considerar un resultado sin tener en cuenta la media de intentos ni la muestra de los que han acabado materializándose. Si sucede, en hipótesis, podríamos acabar siendo víctimas del citado “sesgo de supervivencia”.

Debe advertirse que con esta digresión no se pretende negar que los empresarios estén efectivamente despidiendo sin causa, ni tampoco que su número pueda ser elevado. Sin embargo, dado que este enfoque gravita sobre la idea de que la fuerza “disuasiva” de la indemnización es escasa (o muy inferior a la que sería “deseable”)⁷⁴, reparen que, en realidad, está refiriéndose exclusivamente a su efectividad. Y, por consiguiente, es en este ámbito (si es o no efectiva) en el que “sesgo de supervivencia” podría debilitar (notablemente) la premisa de partida de estas tesis.

En cambio, el hecho de que sólo veamos los casos en los que se materializa la improcedencia del despido, podría estar produciendo el efecto de pensar que las indemnizaciones deben ser más elevadas para intensificar un efecto disuasivo que podría parecernos, *a la luz de los resultados visibles*, insuficiente (o bien, proponer la readmisión *in natura*). La ratificación de la CSEr y la reciente Resolución CEDS en el asunto *CGIL vs Italia*, podría ser el factor precipitador. Y, de hecho, la misma lógica que estaría impulsando esta reforma al alza, podría justificar posteriores incrementos ante la constatación de nuevos casos de extinciones infundadas (evidenciando que, otra vez, la compensación legal tasada que eventualmente se previera seguiría siendo insuficientemente intimidatoria). Sólo el reconocimiento del derecho de opción en estos casos a las personas trabajadoras (o la readmisión obligatoria) paralizaría esta espiral argumentativa.

En este sentido, no estoy sugiriendo que las indemnizaciones no deban incrementarse, sino que con estas líneas se trata de apelar a que no se

⁷³ N.N. TALEB, *¿Existe la suerte?*, cit., pp. 70 y 181.

⁷⁴ De algún modo, este planteamiento estaría alineado con la teoría del despido “libre” indemnizado (o de la nulidad por despido fraudulento o sin causa). En contra de esta perspectiva, puede objetarse que el hecho de que el incumplidor de una norma esté dispuesto a asumir las consecuencias de sus actos, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, no convierte a dicha conducta en lícita (y, por ello, el despido no puede ser calificado como “libre”). El despido es una institución causal y, por este motivo, se le anuda una responsabilidad en caso de incumplimiento (si no fuera así, como sucede en el desistimiento durante el período de prueba, no debería abonarse compensación alguna). Lo que, obviamente, no obsta que (si así se estima oportuno) pueda valorarse si el importe de esta indemnización debe ser más o menos elevado. En todo caso, las teorías que, en relación al despido improcedente, acuden a los términos “desistimiento empresarial” o “despido libre indemnizado”, en el fondo, apelan a una dimensión propia de la ciencia económica (el “coste de oportunidad”) y, por ello, estarían confundiendo el saber jurídico con el económico.

menosprecie a las “jirafas de cuello corto” que no podemos ver, y, por consiguiente, el mayor importe que se prevea se ajuste al daño efectivamente alegado y probado⁷⁵.

De hecho, volviendo a la lógica de los “márgenes”, repárese que podría suceder que la posibilidad de reclamar esta compensación complementaria se tradujera en un incremento de los incentivos de las partes para negociar sobre la misma (en particular y entre otros motivos, para evitar la incertidumbre del resultado si se acaba litigando y, obviamente, para soslayar los costes que esto último lleva anudado).

5. Valoración final

En un contexto monopolizado por implacables fuerzas del mercado que predominan el discurso sobre la conservación de la actividad empresarial y, con ella, la del empleo y que, a su vez, galopan hacia una automatización acelerada, es absolutamente prioritario “recapitalizar” el “valor social” del empleo como eje medular de nuestro modo de vida. No obstante, esta tarea (sin duda, inaplazable) exige sintonía fina.

Desde este punto de vista, la CSEr abre la posibilidad de combatir aquellos comportamientos que destacan por atesorar una carga de reprobación social acentuada (o por encima del umbral aceptable). Y debe aprovecharse. La complejidad intrínseca que los actos humanos atesoran sugiere que el ordenamiento jurídico sociolaboral, no sólo debería limitarse a dictar la pauta de conducta social “deseada”, sino que también debería tratar de tener en cuenta las palancas que lo “activan” y, como se acaba de exponer, sin menospreciar las que operan por debajo del nivel consciente. Este enfoque, a partir de una “arquitectura de las decisiones”⁷⁶, debería permitir crear los incentivos y los mecanismos que nos acerquen las normas a este ideal de la conducta colectiva deseado. En este contexto, la estrategia dirigida a las conductas “marginales”, a pesar de su eficacia limitada, pueden erigirse en un buen instrumento para inducir el comportamiento esperado de aquellos individuos que puedan ser sensibles a su contenido. La indemnización complementaria a la legal tasada encajaría en esta lógica disuasoria marginal. Y aunque encorsetada en parámetros más propios del agente racional (con sus limitaciones), contribuye a revalorizar el valor social del empleo (al

⁷⁵ De hecho, como se ha apuntado en una nota anterior, desde hace años he defendido la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios si se dan ciertas condiciones.

⁷⁶ Término sugerido por C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *op. cit.*, p. 28, en el marco de los conocidos “nudges”.

menos, conforme a la parametrización que se deriva de la lógica de la flexibilidad externa que hemos aceptado dotarnos)⁷⁷ y, aunque no aleja totalmente al despido improcedente de la idea de conducta sujeta simplemente al pago de un “precio” (una “tarificación” mayor)⁷⁸, acrecienta la dignificación de las personas trabajadoras y el valor cívico que atesora el empleo.

Ahora bien, si se acepta la oportunidad de este enfoque, pretender que sean los Tribunales los que, a partir de las particularidades del caso, articulen una respuesta “óptima”, puede acabar teniendo efectos colaterales indeseados; o, en el mejor de los casos, alcanzarse mucho más tarde de lo que sería deseable. El número de dimensiones implicadas y la interconexión entre ellas podrían arrojar resultados contraproducentes. Adaptando el ilustrativo ejemplo sugerido por Farnsworth⁷⁹, podría pasarnos lo mismo que cuando se trata de eliminar las burbujas de la cubierta de un libro (mal) forrado y, al presionar sobre las mismas, sólo se consigue que aparezcan nuevas en otro lugar. En definitiva, si bien conviene revertir ciertos procesos de resignada devaluación, tampoco puede olvidarse que, salvo que cambie el paradigma, la hipercompetividad e hiperconexión de nuestras economías sugieren que el equilibrio es frágil. Desde este punto de vista, la ampliación del marco de visión (la “perspectiva”) es esencial para poder tratar de abordar el mayor número de derivadas comprometidas. Y, obviamente, el Legislador está en una posición mucho mejor que los órganos jurisdiccionales para hacerlo.

En esta tarea legislativa, para evitar una presión excesiva sobre todas las extinciones contractuales injustificadas, convendría tratar de ser sensible a las “jirafas de cuello corto” (es decir, los casos en los que la indemnización sí ha sido suficientemente elevada como para contener decisiones empresariales de esta naturaleza) y, articular reglas jurídico-positivas que, mejorando la compensación legal tasada vigente, graviten sobre el daño efectivamente sufrido y probado.

La complejidad del momento que nos ha tocado vivir es, probablemente, inaudita y las reacciones exigen actuaciones con la mayor precisión a

⁷⁷ Recuérdesse que en otros momentos de la historia la calificación de nulidad (y readmisión) se predicaba en un número mayor de situaciones.

⁷⁸ En cuanto a las diferencias derivadas de la existencia de “multas” y “tarifas” desde el punto de vista de la filosofía y de la psicología de la conducta aplicadas al ámbito del despido (y, en particular, en determinados supuestos de despidos injustificados de personas estando de baja por incapacidad y no pueda aplicarse la doctrina *Daonidi*), véase I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, [Improcedencia e indemnización: ¿corrupción de deberes cívicos?](#), en [ignasi.beltran.com](#), 3 junio 2019.

⁷⁹ W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 54, apunta que hay que «evitar que el problema se mueva de un lado a otro como el pliegue de una alfombra».

nuestro alcance.
Sin duda, nos jugamos mucho.

6. Bibliografía

- ARIELY D. (2012), *Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos*, Ariel
- ARONSON E. (2000), *El animal social*, Alianza
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), [Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral](#), ponencia a las XXXI Jornades Catalanes de Dret Social, online, 9 y 16 abril
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2019), [Imprudencia e indemnización: ¿corrupción de deberes cívicos?](#), en [ignasibeltran.com](#), 3 junio
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2011), *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato: manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo*, Aranzadi
- CARDENAL MONTRAVETA S. (2015), [¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución](#), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17, pp. 1-44
- DENEIT D.C. (2018), *La libertad de Acción*, Gedisa
- DU SAUTOY M. (2016), *Lo que no podemos saber*, Acantilado
- ELSTER J. (2010), *La explicación del comportamiento social*, Gedisa
- FARNSWORTH W. (2021), *El analista jurídico*, Aranzadi
- FISCHHOFF B., KADVANY J. (2013), *Riesgo: una introducción*, Alianza
- GIGERENZER G. (2018), *Decisiones instintivas*, Ariel
- GILOVICH T. (2009), *Convencidos, pero equivocados*, Milrazones
- HAIDT J. (2019), *La mente de los justos*, Deusto
- HOLLAND J.H. (2004), *El orden oculto. De cómo la adaptación crea la complejidad*, Fondo de Cultura Económica
- KAHNEMAN D. (2012), *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo
- MAUBOUSSIN M.J. (2013), *La ecuación del éxito*, Empresa Activa
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2018), [Estadística de despidos y su coste. Datos 2015-2018](#)
- MOLINA NAVARRETE C. (2021), *El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal*

Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre, en Trabajo y Seguridad Social – CEF, n. 455

MULLAINATHAN S., SHAFIR E. (2016), *Escasez*, Fondo de Cultura Económica

OVEJERO BERNAL A. (2015), *Psicología Social*, Biblioteca Nueva

PIETRYKOWSKI B. (2021), *Trabajo: un enfoque desde la economía política*, Alianza

PINKER S. (2021), *Racionalidad*, Planeta

SADIN E. (2020), *La inteligencia artificial o el desafío del siglo*, Caja Negra

SÁNCHEZ OTARÁN J.F. (2018), *La protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, Tesis Doctoral, Universitat de Barcelona

SCHULTZ K. (2015), *En defensa del error*, Siruela

SHAVELL S. (2016), *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces

SUNSTEIN C.R. (2020), *Conformidad*, Grano de Sal

SUNSTEIN C.R. (2009), *Leyes de miedo*, Katz

SUNSTEIN C.R. (2006), *Riesgo y razón*, Katz

SUNSTEIN C.R., THALER R.H. (2009), *Un pequeño empujón*, Taurus

SUPIOT A. (1996), *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS

SUTHERLAND S. (2015), *Irracionalidad: el enemigo interior*, Alianza

SUZMAN J. (2021), *Trabajo*, Debate

TALEB N.N. (2009), *¿Existe la suerte?*, Booket

TALEB N.N. (2008), *El cisne negro*, Booket

THALER R.H. (2016), *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*, Deusto

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it