

El despido individual tras las reformas de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012)

Autora: Dolores Carrascosa Bermejo*

Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pontificia Comillas y Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.
Redactora en *Ediciones Francis Lefebvre*.

Resumen

Las últimas reformas han afectado de manera significativa a la regulación del despido individual. En el artículo se ponen de relieve las modificaciones introducidas en las causas del despido objetivo, haciendo especial hincapié en el despido económico y por faltas de asistencia al trabajo. A continuación se analizan los importantes cambios introducidos en las consecuencias jurídicas del despido improcedente, comunes al objetivo y disciplinario. De esta manera se estudia la reducción de la indemnización así como su nueva forma de cálculo así como las limitaciones al abono de los salarios de tramitación cuyo abono ya no procede en muchas ocasiones. Este último cambio implicó la desaparición del denominado “despido exprés” que perdió su razón de ser. La Ley de reforma también incidió sobre las cláusulas de jubilación forzosa que ya no pueden incluirse en la negociación colectiva so pena de nulidad. Final-

* Dolores Carrascosa Bermejo: mdcarrascosa@upcomillas.es

mente se revisan los cambios en la denominada responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial en relación a las empresas con menos de 25 trabajadores que realicen despidos económicos procedentes.

Palabras clave: Despido individual, Reforma 2012; Real Decreto-ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-ley 20/2012; Despido objetivo, Despido económico, Despido exprés, Causas económicas, Faltas de asistencia al trabajo, Absentismo, Despido improcedente, Indemnización por despido, Salarios de tramitación, Cláusulas de jubilación forzosa; Fondo de Garantía Salarial, FOGASA, Responsabilidad directa.

Title: *Individual Dismissal Regulation in Spain after the 2012 Reform (Real Decreto-Ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012)*

Abstract

The recent regulatory amendments carried out in Spain have significantly affected the individual dismissal regulation. The article highlights how legitimize grounds for dismissal have been modified, especially those regarding economic reasons and absence from work. The far-reaching changes in the juridical consequences of unfair dismissal are analyzed in the second part of the article. Topics discussed include reduction of the redundancy pay and its new calculation procedure, and constrains to the right to receive procedural salary, and how it has caused the disappearance of the so-called “express dismissal”. In the last part of the article, the author reviews the exclusion of compulsory retirement clauses from collective agreements and the changes in direct responsibility of the Wage Guarantee Fund (FOGASA) in the case of enterprises with less than 25 employees implementing collective justified redundancies on economic grounds.

Key words: Individual dismissal, 2012 Reform, Law 3/2012; Royal Decree-law 3/2012; Royal Decree-law 20/2012; Grounds for dismissal; Economic reasons, Absence from work; Unfair dismissal; Procedural salary, Express dismissal, Compulsory retirement clauses, Direct responsibility, Wage Guarantee Fund, FOGASA.

Recibido: 11-1-2013

Aceptado: 25-2-2013

I. Introducción

El propósito de este artículo es analizar los cambios que las reformas de 2012 han operado en el despido individual, sin duda los de mayor envergadura y más rupturistas de los muchos cambios llevados a cabo en la regulación del mercado de trabajo.¹

Su contenido es deudor de un comentario crítico previo realizado sobre la primera y la más importante de las normas dictadas a estos efectos: el RD-Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.² El artículo actual recoge las conclusiones de dicho comentario, completándolas con las matizaciones y mejoras técnicas que incorpora la Ley 3/2012 por la que se tramitó el mencionado RD-Ley, así como las últimas novedades incluidas en el RD-Ley 20/2012 de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Sobre toda esta normativa citada conviene hacer, con carácter previo, las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que ninguna de las reformas efectuadas fue concertada,³ manteniendo los interlocutores respecto de muchos temas, y concretamente sobre el despido, posturas irreconciliables. Convocándose por los sindicatos una huelga general el 29 de marzo en respuesta a su aprobación.

En segundo lugar, que la reforma de 2012 ha resultado polémica respecto de su propia constitucionalidad, existiendo algunos recursos pendientes de resolución⁴. El Tribunal Constitucional, sin pronunciarse sobre el fondo, ha inadmitido la primera cuestión de inconstitucionalidad planteada, que supuso precisamente la suspensión de un pleito de despido (Auto TC 191/2012).⁵ En dicho Auto el TC entiende que la cuestión no cumplía las exigencias de la LOTC (art. 35) al no haber satisfecho suficientemente el órgano jurisdiccional remitente los juicios de aplicabilidad y relevancia de las disposiciones cuestionadas, esto es, no haber acreditado que la solución del pleito de instancia dependiera realmente de la decisión del TC sobre la constitucionalidad de la norma. Como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal, el órgano remitente no argumentó suficientemente sobre la aplicación temporal de algunas de las normas controvertidas al pleito, al ser el despido previo a la entrada en vigor de la reforma, ni tampoco sobre la improcedencia del mismo, pues sólo tal calificación obligaría a aplicar la normativa cuya constitucionalidad se cuestionaba.

¹ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012" *Diario La Ley*, nº 7833 (9 de abril de 2012).

² Ver CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, "La reforma del despido individual en el RD-Ley 3/2012", *Actum Social*, nº 61 (marzo 2012) Ediciones Francis Lefebvre, pp. 45-61

³ Aunque el 25 de enero de 2012 se suscribió el relevante II Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012- 2014 este ni siquiera se menciona en la Exposición de motivos del RD-Ley 3/2012 aprobado días después.

⁴ El 5 de octubre de 2012 se planteó recurso de inconstitucionalidad por el PSOE e Izquierda Plural (IU-ICV-CHA). En sentido contrario, la actual Defensora del Pueblo –Sra. Becerril- ha desestimado la petición de los sindicatos más representativos (CCOO y UGT) de plantear recurso de inconstitucionalidad contra la reforma laboral, siguiendo la postura que tomó su antecesora –Sra. Cava de Llano- respecto del RD-Ley 3/2012.

⁵ En la cuestión planteada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid mediante Auto de 16 de abril de 2012, autos 88/2012 se cuestionaba la constitucionalidad de la regulación del despido establecida por el Real Decreto-Ley 3/2012 y concretamente la supresión generalizada del abono de los salarios de tramitación en caso de improcedencia cuando la opción empresarial es por la indemnización. Se cuestiona no sólo la presencia de la urgencia y necesidad que han de acompañar la utilización de esta fuente normativa, sino también que tal regulación fuese conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho a la igualdad y a la suficiencia de la cobertura social ante una situación de necesidad como es el desempleo, poniéndolo en relación con el derecho al trabajo (arts. 41 y 35.1 CE).

En tercer lugar, que la justificación de la reforma no difiere, al menos en su diagnóstico, de la esgrimida para justificar las reformas llevadas a cabo por el Gobierno anterior, pues el problema sigue siendo el incremento desmesurado del desempleo, como consecuencia de la grave crisis económica, que al cierre de este trabajo continuaba su escalada.⁶ Tampoco es nuevo el objetivo genérico de la reforma: la creación de las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo. Finalidad que la exposición de motivos del RD-Ley conectaba en esta ocasión, haciendo un guiño a la Unión Europea, con la denominada “flexiseguridad”⁷. En la materia que nos ocupa la reforma propicia un innegable incremento de la flexibilidad empresarial externa, pues facilita y abarata la extinción de los contratos de trabajo por voluntad del empleador. Sin embargo, la reforma no incluye elementos que equilibren tales medidas y preserven la seguridad del trabajador en su empleabilidad, amortiguando la carencia de ingresos durante los inevitables tránsitos entre empleos. En efecto, no sólo descendió en 2012 la apuesta presupuestaria por las políticas activas de empleo,⁸ sino que también se ha reducido la cobertura del desempleo tanto contributivo,⁹ como asistencial¹⁰ en el RD-Ley 20/2012. Este retroceso de la protección social pública¹¹ frente al lucro cesante que implica todo despido, es el colofón a la reducción del monto indemnizatorio de los despidos calificados como improcedentes.

⁶ El RD-Ley alude a una crisis de una gravedad sin precedentes principalmente en materia de desempleo, con incrementos fortísimos en los últimos trimestres, rozando el 50% la tasa de paro en jóvenes menores de 25 años. Situación que no parece mejorar, pues las cifras de paro del mes de noviembre de 2012 han supuesto un incremento de 74.296 personas, respecto del mes anterior, existiendo ya 4,9 millones de parados.

⁷ Sobre este paradigma del Derecho del Trabajo defendido por la Comisión Europea conformado por una extraña pareja siempre al borde del divorcio: flexibilidad empresarial y seguridad del trabajador en su empleabilidad, ver *Libro Verde* de la Comisión *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI* COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006). La apuesta de la Comisión por este modelo se mantiene en el marco de la “Estrategia 2020: una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” Bruselas, 3 de marzo de 2010 COM (2010)

⁸ En los presupuestos de 2012 se aprecia una importante caída tanto de las políticas activas de empleo, como de la formación.

⁹ La más clara es la reducción del monto de la propia prestación, pues desde el 15 de julio de 2012 (respecto de prestaciones que se generen a partir de dicha fecha) el porcentaje aplicable a la base reguladora para la cuantía de la prestación por desempleo pasa a ser desde el día 181º de percepción el 50% en lugar del 60% (art 211.2 y 3 LGSS -modif. RD-Ley 20/2012, art. 17.4-). También se suprime la cotización por el trabajador que parcialmente venía asumiendo la gestora (RD-Ley 20/2012, Disp. trans. 3ª y Disp. derog. única. 3.b)

¹⁰ Desde el 15 de julio de 2012 se ha suprimido el subsidio especial para mayores de 45 años, se ha elevado de 52 a 55 años la edad para tener derecho a cierto subsidio. Ver arts. 215.1.3 y 215.3.2 LGSS -modif. RD-Ley (art. 17.7) y art. 216.3 LGSS -modif. RD-Ley 20/2012 (art. 17.8) y art. 217.1 LGSS -modif. RD-Ley 20/2012 (art. 17.9)-; art. 218 LGSS -modif. RD-Ley 20/2012 (art. 17.10) y RD-Ley 20/2012 (Disp. trans. 4ª y 5ª, Disp. final 13ª.2 y Disp. final 13ª.3)-.

¹¹ Hablando de la situación española en 2011 ya se señalaba que “*En todo caso las contrapartidas en términos de mejora de la protección, en la línea de la flexiseguridad, son esenciales, porque la protección por desempleo presenta limitaciones injustificadas y porque es más razonable proteger la pérdida de empleo a través de la Seguridad Social que a través de los salarios de tramitación.*” DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma”, en A.A.V.V. (DESDENTADO BONETE, Aurelio (Dir.) y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (Coord), *Despido y crisis económica Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 52.

En cuarto lugar, debe señalarse que las medidas de flexibilidad externa que se analizan en este trabajo, se anudan a dos objetivos concretos tampoco novedosos: favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, esto es, la acusada rotación y segmentación del mercado de trabajo. En esta línea continuista respecto de la reforma de 2010¹², como si de una reforma a plazos se tratará, el RD-Ley incidió de nuevo, aunque con mucha más intensidad, sobre los despidos objetivos¹³ facilitando tanto las causas económicas, técnicas, objetivas y productivas, como las relativas a faltas de asistencia al trabajo. También rebajó las consecuencias jurídicas de la declaración de improcedencia, comunes al despido objetivo y al disciplinario: abaratando la indemnización y eliminando con carácter general el abono de salarios de tramitación cuando el empresario opta por la indemnización. Estos últimos cambios dejaron sin objeto no sólo a los contratos para el fomento de la contratación indefinida, cuya indemnización reducida en caso de despido objetivo improcedente se convierte en regla general- (RD-Ley 3/2012 disp.derog.única.1.a)¹⁴; sino también al propio “despido exprés” que pretendía la detención o incluso supresión del devengo de salarios de tramitación.

Por otro lado, la Ley 3/2012, como novedad respecto de la norma precedente, apostó por la nulidad de las denominadas cláusulas convencionales de jubilación forzosa a la edad ordinaria. Además, junto a ciertas matizaciones, también reformó la normativa fiscal evitando la pervivencia de facto del “despido exprés” que ya había sido privado por el RD-ley de toda cobertura normativa específica.

Finalmente, el RD-Ley 20/2012, además de la rebaja de la protección por desempleo ya mencionada, redujo abruptamente¹⁵ la responsabilidad del Estado respecto de los salarios de tramitación, quedando circunscrita a los supuestos en los que la sentencia se dictara transcurridos más de 90 días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda. Además impuso de forma sorpresiva la obligación de cotizar sobre el monto de las indemnizaciones por despido que excediesen de la cuantía legal obligatoria. Además supuso una reducción del tope de responsabilidad en la cobertura del FOGASA y volvió a cambiar las condiciones de su responsabilidad directa, cuestión a la que se dedica el último epígrafe de este artículo.

¹² Formalmente la reforma de 2010 respondió al mismo patrón, pues se aprobó, sin acuerdo con los interlocutores sociales, a través del RD-Ley 10/2010 que luego fue tramitado como Ley 35/2010 ordinaria; acompañándose todo ello de una huelga general.

¹³ No en vano se considera la más ambiciosa de las sucesivas habidas después de la Ley 11/1994, GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en A.A.V.V. (GARCIA PERROTE ESCARTIN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael –Dirs.-) *La Regulación de Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RD-Ley 20/2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 342.

¹⁴ Esta modalidad de contrato para el fomento de la contratación indefinida, fue creado en 1997 por los interlocutores sociales en el Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo y luego incluida en la Ley 12/2001 (Disp. adic. 1ª) que ahora deroga el RD-Ley 3/2012 (Disp. derogatoria única.1.a.).

¹⁵ Tal reducción de la responsabilidad del Estado por salarios de tramitación afectó a todos los expedientes de reclamación al Estado de salarios de tramitación en los que no haya recaído sentencia firme de despido el 16 de julio de 2012 (RD-Ley 20/2012, Disp. trans. 7ª)

Antes de analizar las medidas de flexibilidad externa mencionadas, debe destacarse que el legislador las presenta como última ratio, siempre subsidiaria de la flexibilidad interna.¹⁶ Sin embargo, esa pretensión no se ha plasmado en el articulado del ET que adolece de una coordinación efectiva de ambos tipos de medidas que la reforma reguló en capítulos estancos, sin poner límite efectivo alguno a su utilización sucesiva. Así, por ejemplo, la rebaja salarial que la reforma facilita, tanto a través de un descuelgue convencional, como de una modificación sustancial de esta condición, no se somete a ninguna reserva o limitación –ni cualitativa, ni temporal– respecto de su incidencia en una futura extinción. No se trata de una cuestión baladí, pues a nadie se le escapa que ese salario último modificado no sólo será el módulo de cálculo de la indemnización por un posterior despido objetivo improcedente o procedente, sino que también puede incidir en la determinación de la base reguladora de futuras prestaciones por desempleo. Las dudas son inevitables ¿es posible entonces la utilización sucesiva de ambos mecanismos ante un decrecimiento de ventas que perdura alcanzando los tres trimestres consecutivos? ¿Existe fraude de ley o abuso de derecho cuando la flexibilidad interna, ahora no sometida a ninguna finalidad concreta más allá de conseguir la mayor competitividad o productividad de la empresa, no parece tener más objeto que el abaratamiento de los despidos económicos posteriores? ¿Se puede entender que se trata de un acto que persigue un resultado prohibido por la norma estatutaria? En su caso ¿cómo se acreditaría la conducta maliciosa del empresario vinculada al fraude de ley? ¿Cuánto tiempo debería transcurrir para que se diluya la conexión y no haya abuso de derecho o fraude de ley? Es cierto, que el trabajador disconforme con la reducción salarial vía modificación sustancial (no en el caso de descuelgue convencional) puede optar por la rescisión de su contrato con una indemnización de 20 días por año trabajado.¹⁷ Sin embargo, esta no parece la solución óptima, sobre todo respecto de trabajadores con cierta antigüedad, pues esta autotutela extintiva, como es sabido, posee una indemnización limitada a 9 mensualidades que –siempre en función de la entidad de la rebaja salarial– se puede convertir en una opción menos tuitiva incluso que la indemnización por despido objetivo procedente limitada a 12 mensualidades.

II. Novedades en la causalidad del despido objetivo

Como ya se ha señalado, la reforma de 2012, apoyándose en los cambios ya introducidos en 2010,¹⁸ modificó de nuevo el régimen jurídico del despido objetivo, facili-

¹⁶ Ver la exposición de motivos del RD-Ley y la Ley 3/2012 surgida de su tramitación como ley ordinaria, y las rúbricas de los capítulos en los que se articulan tales normas.

¹⁷ De 20 días por año hasta un límite de 9 mensualidades ahora también abierta a este supuesto.

¹⁸ La reforma de 2010 supuso, muy sucintamente, respecto de la materia que nos ocupa los siguientes cambios: en primer lugar, definió –asumiendo criterios jurisprudenciales– las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción de forma idéntica para los despidos objetivos y colectivos, residenciando su regulación en el marco de estos últimos (ex art. 51 ET). Esta circunstancia sumada a la impugnación de los despidos colecti-

tando tanto la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas; como el despido por faltas de asistencia al trabajo. En un sentido contrario, estableció nuevas garantías para el trabajador al regular la falta de adaptación a modificaciones técnicas. Junto a tales modificaciones que se analizan a continuación, hay que mencionar también la que afectó al art. 52.e) ET¹⁹, relativa a la posibilidad de despido objetivo en supuestos de insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria o extra-presupuestaria para el mantenimiento del contrato indefinido concertado directa y exclusivamente por entidades sin ánimo de lucro. La reforma eliminó de este artículo la referencia a las Administraciones públicas en un ejercicio de coherencia, pues simultáneamente y de forma expresa les permitía acudir al despido objetivo y colectivo de sus empleados por causas económicas, técnicas y organizativas (Disp. adic. 20^a ET)²⁰.

II.1. Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción²¹

Aunque las mismas son objeto de análisis en el artículo consagrado al despido colectivo de este número monográfico, se enuncian a continuación muy brevemente las principales coordenadas de su modificación para dar una idea al lector de su trascendencia²².

vos en el orden social desde el 11 de diciembre de 2012, *ex LRJS*, ha de permitir un tratamiento más uniforme de las mismas. En segundo lugar, eliminó del encabezamiento de estas causas de despido la “necesidad de amortización de puestos de trabajo”, asumiendo un cambio de concepto aceptado por los tribunales que no venían exigiendo ni la desaparición efectiva del puesto de trabajo, ni de las tareas o funciones que lo integraban, de manera que las mismas podían ser asignadas a otros trabajadores, asumidas por el propio empresario o externalizadas. En tercer lugar, se estableció una funcionalidad rebajada de las extinciones, pues desde 2010 ya no hacía falta que los despidos tuvieran que ser una medida imprescindible para la superación de la situación económica negativa de la empresa, finalidad no siempre realista, pues desafortunadamente no todas las crisis son superables (STS unif. doctrina 29 de septiembre de 2008, rec. n.º 1659/07). Bastaba con que se considerara una medida razonable en función del cumplimiento por parte las extinciones de ciertos objetivos menos ambiciosos, así: si la causa era económica, sólo debían ser razonables para preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado y si la causa era técnica, organizativa o productiva la razonabilidad de las extinciones se medía en función de su contribución a mejorar la situación de la empresa o a prevenir la evolución negativa de la misma.

¹⁹ Ver Ley 3/2012, Disp. adic. 18^a.

²⁰ Ver Ley 3/2012, Disp. adic. 2^o dónde se define la causa económica cuando se produzca en las Administraciones una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. Cifrándose la persistencia en todo caso si se produce tal insuficiencia durante tres trimestres consecutivos. Ver sobre tales extinciones en el sector público GONZALEZ ALONSO, Augusto, “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, *Actum Social* n.º 61 (marzo 2012) pp. 62-70. TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social* n.º 57, 2012; y DE SANDE PEREZ-BEDMAR, María, “Medidas de reforma para el sector público en la Ley 3/2012”, en A.A.V.V., GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (Dir.), *Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RD-Ley 20/2012*, Valladolid: Lex Nova, pp. 381 y ss.

²¹ art. 51 ET –modif. RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012 (art. 18.3)-.

²² Ver más ampliamente CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “La reforma del despido individual...” *op. cit.*, pp. 48 y 49.

La reformulación de estas causas responde a la pretensión del legislador de devolver al despido objetivo procedente fundado en las mismas la hegemonía que le corresponde en esta época de crisis, facilitando su acreditación. Los cambios principales se centran en la causa económica²³ que sigue vinculada a la necesaria existencia de una situación económica negativa asociada a los resultados de la empresa que despide objetivamente. Intentando clarificar un concepto tan ambiguo, la reforma mantiene los ejemplos ya existentes respecto de su posible concurrencia,²⁴ incidiendo sobre el segundo. En efecto, el primer ejemplo sigue siendo la existencia de pérdidas, no sólo las ya materializadas o actuales sino también las previstas, lo que permite a una empresa viable, o incluso con beneficios, recurrir a este tipo de extinciones para evitar –a la luz de los resultados actuales²⁵ y la evolución del mercado– una futura situación económica negativa y su deterioro irreversible.²⁶ El segundo ejemplo se refiere a la reducción persistente –no coyuntural– no sólo de ingresos ordinarios²⁷, sino también ahora de ventas.²⁸ Cifrándose en todo caso²⁹ como no coyunturales los descensos que perduren tres trimestres consecutivos. La Ley 3/2012 impone un requisito adicional, exigiendo que la comparación de tal evolución negativa se realice con los niveles de ingresos o ventas registrados en el mismo trimestre del ejercicio anterior.

Este segundo ejemplo en el contexto actual de crisis resulta muy amenazante para las expectativas de estabilidad en el empleo de trabajadores en activo, pues casi todas las empresas han sufrido bajadas de ingresos o ventas que pueden encuadrarse en los períodos mencionados. De manera que no es descartable que los despidos objetivos procedentes económicos –con un coste de 20 días por año de salario y un

²³ También se modifican levemente las causas organizativas que aunque siguen referidas a cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal. La reforma de 2012 contempla también la siguiente alternativa: cuando se produzcan cambios “en el modo de organizar la producción”, debiéndose entender que buscando la mejora de la gestión empresarial de sus recursos humanos.

²⁴ La norma dice “en casos tales” de ahí su carácter ejemplificativo. Ver en este sentido GOERLICH PESET, José María, “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010, p. 272.

²⁵ Por ejemplo, en términos de rentabilidad de la empresa o en su eficiencia (STS 14 de junio de 1996, rec. nº 3099/95).

²⁶ MARTINEZ MOYA, Juan, “Las causas de los despidos económicos una perspectiva jurídica”, en A.A.VV., DESDENTADO BONETE, Aurelio (Dir.) y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (Coord), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p.115.

²⁷ Matización realizada por la Ley 3/2012 y que resulta relevante porque elimina el riesgo de que un despido se funde en la actividad extraordinaria de la empresa (inversiones y desinversiones) al margen de su actividad productiva o comercial habitual. Ver CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “La reforma del despido individual...”, *op. cit.*, p. 48.

²⁸ Inclusión proveniente del RD-Ley 3/2012 y que carece de trascendencia, desde el momento en que los ingresos, como concepto más amplio, ya englobaba a las ventas, junto a otras fuentes. De hecho, ya se venía admitiendo la procedencia del despido objetivo fundado en pérdidas previstas acreditadas mediante una disminución continuada en la facturación (STSJ Galicia 21 de diciembre de 2011, rec. nº 4102/11).

²⁹ Que esta modificación comience con “en todo caso” permite admitir la posibilidad de que también sean persistentes otros períodos inferiores en cuyo marco, ajeno a la presunción mencionada, debería razonarse y acreditarse por el empresario tal circunstancia.

límite de 12 mensualidades— se generalicen como vía extintiva preferente sobre todo de aquellos trabajadores con una antigüedad importante. La posibilidad de una interpretación literal o automaticista de la causa económica se facilita además con la supresión simultánea de las siguientes exigencias. Por un lado, se elimina el requisito de que tanto las pérdidas — actuales o previstas — como la disminución persistente de ingresos o ventas “*puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*”. Por otro lado, desaparece la exigencia de que la empresa acredite los resultados alegados y justifique que de ellos se “*deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*”. En suma, se eliminan las finalidades concretas, ya rebajadas por la reforma de 2010, con el objeto de “*minimizar*” el control judicial de razonabilidad.³⁰ La supresión de este control alcanza también a las causas técnicas, organizativas y de producción, uniformándose a la baja el régimen jurídico de ambos grupos de causas del art. 52.c) ET³¹. Esta eliminación, se anunciaba —de forma muy polémica— en la Exposición de motivos de la reforma³² cuya pretensión no era otra que eximir al empresario de conectar la causa —la situación económica negativa— con el despido realizado, de forma que no tuviese que justificar su razonabilidad o idoneidad en función de tales parámetros legales tasados que, a modo de finalidades, debían cumplir las extinciones.³³ La limitación del control judicial es la respuesta normativa a pronunciamientos judiciales que la propia Exposición de motivos del RD-Ley 3/2012 califica de ambivalentes.³⁴ Se trata de una crítica algo injusta que parece desconocer la dificultad de interpretar conceptos jurídicos indeterminados tan complejos o el alcance de las propias causas no definidas hasta 2010 y cuya interpretación unificada se empezaría a conocer ahora. El legislador no ha querido esperar, eliminando toda referencia al control judicial

³⁰ Recuérdese que el RD-Ley 10/2010 ya hizo un primer intento de limitar el control judicial de los despidos económicos respecto de sus nuevas finalidades rebajadas, señalando que la razonabilidad exigida era “*mínima*”. Calificativo que luego desaparecería en la Ley 35/2010.

³¹ Se suprime la alusión al juicio de razonabilidad que se vinculaba en este caso a las siguientes finalidades más modestas: “*a estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.*”

³² Se aducía que los párrafos suprimidos sumaban incertidumbres al “*incorporar proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realicen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.*” La reforma

³³ De manera que parece improbable que se pudieran producir para despidos posteriores a 12 de febrero de 2012 pronunciamientos como la STS 29 de noviembre de 2010 (rec. n.º 3876/09) que declara el despido improcedente como inidóneo, aunque existía causa económica, al entender que la decisión extintiva no era razonable ni idónea al acreditarse la posibilidad de recolocación del trabajador despedido en puestos que no se le ofrecieron.

³⁴ “*en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas.*”

–rayando, como se ha criticado, la vulneración de la tutela judicial efectiva³⁵ en un intento de frenar el “miedo” empresarial a realizar despidos objetivos económicos que solían conducir a la declaración de improcedencia y al abono de los salarios de tramitación, haciendo rentable el recurso al “despido exprés” con indemnizaciones más elevadas.

Sin embargo, aunque la voluntad del legislador es diáfana los primeros pronunciamientos sobre esta cuestión³⁶ parecen apuntar a una persistencia de la funcionalidad –anudada en algún caso al artículo 4 del Convenio 158 OIT–, de tales medidas extintivas para ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa. Por tanto, la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; justificando su extinción. Cobrando en este punto especial relevancia el número y los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada. De manera que el decrecimiento, aunque indudablemente será persistente si su duración alcanza los períodos ahora fijados, ha de tener la envergadura o relevancia suficiente para justificar ciertas extinciones. Entraríamos en el campo de la aplicación de la proporcionalidad en el marco de conceptos indeterminados ambiguos pero divisibles, esto es, en la “paradoja del sorites”³⁷. Un 1% de bajada de ventas en los períodos antedichos no nos parece una situación económica negativa suficiente para que una empresa de 500 trabajadores despidiera a 50 trabajadores, pero un 50% de descenso evidentemente sí. Pero ¿en qué momento surgió la justificación? ¿Cuándo se redujeron las ventas un 20% o bastaría con un 10% o incluso un 8%? ¿Depende de lo pronunciada que sea la curva de descenso de los ingresos y ventas en el tiempo o de que tal descenso mantenido fundamentalmente pérdidas previsibles? ¿Cuántos despidos podría haber realizado con esa situación económica negativa de un 1%, y con un 50%? No hay límite claro, la judicialización está servida y solamente la jurisprudencia aclarará estas dudas sobre la exigencia de proporcionalidad entre la causa alegada y el número de despidos, su idoneidad o carácter arbitrario.

³⁵ “Lo que se plantea es si no se ha ido demasiado lejos con la reforma dando al traste con la tutela judicial efectiva, privando al Juez del control de razonabilidad y proporcionalidad de la medida acordada, lo cual no tiene por qué suponer necesariamente emitir juicios de oportunidad o conveniencia “jugando” a ser empresario, atribuyéndose un papel de gestor de empresa que no le corresponde, sino simplemente limitar abusos o arbitrariedades por un mal uso del despido objetivo” MORENO GONZALEZ-ALLER, Ignacio, “Luces y sombras de las reformas de los despidos en el Real Decreto-Ley 3/2012”, SEPIN artículo monográfico Marzo 2012 documento electrónico (SP/DOCT/16652) p. 3.

³⁶ SAN 15 de octubre de 2012 (proc. nº 162/2012) y también en cierta manera –a fortiori– la SAN 28 de mayo de 2012, (proc. nº 81/2012) que versa sobre concurrencia de causa económica para proceder a una modificación sustancial de condiciones.

³⁷ La paradoja del sorites o montón (soros en griego) es un problema filosófico no resuelto, planteado por los escépticos como crítica a teorías estoicas y atribuido a un filósofo griego llamado Eubúlides de Mileto. Supone que un montón de trigo no desaparece porque se retire un grano, si n son todos los granos n-1 sigue siendo un montón, pero si se van retirando poco a poco los granos se puede llegar a la cuestión de si es un montón de trigo un único grano o incluso n-1 ¿Cuándo deja de ser un montón?; ¿cuántos granos han de desaparecer para que deje de serlo?

II.2. Despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo³⁸

El RD-Ley 3/2012 eliminó la exigencia de que el empresario que despidiese objetivamente a un trabajador por faltas al trabajo aún justificadas,³⁹ sufriera simultáneamente un cierto índice de absentismo en el centro de trabajo del despedido en los mismos períodos de cómputo de las faltas individuales. Con la eliminación del índice de absentismo -que la reforma de 2010 ya había rebajado a la mitad (de un 5% a un 2,5%)- basta para despedir objetiva y procedentemente a un trabajador que falte intermitentemente (al menos en dos ocasiones)⁴⁰ un número de jornadas hábiles, ubicadas en ciertas horquillas temporales mensuales -computables desde la fecha de la primera falta. Estas horquillas que no fueron modificadas,⁴¹ habían de comprender el 20% de jornadas hábiles en 2 meses consecutivos o el 25% de las mismas en 4 meses discontinuos, dentro de un período de 12 meses.

Esta medida resultaba criticable, pues podía suponer el despido objetivo procedente de trabajadores con escasas faltas justificadas debidas a enfermedad por contingencias comunes.⁴² El RD-Ley no tocó el listado de faltas justificadas no computables,⁴³ manteniéndose la posibilidad de que las faltas justificadas por los servicios sanitarios oficiales y debidas a enfermedad común o accidente no laboral -con una duración inferior a 20 días consecutivos, se entiende que no hábiles sino naturales- engrosaran los porcentajes mencionados. En efecto, se penalizaba muy duramente que el trabajador estuviera períodos breves en IT, quizás entendiendo que las excluidas respondían a enfermedades de mayor gravedad. Sin embargo, parecía lógico que

³⁸ art. 52.d ET -modificado por RD-L 3/2012 y L 3/2012 (art. 18.5)-

³⁹ Expresión que, a mi modo de ver, permitiría computar también las injustificadas que, a su vez por su parte pueden fundamentar un despido disciplinario procedente ex ET art. 54.2.a). En contra, DURAN LOPEZ, Federico, "El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido", *Revista de Política Social* nº 17, 1978, p. 229.

⁴⁰ No concurre la imprescindible intermitencia de las faltas cuando se traten de días consecutivos comprendidos en una única baja (STS unif. doctrina 26 de julio de 2005, rec. nº 3406/04).

⁴¹ No han de computarse necesariamente meses naturales, pues esa opción dificulta el cómputo de faltas de asistencia que se producen en los días finales de un mes y primeros del siguiente (STS 9 de diciembre de 2010, rec. nº 842/10, EDJ 290698).

⁴² Podía ser despedido objetivamente el trabajador -con turno de lunes a viernes- que estuviera en IT cinco días hábiles (desde el lunes 9-1-2012) debido a una gripe para luego comenzar otra baja (desde el lunes 6-2-2012) por otra enfermedad común que durase también cinco días. Al haberse superado el 20% de faltas en las 45 jornadas hábiles de estos dos meses consecutivos.

⁴³ Se mantuvo el establecido por la reforma de 2010 que, a su vez, incluyó las faltas relativas a la lactancia y paternidad que había olvidado incluir en la Ley de Igualdad. No pudiéndose tener en cuenta las ausencias "clásicas" debidas a: huelga legal por el tiempo de duración de la misma; el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo (aunque no se menciona la doctrina unánimemente entien- de también excluidas de las faltas computables las relativas a enfermedad profesional sin olvidar la dificultad de poder certificar en muchos casos el origen de ciertas dolencias surgidas mucho tiempo después de la exposición al riesgo); maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia; enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad; licencias y vacaciones; las debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos y las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.

la eliminación del absentismo colectivo del despido objetivo se hubiera compensado con algún incremento de los porcentajes de faltas individuales, si se pretendía mantener cierta equidad entre el interés del trabajador en recuperar su salud mediante un período de baja sin riesgo de perder su empleo y la no obligación empresarial de asumir una carga económica vinculada a la enfermedad cuando esta no proviene del trabajo, esto es, cuando no es contingencia profesional. Es cierto que estas breves ausencias por enfermedad justificada difícilmente serán la verdadera y única causa del despido de un trabajador valorado positivamente dentro de una organización. Sin embargo, también es innegable que tras la reforma existía el riesgo de que esta modalidad de despido objetivo se configurase, dada su sencilla acreditación, como una vía empresarial “segura” para la extinción de contratos de trabajadores poco gratos para la empresa o que pudieran, por ejemplo, ser fácilmente sustituibles por trabajadores con salarios más reducidos. Lamentablemente es dudoso que la reforma afecte a los que podríamos denominar “absentistas fraudulentos profesionales”, pues este colectivo bien informado, no sólo no incurrirá en los porcentajes mencionados de faltas sino que seguramente será capaz de prolongar sus bajas de IT por contingencias comunes hasta alcanzar los 21 días naturales consecutivos que las tornan no computables.

La Ley 3/2012 reaccionó a las críticas mencionadas y, en primer lugar, añadió solamente respecto de la primera horquilla temporal –la del 20% de jornadas hábiles en 2 meses consecutivos- la exigencia de que el total de faltas de asistencia, en los 12 meses anteriores (se entiende que al período de 2 meses), tuviera que alcanzar el 5% de las jornadas hábiles. Requisito adicional que bien podía haberse extendido a ambas horquillas temporales y que parece impedir no sólo el despido objetivo de trabajadores con escasas faltas en el año precedente, sino también sorprendentemente el de aquellos que no tienen tal antigüedad. En segundo lugar, la Ley calificó, en párrafo aparte, como faltas no computables: las ausencias que obedeciesen a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. El legislador no especificó la duración de dichas faltas que, en buena lógica, deberán tener una duración inferior a 21 días, pues las superiores ya están descartadas en el listado inicial. Se trata por tanto de una limitación adecuada respecto de las bajas intermitentes de corta duración que pueden ser necesarias para el seguimiento de ciertos tratamientos terapéuticos de enfermedades graves, aunque algo difusa, pues no se concreta qué debe entenderse como tales.⁴⁴ En todo caso, el trabajador que quiera evitar el cómputo de estas bajas médicas justificadas deberá dar a conocer su causa al empresario, pues este desconoce el origen de las mismas al no figurar este extremo en los partes que se le entregan.

⁴⁴ Se apunta como posible guía el listado contenido en el Anexo al RD 1148/2011 que regula prestación de Seguridad Social que compensa la reducción de jornada ex ET art. 37.5 de los progenitores que cuidan a un menor gravemente enfermo. GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación ...” *op. cit.*, p. 348.

La Ley, al igual que el RD-Ley no incluyó ninguna norma transitoria que impidiera el cómputo de faltas previas a su propia entrada en vigor. De manera que, no estando ante un despido disciplinario sancionador, ajeno a toda actividad culpable del trabajador, no se aplicarían los límites de la tipicidad y la irretroactividad de su aplicación (ex art. 9 CE). En suma, nada impediría que este despido objetivo se fundamentase en faltas acaecidas con anterioridad a la propia reforma. Sin embargo, esta conclusión plantea dudas para quienes siguen viendo el despido objetivo por esta causa como una sanción encubierta que no admitiría tal retroactividad⁴⁵.

A pesar de su importancia debe señalarse que la modificación de esta causa de despido objetivo no encontró ninguna justificación en las exposiciones de motivos de las normas reformadoras. Por su parte, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sí mencionaba en su presentación de la reforma, como último objetivo, “*combatir el absentismo laboral injustificado*”.⁴⁶ Pretensión que en el marco de este despido que precisamente permite computar faltas justificadas sólo puede entenderse referida al absentismo fraudulentamente justificado, seguramente vinculado a bajas médicas falsas que suponen un gravamen no sólo para el empresario, sino también para las arcas del sistema de protección social.⁴⁷ Sin embargo, este loable objetivo, a mi modo de ver, debería haberse alcanzando actuando sobre el origen del problema, y en definitiva en un control más exhaustivo de la concesión de las bajas actualmente otorgadas por el médico de cabecera de los Servicios de Salud⁴⁸ y su seguimiento posterior.⁴⁹ Subyace aquí la eterna desconfianza del legislador al uso abusivo de las bajas médicas cortas y su autenticidad, como si estas fueran decididas por el trabajador y no por el facultativo, pues no en vano se sigue utilizando coloquialmente la expresión “cógete la baja”. No obstante, el fraude, sin duda existente, no puede justificar la reforma de este tipo de despido objetivo cuya regulación debe partir de la autenticidad de la IT por enfermedad común que motiva la extinción.

En suma, la reforma facilita que el empresario no asuma los costes de la IT que la enfermedad -auténtica o no- del trabajador supone. Teóricamente le permite desprenderse -pagando una indemnización- de los trabajadores poco rentables debido a su “morbilidad breve e intermitente” que le genera ciertos costes⁵⁰. Sin embargo, no

⁴⁵ Ver MORENO GONZALEZ-ALLER, Ignacio, “Luces y sombras de las reformas...” *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶ <http://www.empleo.gob.es/es/portada/reformalaboral/PRESENTACION-REFORMA-LABORAL.pdf>

⁴⁷ Ver MERCADER UGUINA, Jesús, “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2004.

⁴⁸ Personal facultativo no especializado en este cometido, con escaso tiempo y medios para realizar unos exámenes adecuados y que muchas veces, como es sabido, ni siquiera pregunta a qué se dedica el trabajador.

⁴⁹ Ver DESDENTADO BONETE, Aurelio, “¿Qué hacer con la incapacidad temporal?”, *Diario La Ley* nº 6716 (18 de mayo de 2007) que señala que el problema básico del control radica en la falta de coincidencia entre el órgano administrativo que decide sobre la baja médica y la situación de IT (los servicios de salud) y quien asume el coste de la prestación de Seguridad Social (el empresario, el INSS o la MATEPSS). Los intentos de incrementar tales controles se suceden; ver, por ejemplo, la reforma propiciada en la LGSS (art. 128), por la Ley 40/2007.

⁵⁰ Como es sabido, legalmente ante una baja de IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral, el empresario debe hacerse cargo de la prestación sólo a partir del 4º día al 15º abonando un 60% de la base

puede olvidarse que la reforma también puede generar que el trabajador realmente enfermo acuda al centro de trabajo, lo que sin duda también ocasionará costes para la empresa, pues junto a una disminución del rendimiento y la calidad de su trabajo, se dificultará la prevención de riesgos por parte de quien tiene sus facultades psico-físicas mermadas por la enfermedad, pudiéndose además propagar por la plantilla enfermedades contagiosas. Otro posible efecto colateral será la multiplicación de casos de asistencia parcial al trabajo, en principio no computables.⁵¹

Por último, debe señalarse que el objetivo mencionado de reducción de costes relacionados con la IT también se facilita por la reforma en relación con las mejoras voluntarias, pues se permite ahora expresamente la posibilidad de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo respecto de las mismas cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (ET art. 82). La idea que subyace no sólo es el ahorro económico para empresas en dificultades, sino también la reducción de la cobertura global del trabajador en caso de IT, que podrá tener ahora una motivación económica para recuperarse e incorporarse a la actividad laboral lo antes posible.

II.3. Despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas⁵²

Como es sabido, producida una modificación o variación técnica y razonable en el puesto de trabajo habitual de un trabajador, si este no se adapta puede ser despedido objetivamente. La reforma obliga ahora a que el empresario, antes de proceder al despido, ofrezca al trabajador un curso dirigido a facilitar su adaptación a las modificaciones operadas. La norma no especifica quién ha de proporcionarlo por lo que parece posible que sean tanto formadores externos, como personal de la propia empresa. Tampoco se concreta la duración del curso que lógicamente estará en función de la envergadura del cambio técnico introducido. La Ley 3/2012 ya no impone la controvertida suspensión del contrato durante la formación, por lo que en consecuencia se puede concluir que la formación ya no habrá de abarcar la jornada diaria completa. La norma sí se exige que en todo caso el tiempo de formación sea considerado tiempo de trabajo efectivo -lo que puede incrementar el tiempo de servicio y, en definitiva, el monto de la indemnización-, debiendo abonar el empresario el salario medio que viniera percibiendo. Finalmente se estableció que este tipo de despido

reguladora. Ese mismo porcentaje es el que abona la entidad gestora desde el día 16º al 20º siendo a partir del 21º cuando empieza a pagar el 75% de la base reguladora.

⁵¹ Ver en este sentido ALZAGA RUIZ, Iciar, "La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas", en A.A.V.V., (SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente -Dir.-) *El despido; aspectos sustantivos y procesales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2004, p. 348. De manera que no se pueden agrupar horas debidas hasta completar una jornada hábil de inasistencia (STS 14 de julio de 1986) citada en este sentido por POQUET CATALÁ, Raquel, "La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, nº 11, 2012, p. 1290.

⁵² art. 52.b ET -modif. RD Ley 3/2012 y Ley 3/2012 (art. 18.4)-

objetivo no puede ser acordado por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, 2 meses desde que se introdujo la modificación, o finalizó la formación. Partiendo de la obligatoriedad de la formación, de acuerdo con la doctrina, la aplicación de la primera opción sólo puede producirse si el trabajador se negó a recibirla, o si esta se proporcionó con carácter previo a la introducción de la modificación técnica.⁵³

La apuesta de la reforma por la formación del trabajador, también presente en este artículo, garantiza que se le ha dado la opción y los medios de adaptarse. El requisito adicional que impone al empresario que decide despedir objetivamente permite augurar que esta modalidad no incrementará su actual uso marginal en comparación con otras causas.

III. Novedades en las consecuencias jurídicas del despido improcedente

Como se ha señalado la reforma rebaja la tutela de los despidos –objetivos y disciplinarios– calificados como improcedentes: abaratando el monto de la indemnización y limitando el reconocimiento de salarios de tramitación básicamente a los supuestos de readmisión. La incidencia de estos cambios es mayor si se considera que la reforma de 2010 redujo sustancialmente los supuestos de nulidad del despido objetivo e impuso mayoritariamente la calificación de improcedencia por falta de requisitos formales, alineando su regulación con la del despido disciplinario.⁵⁴ En efecto, la voluntad del legislador ha sido “llevar los supuestos de despido sin causa hacia la calificación de improcedencia y no hacia la nulidad”⁵⁵. La reforma de 2010 también abarató el despido aunque de forma indirecta, por un lado, amplió al máximo el ámbito subjetivo de los ahora desaparecidos “contratos para el fomento de la contratación indefinida” y, por otro, generalizó la indemnización reducida, en caso de despido objetivo improcedente, que tenían asociada. Además apoyó la subvención de ciertas indemnizaciones recurriendo a la responsabilidad directa del FOGASA que llegó a alcanzar incomprensiblemente a los despidos objetivos improcedentes.

Antes de analizar los cambios mencionados hay que señalar que declarada en sentencia la improcedencia del despido, el RD-Ley modificó el art. 56.1.2º del ET estableciendo que “el abono de la indemnización determinaba la extinción del contrato de

⁵³ GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012...” *op. cit.* p. 346.

⁵⁴ Recuérdese también que en 2010 se calificaron como procedentes los despidos en los que únicamente no se hubiera concedido preaviso –rebajado a 15 días–, o hubiera error empresarial excusable en el abono de la indemnización; supuestos en los que tan sólo se condenaba al empresario al abono de tales cantidades. También son procedentes los despidos económicos en los que debido a la situación económica negativa no se pone a disposición del trabajador la indemnización. La nulidad, como ya sucedía en caso de despido disciplinario, quedaba reservada para los despidos objetivos vulneradores de derechos fundamentales, aunque también para los que debieran haberse tramitado como despidos colectivos por superación de los umbrales numéricos.

⁵⁵ CEINOS SUAREZ, Ángeles, *El Desistimiento como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008, p. 51.

trabajo, que se entendía producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”. Esta afirmación -cuyo contenido coincidía con el del RD-Ley 5/2002 aprobado por un Gobierno del mismo signo- resultaba realmente asistemático, e incluso enigmático,⁵⁶ si se ponía en relación con los objetivos que declaraba perseguir la reforma de 2012. Tras su tramitación parlamentaria, tal y como algunos interpretes auguraban, la Ley 3/2012 modificó de nuevo su tenor sustituyéndose “abono de la indemnización” por “opción por la indemnización”⁵⁷. De manera que es dicha opción –al margen de su pago efectivo que podrá ser solicitado a través de una demanda de cantidad si no existe controversia en cuanto a su monto–⁵⁸ la que avala la extinción de la relación laboral que se entiende producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

III.1. Reducción de la indemnización por despido improcedente⁵⁹

La reforma impuso la reducción directa del monto de la indemnización por despido improcedente, estableciendo dos procedimientos para su determinación en función de que la fecha de formalización del contrato fuera anterior o posterior a la entrada en vigor de la reforma el 12 de febrero de 2012.⁶⁰

Recuérdese también que para las indemnizaciones superiores al monto legalmente establecido, sorpresivamente, el RD-Ley 20/2010 ha impuesto –haciendo un paralelismo con la norma fiscal– la obligación de cotizar por las indemnizaciones de despido o cese que superen la cuantía legal obligatoria, por ejemplo, las establecidas en una cláusula de blindaje. De manera que se encarece sustancialmente cualquier mejora de la tutela indemnizatoria establecida sobre la legal por la autonomía de la voluntad en convenio, pacto o contrato. Ante la parquedad de la norma, se desconoce cómo se va a articular el abono de estas cotizaciones, ni como repercutirán las mismas en derechos futuros del trabajador despedido a prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social.

III.1.1. Indemnización de quienes sean contratados desde el 12-2-2012⁶¹

Para los contratos celebrados a partir de dicha fecha la indemnización es de 33 días de salario por año trabajado con un tope de 24 mensualidades (720 días) en lugar de los tradicionales 45 días por año trabajado hasta 42 mensualidades. Indemnización

⁵⁶ Ver sobre las posibles interpretaciones de esta norma que estuvo en vigor hasta la vigencia de la ley CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “La reforma del despido individual...” *op. cit.*, p. 53.

⁵⁷ “(...) algunos opinan que la expresión contenida en ese inciso final “el abono de la indemnización” es un error y que el legislador ha querido referirse a “la opción por el abono de la indemnización” ver LÓPEZ PARADA, Rafael, en el blog <https://xanerrasti.wordpress.com/2012/03/26/la-reforma-laboral-nota-complementaria-sobre-el-articulo-56-1-et/>

⁵⁸ Ver STS 22 de enero de 2007 (EDJ 7451) sentencias que le permitirían acudir al FOGASA en caso de insolvencia empresarial (STS unif. doctrina 13 de abril de 2010 (EDJ 62131); STS 3 de febrero de 2009 (EDJ 19184).

⁵⁹ art. 56 ET –modif. RD-Ley 3/2012 (art. 18) y Ley 3/2012 (art. 18).

⁶⁰ No se analiza por su especificidad en este artículo la reducción indemnizatoria establecida en relación a los administradores y directivos de entidades de crédito (RD-Ley 3/2012, Disp. adic. 7^a.1).

⁶¹ RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012 (Disp. trans. 5^a y 6^a).

coincidente con la que se establecía en la desaparecida modalidad contractual para el fomento de la contratación indefinida. El RD-Ley justifica esta merma indemnizatoria señalando que es necesaria por las siguientes razones. En primer lugar, para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo⁶² y reducir la dualidad laboral y para acercar nuestros costes del despido a la media de los países europeos. Afirmación controvertida que no se explicita, por lo que se desconoce con qué Estados de la UE se nos está comparando y en qué términos.⁶³ Respecto a la dualidad laboral la reforma de 2012 pretende acortar la brecha existente entre el coste de la extinción entre los contratos temporales y los indefinidos, optando por rebajar respecto de estos últimos la indemnización por despido ilegal en caso de improcedencia. Esta medida aproxima peligrosamente el monto del despido objetivo procedente— no modificado —al improcedente, reduciéndose el elemento disuasorio que supone incurrir en ilegalidad.⁶⁴ La actual reforma mantiene el incremento gradual que impuso la de 2010 respecto de las indemnizaciones por extinción legal de los contratos temporales⁶⁵ y que fue criticada por no equiparar realmente los costes extintivos de contratos indefinidos y temporales, dada la menor antigüedad de estos últimos.⁶⁶ El mantenimiento de ambos mecanismos destila una discutible filosofía consistente en el encarecimiento de la contratación temporal legal y el abaratamiento del despido ilegal o improcedente.

III.1.2. Indemnización de quienes fueron contratados antes del 12-2-2012⁶⁷

La indemnización de los trabajadores despedidos improcedentemente y que habían sido contratados antes del 12 de febrero de 2012 se ha de calcular en dos tramos. Al

⁶² Se consideraba que la anterior indemnización por despido improcedente era un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para las PYMES —el 99,23% de las empresas españolas— en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación.

⁶³ Ver sobre las dificultades de realizar un análisis comparativo serio calificando la afirmación de la exposición de motivos como “*verdad a medias*” GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012...” *op. cit.*, p. 366. Ver sobre la complejidad de estos análisis comparados de los regímenes de despido en los sistemas alemán, francés y holandés y la protección de desempleo en tales países en la comunicación que obtuvo el *Premio Francesc Layret* en las recientes *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, DE LE COURT, A. “La Reforma del despido (2012) y la “excusa europea”: un análisis comparado desde la perspectiva de la flexiguridad”. Esta comunicación hace hincapié en la dificultad de la comparación, señala que en los 3 sistemas estudiados se hace un análisis finalista de la causa de los despidos (no sólo por los jueces, sino también por la propia Administración), que el monto indemnizatorio supera en muchos casos los 33 días establecidos por la reforma española, que los sistemas analizados además poseen unos sistemas de protección por desempleo mucho más potentes que el español (<http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2012/>)

⁶⁴ DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La reforma del despido en la Ley 35/2010” *op. cit.*, pp. 81-83.

⁶⁵ El incremento progresivo se iniciaba en 2012, alcanzándose los 12 días de indemnización en 2015 (Disp. trans. 13ª ET). Transcurrido el período transitorio, el despido objetivo procedente llevado a cabo por empresas de menos 25 trabajadores también podría tener —salvo superación del límite legal del FOGASA— ese mismo coste de 12 días.

⁶⁶ DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La reforma del despido en la Ley 35/2010” *op. cit.*, pp. 81-83.

⁶⁷ RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012 (Disp. trans. 5ª y 6ª)

primero, que va desde la fecha de contratación a 11 de febrero de 2012, se le aplica la indemnización previa a la reforma (45 días por año trabajado). Al segundo tramo que abarca desde el 12 de febrero de 2012 a la fecha del despido se le aplica la indemnización nueva de 33 días de salario año. Esta forma de cálculo en dos tramos también se impone respecto del despido disciplinario improcedente de los trabajadores con contrato para el fomento de la contratación indefinida suscritos necesariamente antes del 12 de febrero de 2012.

La indemnización de los contratados antes de la entrada en vigor de la reforma puede superar el tope de las 24 mensualidades (720 días) establecido. En efecto, considerando los servicios previos al 12 de febrero de 2012, es posible alcanzar el tope de las 42 mensualidades (1.260 días) previamente vigente. La virtualidad de los topes está en función de la fecha de formalización del contrato del trabajador despedido, existiendo las tres siguientes posibilidades. En primer lugar, para quien fue contratado el 12 de febrero de 1984 o antes: el tope será de 42 mensualidades (1.260 días), pues por su antigüedad a 12 de febrero de 2012 es de 28 años y han consolidado el tope máximo de la anterior regulación. En segundo lugar, el tope de los contratados entre 13 de febrero de 1984 hasta el 12 de febrero de 1995 se ubicará en una horquilla entre 42 y 24 mensualidades, según su antigüedad a 12 de febrero de 2012. El tope que tengan a esta última fecha queda consolidado y no se incrementa aunque acumulen más antigüedad, al haber alcanzado ya, e incluso superado, las 24 mensualidades que impone la reforma. Finalmente respecto de los contratados desde el 13 de febrero de 1996 en adelante: el tope ya será en todo caso de 24 mensualidades (720 días). Este sistema de cálculo en dos tramos, como puede constatarse en los ejemplos a pie de página⁶⁸, supone una reducción significativa de los montos indemnizatorios que se

⁶⁸ Veamos los dos siguientes ejemplos de cálculo con un trabajador con un salario medio bruto anual de 36.500 €, lo que supone un salario regulador día de 100 €.

EJEMPLO A: Si este trabajador fue contratado el 11-2-1986 y despedido el 11-2-2016. El cálculo se ha de realizar conforme a los dos tramos mencionados:

1º Tramo: de 11-2-1986 a 11-2-2012 supondría una antigüedad previa a la reforma de 26 años. Así, $45 \text{ (días/año)} \times 26 \text{ años} = 1.170 \text{ días}$ (período que dividido entre 30 equivale a 39 mensualidades). La indemnización equivaldrá a $1.170 \times 100 \text{ €} = 117.000 \text{ €}$

Sin embargo, no hace falta calcular el 2º tramo de casi 4 años (de 12-2-2012 a 12-2-2016) porque ya ha superado el tope de los 720 días (las 24 mensualidades) y no puede generar más indemnización.

La indemnización que le hubiera correspondido a este trabajador antes de la reforma se hubiera calculado de la siguiente manera. El período de servicios sería de 30 años (del 11-2-1986 a 11-2-2016). Así, $45 \text{ (días/año)} \times 30 \text{ años}$ daría igual a una indemnización de 1.350 días (equivale a 45 mensualidades por lo que supera el tope de 42 mensualidades establecido en la legislación previa a la reforma. De manera, que en lugar de obtener $1.350 \text{ días} \times 100 \text{ €}$, esto es, 135.000 €. Su indemnización estaría topada a esas 42 mensualidades que equivale a $1.260 \text{ días} \times 100 \text{ €}$, lo que arroja una indemnización de 126.000 €. En suma, la indemnización es 9.000 € inferior con la nueva regulación.

EJEMPLO B: Si ese mismo trabajador hubiera sido contratado el 21-2-2006 y despedido el 16-2-2018, el cálculo de nuevo se debería realizar en los dos tramos mencionados:

1º Tramo: de 21-2-2006 a 11-2-2012 supondría una antigüedad previa a la reforma de 6 años (con el redondeo al alza). Así $45 \text{ (días/año)} \times 6 \text{ años} = 270 \text{ días}$ de indemnización (9 mensualidades). $270 \text{ días} \times 100 \text{ €} = 27.000 \text{ €}$

hubieran alcanzado al amparo de la normativa previa. La Exposición de motivos, recalca que respeta el principio de igualdad ante la ley (*ex art. 14 CE*), al tiempo que se tienen en cuenta las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contrato en vigor. Se entiende que la reforma no cercena derechos adquiridos sino tan sólo expectativas de derechos respecto de un hipotético y futuro despido que ciertamente ha de ser causal, pero que no ha de llevar aparejado un determinado monto indemnizatorio o, como se verá, el necesario reconocimiento de salarios de tramitación, siempre dejando al margen el debate no cerrado sobre la suficiencia del resarcimiento⁶⁹. Nada veda por tanto la innovación del ordenamiento jurídico siempre que no se vulnere el principio de seguridad jurídica y sea llevada a cabo de forma precisa, cierta, formalmente publicada y mediante norma de rango adecuado, lo que devuelve a la suficiencia de la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad (*ex art. 86 CE*) del propio RD-Ley 3/2012 que habrá de ser valorada por el TC.

Para preservar las expectativas indemnizatorias de los trabajadores contratados antes de la entrada en vigor de la reforma, resultaba obligado aplicar en ambos tramos de cálculo el redondeo mensual al alza. Sin embargo, el RD-Ley sólo lo contemplaba expresamente respecto de la nueva indemnización recogida en el art. 56.1 ET y no en la normativa transitoria⁷⁰. La Ley 3/2012 impuso expresamente el redondeo en ambos tramos seguramente consciente de que si sólo se aplicaba al segundo tramo se perdían días de indemnización que sí habrían sido tenidos en cuenta en el marco del anterior marco legal⁷¹. En efecto, el redondeo en ambos tramos garantiza que el

^{2º} Tramo: de 12-2-2012 a 16-2-2018 supondría una antigüedad posterior a la reforma también de 6 años y un mes (con el redondeo al alza). Así $33 \text{ (días/año)} \times 6 \text{ años y un mes} = 200,75 \text{ días de indemnización (6,7 mensualidades)} \times 100 \text{ €} = 20.075 \text{ €}$.

En este caso el trabajador tendría derecho a una indemnización por la suma de ambos tramos, esto es, 47.075 €.

La indemnización que le hubiera correspondido a este trabajador antes de la reforma se hubiera calculado de la siguiente manera. El período de servicios (del 21-2-2006 al 6-2-2018) sería de 12 años (con redondeo al alza). Así, $45 \text{ (días/año)} \times 12 \text{ años daría igual a una indemnización de 540 días (equivalente a 18 mensualidades)}$. De manera que obtendría $540 \text{ días} \times 100\text{€}$, esto es, 54.000 € de indemnización, esto es, 6.925 € más que aplicando la actual reforma.

⁶⁹ Mientras que algunos autores consideran que la reducción del monto indemnizatorio que la reforma impone difícilmente podrá vulnerar las obligaciones derivadas del Convenio OIT nº 158 que tan sólo exige una indemnización adecuada y la propia CE (art. 35). GOERLICH PESET, José María, "La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación", *op. cit.*, p. 368; o FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, "La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de costes" *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 202. Otros consideran que la reforma incumple dicho Convenio internacional BAYLOS GRAU, Antonio, "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y a exaltación del poder privado del empresario", *Revista de Derecho Social* nº 57, 2012, pp. 12-13.

⁷⁰ Lo que propició que se defendiera el redondeo sólo el segundo tramo (Baker & McKenzie, *Memento Experto Reforma Laboral 2012. RD-Ley 3/2012*; Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2012, p. 60). En sentido contrario, defendiendo el prorrateo en ambos, CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, "La reforma del despido individual en el RD-Ley 3/2012", *op. cit.*

⁷¹ Aunque en el ejemplo B de la nota a pie de página nº 71 de este trabajo el resultado de realizar el redondeo en ambos períodos genera un período indemnizable superior en un mes al que hubiera resultado de realizar el cálculo en un único tramo. Hay que señalar que no puede descartarse el caso contrario, esto es, que la ausencia de redondeo en el primer tramo diese lugar a un período indemnizable inferior al que resultase de cal-

nuevo sistema de cálculo no hurta parte de la antigüedad al trabajador despedido, ni vulnera su expectativa de derecho a una indemnización acorde con la normativa previa a la reforma.

III.2. Limitaciones al abono de salarios de tramitación⁷²

Con carácter preliminar hay que señalar, muy brevemente, que parecen ya superadas las dudas generadas en torno a la aplicación temporal de la reforma laboral del despido, pues mayoritariamente se ha considerado que se circunscribe a los despidos posteriores a su entrada en vigor. En efecto, aunque no existe un régimen transitorio ad-hoc –ni en el RD-Ley ni en la subsiguiente Ley– la doctrina judicial mayoritaria⁷³ y el propio TC (Auto 191/2012, ya mencionado al comienzo de este trabajo) entienden que solamente los despidos realizados tras su entrada en vigor están afectados por la nueva regulación jurídica. En consecuencia, todo despido previo a 12 de febrero de 2012 declarado improcedente debe incluir el reconocimiento de salarios de tramitación con independencia de la opción empresarial por readmisión o indemnización.⁷⁴ Esta postura se basa fundamentalmente en el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas restrictivas de derechos (art. 2 y Disp. trans. 2ª C.Civ. y art. 9.3 CE).⁷⁵ Por supuesto, respecto de los despidos posteriores a 12 de febrero de 2012 la aplicación de la reforma y la limitación de derechos que impone no suponen irretroactividad prohibida alguna, como ya se señaló respecto de la propia reducción de la indemnización.⁷⁶

La eliminación de los salarios de tramitación que la reforma 2012 propicia no se trata de una medida realmente novedosa, sino casi un “*déjà vu*”⁷⁷, pues el RD-Ley

cularlo –de fecha a fecha– en un único tramo con un solo redondeo. Así sucedería, por ejemplo, en el caso del mismo trabajador si hubiera sido despedido 6 días antes, esto es, el 10-2-2018. El primer tramo (de 21-2-2006 a 11-2-2012) sino se contemplase el redondeo al alza sólo generaría 5 años y 11 meses y el segundo tramo (de 12-2-2012 a 10-2-2018) daría lugar (con redondeo al alza) a un período indemnizable de 6 años. En definitiva sólo se estaría indemnizando un período de 11 años y 11 meses, cuando si se hiciera el cálculo en un único tramo (de 21-2-2006 a 10-2-2018) con un único redondeo el período indemnizable sería de 12 años.

⁷² art. 56.2 ET -modif. RD-Ley 3/2012 (art. 18.8) y Ley 3/2012 (art. 18.8)-.

⁷³ Ver, por todas, STSJ País Vasco 21 de febrero de 2012 (rec. nº 221/12). En sentido contrario aplicando de forma inmediata la reforma también a despidos previos ver, por ejemplo, SJS León nº 3, 20 de febrero de 2012, autos 937/11.

⁷⁴ En estos despidos previos la aplicación de la reforma resulta neutra respecto de la indemnización, pues al tratarse necesariamente de un trabajador contratado antes del 12 de febrero de 2012, sólo se calcularía el primer tramo con los parámetros previos a la reforma, esto es, a razón de 45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades (RD-Ley 3/2012 -Disp. trans. 5ª- y Ley 3/2012 -Disp. trans. 5ª-). La inadecuación manifiesta de la citada transitoria a estos supuestos muestra lo asistemático que resulta aplicar la reforma a este colectivo de trabajadores despedidos antes de su propia entrada en vigor.

⁷⁵ Ver un análisis en profundidad de esta cuestión de la aplicación temporal de la reforma en CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “La reforma del despido individual en el RD-Ley 3/2012” *op. cit.* pp. 46 y 47.

⁷⁶ Ver entre otras muchas SsTC 65/1987, 99/1987, 129/1987 o 17/1999.

⁷⁷ Ver el párrafo con el que comienza el artículo de GIL y GIL, José Luis, “El nuevo régimen jurídico...” *op. cit.*, p. 1 “El RD-Ley 5/2002 de 24 de mayo de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, modificó aspectos sustanciales del régimen jurídico del despido. Configuró el despido como situación legal de desempleo y suprimió los salarios de tramitación del despido improcedente, si el empresario opta-

5/2002 aprobado por un Gobierno del mismo signo los suprimió en idéntico supuesto⁷⁸. No obstante, en ese caso rápidamente se daría marcha atrás y desaparecería tal medida en la Ley 45/2002 que, a su vez, creó el “despido exprés” –ahora desaparecido– con el objetivo de evitar el devengo de los salarios de tramitación.

La reforma 2012 establece, con carácter general, que en el caso de declaración judicial de improcedencia del despido sólo se tiene derecho a salarios de tramitación⁷⁹ cuando el empresario –o el trabajador sí tiene derecho a optar – elija la readmisión, o simplemente no opte, dado que su ausencia conduce a la readmisión que sí genera tales salarios. Se puede afirmar que la inexistencia de salarios de tramitación cuando se opta por la indemnización desincentiva la opción por la readmisión. Sin embargo, el mantenimiento en el seno de esta última de tales salarios resulta imprescindible, pues impide que el empresario reincorpore sin ningún coste y proceda a continuación, por ejemplo, a un nuevo despido. Al hilo de esta desincentivación de la readmisión se ha llegado a afirmar que la reforma en este punto atenta directamente contra el derecho al trabajo y la promoción del empleo (arts. 38.1 y 40.1 CE)⁸⁰ pudiéndose también entender más tangencialmente, que no fomenta el reingreso de los excedentes voluntarios.⁸¹

Como excepción a dicha norma general se establece que el representante legal de los trabajadores o delegado sindical siempre tiene derecho a los salarios de tramitación con independencia de que opte por la indemnización o por la readmisión. Se desconocen las razones de este trato preferente que no parece que pueda fundamentarse en la titularidad de la opción que este colectivo ostenta y que impidió su afectación por el denominado “despido exprés”. En efecto, el resto de trabajadores con derecho opción –atribuido en contrato individual o convenio colectivo– no mantienen su derecho a los salarios de tramitación cuando eligen la indemnización. Tampoco convence que la aplicación de la regla general a este colectivo fuera inconstitucional o incluso que se considerara que esta medida formaba parte de una campaña orquestada contra las organizaciones sindicales.⁸²

ba por la indemnización. El último aspecto fue quizás el más criticado de la reforma, y una de las razones de mayor peso en la convocatoria de la huelga general de 20 de junio de 2002”

⁷⁸ Concretamente, del 26 de mayo de 2002 a 14 de diciembre de 2002. Ver SsTS unif. doctrina 15 de septiembre de 2004, (rec. nº 4833/03); y 15 de marzo de 2005 (rec. nº 1356/04).

⁷⁹ Cuando existen salarios de tramitación su régimen jurídico no ha variado.

⁸⁰ Considerando que hace “*más gravosa para el empresario la readmisión del despedido, incentivando la opción por extinguir el contrato e indemnizar. (...) Y como ya dijimos, es muy cuestionable que la vulneración del derecho al trabajo mediante el despido sin causa o arbitrario, se regule permitiendo en todo caso al empleador prescindir del trabajador injustamente despedido abonándole una indemnización reducida y limitada que pierde su carácter disuasorio y sancionatorio del acto lesivo del derecho constitucional al trabajo.*” Ver Informe de UGT sobre el RD-Ley 3/2012. *Continuación de la primera valoración...*, *op. cit.*, p. 75.

⁸¹ En efecto, a la luz de la última jurisprudencia, la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria, ante la negativa empresarial al reingreso, conlleva –en aplicación de las normas generales sobre nulidad e improcedencia del despido– el pago de salarios de tramitación (STS 19 de diciembre de 2011, rec. nº 218/11). Sin embargo, tras la reforma se podría entender que estos no procederían en el caso de opción empresarial por la indemnización.

⁸² La UGT en la p. 10 de su “Informe sobre el RD-Ley 3/2012. Continuación de la primera valoración de fecha 14 de febrero” apunta otras razones “*Si se hubiera eliminado dicha opción se hubieran vulnerado las garantías que le*

Debe tenerse presente que los salarios de tramitación proceden en todos los casos de despido nulo, también cuando al ejecutar la sentencia firme que lo declaró la readmisión se torne imposible o la víctima del acoso laboral, sexual, o por razón de sexo o violencia de género, que fundamentó la nulidad del despido, opte por la indemnización (*ex art. 286 LRJS*).

La reforma justifica la supresión de los salarios de tramitación alegando, en primer lugar, que el perjuicio de perder el empleo no debe compensarse con el tiempo de duración del proceso judicial máxime cuando el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. A mi modo de ver, es cierto que los salarios de tramitación surgen cuando no existía cobertura por desempleo de ahí su incompatibilidad⁸³ y se podría admitir incluso su inidoneidad como medio de resarcimiento de la pérdida de empleo.⁸⁴ Sin embargo, lo que no es admisible es su eliminación sin alternativa indemnizatoria alguna, máxime si la cobertura por desempleo – incluso antes de la mencionada reducción que propicia el RD-Ley 20/2012- ya se mostraba claramente insuficiente para cubrir el lucro cesante que suponen estas extinciones ilegales.⁸⁵ Esta incapacidad resarcitoria del desempleo resulta muy notoria cuando el trabajador supera la base máxima de cotización, cuando tiene escasa antigüedad⁸⁶ o incluso escaso tiempo cotizado, pues en este último caso puede no tener acceso a la propia prestación o, si tuviera cobertura que esta sea de duración insuficiente para la búsqueda de empleo. No debe olvidarse que las propias cotizaciones durante la percepción de los salarios de tramitación podían permitir el reconocimiento del derecho a desempleo o, en todo caso, incrementar la duración de tales prestaciones.⁸⁷

corresponden, por lo que el legislador ha optado por no reformar dicho derecho y por lo tanto, la continuidad en la percepción de los salarios de tramitación, ya que podía haber sido inconstitucional, por eliminación de parte de sus garantías, aunque, obviamente, alguno querrá ver en esta regulación un tratamiento favorable sin justificación que sirva a la campaña orquestada contra las organizaciones sindicales”.

⁸³ GIL y GIL, José Luis, “El nuevo régimen jurídico...” *op. cit.*, p.12.

⁸⁴ Considerando que “la duración del pleito no es un criterio razonable para organizar una protección adicional de la pérdida del empleo, que debe basarse en la situación de necesidad y no en las incidencias procesales.” DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en A.A.V.V., *Despido y Crisis Económica*, *op. cit.*

⁸⁵ Con carácter general durante los 180 primeros días se abona el 70% de la base reguladora y los días restantes de prestación ascienden a un 50% de la base reguladora (art. 211 LGSS; modif RD-ley 20/2012 -art. 17.4-). Sin olvidar que la cuantía máxima de la prestación continúa topada, de manera que su monto podrá ascender como máximo en 2012 a 1.087,20€ de no tener hijos a cargo, incrementándose a 1.242, 52 € con un hijo a cargo y 1.397,83 € con dos hijos a cargo. Esas cantidades se reducen respecto de las prestaciones por desempleo reconocidas desde el 15-7-2012 pues de ellas el SEPE, descuenta en su totalidad la aportación del trabajador de la que antes asumía un 35% (RDL 20/2012 -Disp. trans. 3ª y Disp. derog. única. 3.b-).

⁸⁶ Imaginemos un trabajador sin hijos y con un salario de 36.500 euros anuales brutos y 1 año de antigüedad que demanda por despido y consigue la declaración de despido improcedente a los siete meses. Obtendría junto con la indemnización ahora abaratada a 33 días por año ($33 \times 100€ = 3.300 €$), unos salarios de tramitación de 7 meses equivalentes a 21.291 € incluyendo sus correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social, de los que buena parte resarcirá el Estado al empresario que los reclama. Si no hubiera trabajado antes ningún período sólo tendrá derecho a 120 días de prestación que, como máximo, alcanzarán el monto de 3.261,60€.

⁸⁷ Lo que podría entenderse como una posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) en la “diferencia de trato entre trabajadores con derecho a prestaciones por desempleo y los que carecen de él en

En segundo lugar, la Exposición de motivos señala que los salarios de tramitación, pueden incentivar “*estrategias procesales dilatorias*” por parte de los trabajadores. Desde luego de existir se puede afirmar que la reforma las elimina de raíz, pues salvo causa fundada de nulidad, nunca le convendrá la judicialización de su despido, cuya improcedencia sólo traerá aparejada la mera indemnización debida. Sin embargo, esta misma regulación puede generar estrategias dilatorias empresariales que conociendo la improcedencia del despido realizado y carentes del incentivo que suponían los salarios de tramitación para el pronto abono de la indemnización debida prefieran esperar a su reclamación judicial, o incluso a la ejecución de la deuda reconocida en sentencia⁸⁸. En el ínterin es fácil augurar que se multiplicarán los acuerdos transaccionales con el trabajador –necesitado de percibir la indemnización ante la insuficiente cobertura que proporciona la prestación por desempleo– consiguiendo el empresario una quita de su monto para evitar la espera. Efectivamente el tiempo ya no corre a favor del trabajador y la necesidad de liquidez le puede abocar a una negociación a la baja de sus derechos ya rebajados legalmente.

La Exposición de motivos añade, por último, que el coste de los salarios de tramitación está parcialmente socializado, pues el empresario que despidió improcedentemente puede resarcirse con cargo al Estado de los salarios de tramitación que excedan de 90 días hábiles desde la presentación de la demanda. La supresión de salarios de trámite y la ampliación en 30 días del plazo que ha de asumir el empresario propiciado por el RD-Ley 20/2012⁸⁹ sin duda supondrán una sustancial reducción del gasto público por tal resarcimiento⁹⁰, que de ninguna manera ha revertido positivamente en el trabajador despedido improcedentemente como principal perjudicado por la supresión de estos salarios.⁹¹ Por último, muy brevemente conviene apuntar que se han manifestado dudas de constitucionalidad sobre esta supresión

caso de improcedencia y opción por la indemnización por el empresario.” Ver punto b) de los motivos de inconstitucionalidad planteados por la Providencia del JS Madrid nº 30 de 7 de marzo de 2012 (Autos 88-89-90-161/2012, acumulados) que se ha inadmitido sin entrar a conocer sobre el fondo por Auto TC 191/2012. Materia que, no obstante, también aborda en el mismo sentido el recurso de inconstitucionalidad –todavía subiudice- que sin desconocer las sentencias dictadas sobre la constitucionalidad de la reforma de 2002 (SsTC 84/2008, 122/2008 y 143/2008) considera que existe vulneración del derecho a la igualdad.

⁸⁸ No hay que olvidar que la LRJS (art. 246) permite la transacción en ejecución de sentencias.

⁸⁹ El empresario sólo tiene derecho a reclamar al Estado el abono de los salarios de tramitación cuando han transcurrido más de 90 días hábiles desde la presentación de la demanda que le resarcirá de los abonados a partir de ese momento. Esta ampliación en 30 días del plazo previamente fijado es aplicable a todos los expedientes de reclamación al Estado en los que no haya recaído sentencia firme antes del 15 de julio de 2012 en que entró en vigor el RD-Ley 20/2012 (Disp. final 14ª y Disp. trans. 7ª).

⁹⁰ El resarcimiento no sólo abarca a los propios salarios de tramitación sino también a la cotización de los mismos, incluso cuando el trabajador está en IT aunque no genera salarios de trámite -STS 19 de enero de 2011 (EDJ 11855) con voto particular-.

⁹¹ En concreto, la doctrina proponía no computar, a efectos de la duración máxima de la prestación, el periodo consumido que se habría cubierto con salarios de tramitación o mejorar de forma global la duración de la protección con cargo al ahorro en los salarios de tramitación DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La reforma del despido en la Ley 35/2010” *op. cit.*

de los salarios de tramitación.⁹² Considerándose que se vulnera la tutela judicial efectiva,⁹³ el derecho al trabajo⁹⁴ y la plenitud e integridad de la potestad jurisdiccional (art. 117 1 y art. 3 LOPJ) en la restricción del resarcimiento judicial integro de daños y perjuicios.

III.3. Desaparición del “despido exprés”

La reforma suprime toda la regulación –material⁹⁵ y procesal⁹⁶– atinente a este tipo de despido basado en el reconocimiento por parte del empresario –con opción entre admisión o indemnización– de la improcedencia del despido (objetivo o disciplinario), ofreciendo la indemnización legal (depositándola en el juzgado o abonándola directamente al trabajador). Aunque es obvio que su supresión está unida a la pérdida de su objeto primordial –la exoneración o límite al devengo de salarios de trámite– la Exposición de motivos trata de justificar, en primer lugar, su decisión en la naturaleza contraria a la flexiseguridad de esta modalidad extintiva. Se considera en concreto que generaba inseguridad en el trabajador y⁹⁷ limitaba sus posibilidades de impugnación judicial que entiende circunscritas a conductas empresariales discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. El legislador olvida que también se podía discutir la propia titularidad empresarial del derecho de opción o el monto indemnizatorio y no menciona tampoco que su utilización había sido especialmente polémica en los despidos objetivos de trabajadores con contratos para el fomento de la contratación indefinida con el objeto de abonar la indemnización inferior establecida⁹⁸.

⁹² Ver puntos f), g) y h) de la cuestión de inconstitucionalidad del JS Madrid nº 30 de 7 de marzo de 2012 (autos 88-89-90-161/2012 acumulados) que se ha inadmitido sin entrar a conocer sobre el fondo por el Auto TC 191/2012-.

⁹³ En cuanto a su incidencia en la efectividad en la protección del trabajador frente al despido injustificado. En concreto, por la transferencia al empresario incumplidor de la opción entre un sistema completo de resarcimiento y otro parcial y en la restricción del acceso a los tribunales por la inexistencia de compensación completa de los daños y perjuicios ocasionados por la duración del proceso judicial. No hay que olvidar que la STC 84/2008 ya se pronunció, desestimándola, sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva por la supresión de los salarios de tramitación en el marco del RD-Ley 5/2002. Considerando entre otros motivos que los efectos de la decisión judicial sobre la improcedencia del despido afectan a su regulación material pero no al alcance de su tutela judicial.

⁹⁴ Al someterse a un régimen disuasorio y más oneroso la reanudación de la relación y la recuperación del empleo que la indemnización sustitutiva y el desempleo generado.

⁹⁵ art. 56 ET –modif. RD-Ley 3/2012 (art. 18.8)-

⁹⁶ art. 105.3 LRJS – derog. RD-Ley 3/2012 -Disp. derog. única.1.e-. Esta norma sólo ha estado vigente desde el 11 de diciembre de 2011 hasta el 12 de febrero de 2012.

⁹⁷ Probablemente su utilización se base mayoritariamente en el mero coste de su despido, anudado a la antigüedad, quedando en segundo plano su disciplina, su productividad o la necesidad de los servicios que presta por el trabajador

⁹⁸ Como se recordará, esta modalidad –también desaparecida tras la reforma de 2012– tenía asociada una indemnización inferior únicamente en el caso de despido objetivo improcedente, no para el disciplinario. El reconocimiento de la improcedencia con ausencia de causa, máxime si no se cumplían los requisitos formales mencionados, podía ser considerado en fraude de ley al entenderse que escondía un despido disciplinario con

En segundo lugar, la Exposición de motivos también considera que el “despido exprés” era un comportamiento empresarial económicamente irracional, pues desplazaba masivamente –con un coste más elevado– al despido objetivo por causas económicas que debiera haber sido el más habitual en época de crisis. Despido este último que, según el legislador, no se utilizaba al ser imposible realizarlo en unas condiciones de tiempo y costes razonables, que se incrementaban con el abono de salarios de tramitación. De ser así, en realidad, como ha señalado la doctrina no haría falta suprimir el despido exprés que no era el problema, sino el síntoma, de la inoperante regulación de los despidos económicos sobre la que sí se debía incidir.⁹⁹ Es cierto que la eliminación de toda su regulación trata de eliminar la tentación de utilizar el despido exprés, pues esta modalidad extintiva, en realidad una forma de desistimiento,¹⁰⁰ no era tan irracional. Existían ventajas empresariales innegables en su utilización comenzando por la certidumbre de su coste circunscrito al monto indemnizatorio, siguiendo con su rapidez y terminando con su no judicialización (con ahorro de costes procesales, prueba de perito contable, etc.). Algunas de estas ventajas no desaparecieron con la reforma, que además lo tornó atractivo para el trabajador, pues tras la supresión generalizada de los salarios de tramitación lograba acceder rápidamente a la indemnización sin los problemas mencionados en el apartado anterior¹⁰¹. Estos motivos justificaron que el debate inicial sobre este punto de la reforma girase precisamente sobre la posible pervivencia del “despido exprés”, que debía articularse a través de un acuerdo transaccional “*como fin amistoso del despido*”¹⁰², en el que el empresario reconociese su improcedencia y abonase la indemnización aunque ya no en un plazo estricto de 48 horas. Esta posibilidad tenía un escollo fiscal, pues esta transacción podía hacer peligrar la exención del IRPF de la indemnización legal abonada al trabajador por esta vía, si se consideraba una extinción de mutuo acuerdo. En efecto, en este caso el empresario debería haber hecho una retención y el trabajador la declaración correspondiente. El RD-Ley no

una indemnización superior Ver sobre esta problemática TSJ Madrid 14 de mayo de 2007 (rec. nº 1186/07). La reforma de 2010 hizo recaer sobre el trabajador despedido la carga de la prueba diabólica de que la causa real era disciplinaria y no objetiva (Ley 12/2001, Disp. adic. 1ª.4; modif. Ley 35/2010 -art. 3-), solución luego asumida en la LRJS). Diabólica porque, descartado todo atisbo de causa objetiva y salvo que pudiera acreditar indicios de discriminación o vulneración de otro derecho fundamental, la prueba del trabajador sólo podía consistir en acreditar su propio incumplimiento, que en cierta manera justificara el despido disciplinario, sin que simultáneamente supusiera la procedencia del mismo, es decir, que había sido malo pero no mucho.

⁹⁹ “A la vista de estos datos es lógica la preocupación por la expansión del despido rápido (el despido exprés). Pero no creo que el problema se resuelva eliminando este despido, porque estamos ante un síntoma; no ante el verdadero mal y además, como hemos visto, el despido rápido cumple una función en orden al control de los costes procesales del despido, que sólo en una parte limitada recaen sobre el empresario.” DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La reforma del despido en la Ley 35/2010...” *op. cit.*

¹⁰⁰ CEINOS SUAREZ, Ángeles, *El Desistimiento como Causa de Extinción...* *op. cit.* p. 53 y 133. Ver también LUJAN ALCARAZ, José, “¿Despido improcedente o desistimiento?”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2003, p. 17.

¹⁰¹ En este sentido, ver *Informe de UGT sobre el RD-Ley 3/2012. Continuación de la primera valoración...* *op. cit.*, p. 75.

¹⁰² Ver Baker & McKenzie, *Memento Experto...* *op. cit.*, pp. 55 y ss.

aclaraba esta cuestión que sí fue abordada por la Ley 3/2012 que modificó la norma fiscal introduciendo los siguientes cambios: en primer lugar, desde el 12 de febrero de 2012, se eliminó la exención específica relativa a extinciones previas al acto de conciliación y que hacía referencia precisamente a los “despidos exprés”¹⁰³. En segundo lugar, considerando las dudas fiscales mencionados –a través de una norma transitoria *ad hoc*–¹⁰⁴ admitió el carácter exento de las indemnizaciones legales abonadas a través de “despidos exprés” realizados entre las siguientes fechas (ambas incluidas): el 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del RD-Ley 3/2012) y el 8 de julio de 2012 (fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012). De manera, que se permitía la exención de las indemnizaciones por despidos o ceses reconocidos como improcedentes (en el momento del despido o en el de la conciliación) hasta la cuantía legal que se hubiera establecido de haber sido declarado judicialmente improcedente.

La interpretación conjunta de ambas medidas obliga a concluir que las indemnizaciones por acuerdos transaccionales o “despidos exprés”, posteriores al 8 de julio de 2012, no están exentos del IRPF. De manera que para evitar problemas con el fisco –evitando cualquier duda sobre el origen pactado el mutuo acuerdo en relación con las extinciones– lo más prudente será que el trabajador demande por despido y en conciliación administrativa –o incluso judicial– se fije o abone la indemnización exenta. Debe señalarse que esta interpretación mantenida por la propia Agencia Tributaria (AEAT) en su página web¹⁰⁵ resulta ilógica –o al menos anti-práctica–, pues retrasa el abono de la indemnización y sobrecarga de trabajo a los ya saturados juzgados de lo social y servicios administrativos de mediación y conciliación. La no judicialización de los despidos no debería impedir a la AEAT controlar, en su caso, el carácter no pactado de los mismos sin obligar a toda esa actividad administrativa y judicial cuyo coste para las arcas públicas el legislador parece olvidar.

IV. Nulidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa¹⁰⁶

Desde el 8 de julio de 2012 la Ley 3/2012 considera nulas, con independencia de su extensión o alcance a las mal denominadas cláusulas convencionales de jubilación forzosa, pues en realidad permitían –bajo ciertas condiciones–¹⁰⁷ al empresario

¹⁰³ Ley 35/2006 (art. 7.e.2º) –modif. Ley 3/2012 (Disp. final 11ª)–.

¹⁰⁴ Ley 35/2006 (Disp. trans. 22ª) –modif. Ley 3/2012 (Disp. final 11ª)–.

¹⁰⁵ http://www.aeat.es/AEAT.internet/Inicio/_componentes/_Novedades_en_la_aplicacion_de_los_tributos/Historico/Modificaciones_tributarias_introducidas_por_la_Ley_3_2012_de_6_de_julio_de_medidas_urgentes_para_la_reforma_del_mercado_laboral.shtml

¹⁰⁶ Disp. adic. 10ª ET –redacc. Ley 3/2012 (Disp. final 4ª.2)–.

¹⁰⁷ Antes de la reforma las cláusulas debían vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresada en el Convenio y sólo podían afectar a trabajadores con derecho a una pensión de jubilación con un porcentaje mínimo del 80% de su base reguladora.

extinguir la relación laboral de un trabajador que alcanzaba la edad ordinaria de jubilación. Así, aunque teóricamente tal extinción no suponía la completa expulsión del trabajador del mercado de trabajo, en la práctica, dadas las escasas posibilidades de encontrar un empleo en el sector a edades tan maduras, conducía inexorablemente a la efectiva jubilación voluntaria del afectado.

La Ley 3/2012 impide la inclusión de tales cláusulas en ningún nuevo convenio que se pretenda suscribir a partir de la fecha mencionada, so pena de nulidad. Respecto de los convenios vigentes –suscritos antes del 8 de julio de 2012– que las contuviesen se establece una norma transitoria ad-hoc (Ley 3/2012 -Disp. trans. 15ª.2-) que permite la aplicación de las cláusulas hasta la finalización de la vigencia inicial pactada en el convenio, a partir de ese momento la reforma es aplicable y las cláusulas han de considerarse nulas. Es más, si la vigencia inicial pactada hubiera terminado con anterioridad al 8 de julio de 2012 la prohibición de extinguir a su amparo comienza a partir de la entrada en vigor de la reforma. De manera, que no cabe que se preserve la aplicación de tales cláusulas con prórrogas de convenio o al amparo de la ahora breve *ultraactividad* del mismo¹⁰⁸.

V. Responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial¹⁰⁹

Esta materia ha sufrido excesivos cambios en los últimos tiempos, resultando altamente confusa. Bandazos normativos que además han quebrado expectativas de derechos de empresarios que seguramente confiaban en contrataciones con una indemnización más reducida a través del abono parcial de las mismas por parte del FOGASA. No hay que olvidar que la reforma derogó medidas con carácter transitorio que sin su intervención se hubieran prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2013;¹¹⁰ momento en que se consideró que estaría operativo el denominado “fondo individual de capitalización”¹¹¹, esto es, el Fondo austriaco. Desafortunadamente este Fondo se consideró inviable en el contexto actual de crisis y desempleo, de acuerdo con el Informe de junio de 2011 suscrito por grupo de expertos creado para su estu-

¹⁰⁸ GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012... *op. cit.*, p. 365.

¹⁰⁹ art. 33.8 ET –modif. RD-Ley 3/2012 (art. 19) y Ley 35/2010 (Disp. trans. 3ª, modificada por el RD-Ley 10/2011 y derogada finalmente por el RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012 (Disp. derog única, regla 1.b).

¹¹⁰ La reforma laboral de 2012 deroga abruptamente desde el 12 de febrero de 2012 las subvenciones a la indemnizaciones que tras la modificación del RD-ley 10/2011 que se extendían hasta el 31 de diciembre de 2013.

¹¹¹ El proyecto era instaurar un fondo de creación paulatina a lo largo de la vida laboral del trabajador, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar y que este pudiera hacer efectivo en ciertas circunstancias como el despido, movilidad geográfica, para el desarrollo e de actividades de formación, o en el momento de su jubilación. Aunque estaba previsto que las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirían en un número de días por año de servicio equivalente al que se determinase para constituir el fondo, su implantación no podía suponer un incremento de las cotizaciones sociales (Ley 35/2010, Disp. adic. 10ª).

dio¹¹². A pesar de todo, la creación del Fondo sigue teniendo cierto interés¹¹³ y quizás por ello la reforma de 2012 no ha derogado la norma que impone el estudio de este mecanismo¹¹⁴. Sin embargo viendo la persistencia de la crisis pocas expectativas pueden mantenerse la previsión legal de que durante el primer semestre de 2013 el Gobierno desarrolle un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de relanzar el proyecto siempre con una premisa que actualmente no concurre: una coyuntura económica más favorable.

Actualmente, tras las modificaciones operadas por el art. 19 de la Ley 3/2012 en el art. 33.8 ET la responsabilidad directa del FOGASA¹¹⁵ sólo concurre en las siguientes circunstancias:

- 1) La extinción ha de afectar a contratos de carácter indefinido -sin especificar la fecha de su celebración- realizada en empresas de menos de 25 trabajadores.
- 2) La extinción debe vincularse a despidos procedentes de carácter colectivo, objetivo (no sólo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción) o realizados en el marco de un procedimiento concursal (arts. 51, 52 ET y art. 64 Ley Concursal). De manera que se prohíbe que recursos públicos como los del FOGASA¹¹⁶ se destinen al abono de indemnizaciones por despidos ilegales, máxime cuando son precisamente los poderes públicos –respetando el derecho al trabajo (art. 35.1 CE)- los que debieran promover la estabili-

¹¹² Entre las conclusiones del informe del grupo de expertos se señala que las condiciones que imponía la Ley 35/2010 obliga a “no sólo una mejora sustancial de la situación económica por los elevados recursos económicos que exige su puesta en marcha, sino que, incluso aunque la economía mejorara notablemente, sería muy difícil obtener fuentes de financiación adicionales para hacer frente a unas necesidades de gasto tan elevadas cuando el Fondo funcionara plenamente, ya que ello exigiría unos recursos cercanos a tres puntos de cotización de la Seguridad Social o, lo que es lo mismo, casi el 1,5% de la remuneración total de los asalariados y algo menos del 1% del PIB nominal. Dada la imposibilidad de incrementar las cotizaciones empresariales y la dificultad de hallar fuentes de financiación alternativas parece difícil implantar un sistema que supone costes tan elevados.”

Ver p. 39 http://www.tt.meyss.es/laboral/201109/Infor_grupo_expert_%20F_Capit_trab.pdf

¹¹³ Aunque haya que cambiar su diseño, incluso en el modelo clásico de indemnización, la creación de un fondo progresivo tiene la ventaja de facilitar un pago progresivo y fraccionado, menos doloroso para el empresario; que, por otro lado, garantiza el abono de la indemnización ante PYMES de capital social minúsculo y no revisado desde su fundación.

¹¹⁴ Ley 35/2010 (Disp. adic. 10ª)– modif. RD-Ley 10/2011 (art. 3.Uno)-

¹¹⁵ Que la responsabilidad del FOGASA sea directa implica que no cabe repercutir al empresario la cantidad abonada en concepto de indemnización por despido, reclamación que si puede realizar este organismo cuando su responsabilidad es subsidiaria de la del empresario.

¹¹⁶ El Fondo de Garantía Salarial –el FOGASA–, es un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al MEYSS y financiado por las cotizaciones mensuales de los empresarios circunstancia que no impide considerar que. “se trate de un recurso público, porque los empresarios no han formado voluntariamente una mutua de seguros para financiar colectivamente mediante contribuciones sus despidos improcedentes. Es el Estado el que les obliga a contribuir; recauda el tributo y lo gestiona. Se está afectando un recurso público a la financiación de las indemnizaciones por los despidos improcedentes, es decir, se está apoyando y fomentando mediante financiación pública una conducta antijurídica – el despedir de manera improcedente a los trabajadores” DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana “La reforma del despido en la Ley 35/2010”... op. cit., pp. 106 y 107.

dad en el empleo¹¹⁷. En estos casos el FOGASA abona directamente al trabajador despedido –antes era un resarcimiento al empresario que la abonaba completamente al trabajador- una parte de la indemnización equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año. Sin embargo, esta cobertura está topada en el límite establecido en el art. 33.2 ET que ha sido objeto de una reducción por el RD-Ley 20/2012 (art. 19), de manera que sólo alcanzará –dejando al margen el límite de una anualidad irrelevante a estos efectos- al doble (antes el triple) del SMI diario (no actualizado en 2012) incluyendo la parte proporcional de pagas extras. En suma, el FOGASA sólo puede abonar al trabajador por cada uno de esos 8 días una cantidad máxima de 49,20 € (antes de la reforma 74,68 €). Esta limitación supondrá respecto de trabajadores con sueldos diarios superiores, que si el empresario sólo abona 12 días –de los 20 que conforman la indemnización por despido objetivo procedente–, el FOGASA no satisfará realmente los 8 días de indemnización restantes, quedando la deuda indemnizatoria empresarial sin saldar. En estos casos, el empresario para una correcta satisfacción de la indemnización adeudada no sólo debería abonar 12 días, sino también la diferencia existente entre la cantidad topada que asume el FOGASA por los 8 días restantes y el salario diario real que le correspondería. Si se limitase a abonar los 12 días, el despido impugnado por el trabajador podría calificarse de improcedente, pues difícilmente se entendería que el empresario hubiera incurrido en un error excusable en el abono de la indemnización correspondiente.

VI. Algunas conclusiones

Si las medidas de flexibilidad externa estudiadas se tuvieran que enmarcar en alguna de las tres finalidades que la doctrina considera que deben concurrir en toda regulación del despido (evitar un ejercicio arbitrario del poder extintivo del empleador; reparar el daño producido por el despido principalmente la pérdida de empleo y permitir a las empresas ajustar sus plantillas de una manera rápida y eficiente ante los cambios de la coyuntura económica)¹¹⁸, resulta evidente que la reforma se centra en este tercer y último objetivo asociado a la función económica del contrato de trabajo. El foco sale del trabajador como parte más débil de la relación laboral propia de la visión tradicional tuitiva del Derecho del Trabajo, y se centra en la empresa como

¹¹⁷ Se trata de una apreciación que ya se había establecido en el marco del RD-Ley 10/2011 que estableció que respecto de los contratos indefinidos celebrados a partir del 1 de enero de 2012 sólo se generaría la responsabilidad directa del FOGASA en caso de despido objetivo procedente (Ley 35/2010 -Disp. trans. 3ª-; modif. RD-Ley 10/2011 -art. 3.3-). Previsión que quedó sin efecto tras la Reforma Laboral de 2012.

¹¹⁸ Ver más ampliamente DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en A.A.VV., *Despido y Crisis Económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2010.

creadora del necesario empleo, cuya viabilidad se ha de preservar y favorecer en medio de la crisis¹¹⁹. Esta facilitación del ajuste de plantilla o flexibilidad externa supone inevitablemente que las otras dos finalidades pierdan peso específico. Así, en relación al control del ejercicio arbitrario, se aprecia en la reforma una rebaja importante de la causalidad del despido objetivo y una limitación clara del control judicial de la concurrencia de las causas de carácter económico, técnico, organizativo o de producción. Medidas en absoluto compensadas con el leve incremento de garantías del prácticamente marginal despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas o incluso con la propia desaparición del desistimiento que supone el “despido exprés” que, sin embargo, sí garantizaba el abono de la indemnización en el momento de la extinción. Las principales sanciones disuasorias de la arbitrariedad –sólo mantenidas para el caso de nulidad– se rebajan ante la improcedencia: las indemnizaciones se reducen y los salarios de tramitación con carácter general sólo proceden ante una readmisión improbable. El trabajador ve sustancialmente merma- dos la indemnización empresarial que le compensaba del lucro cesante ocasionado por la pérdida del empleo, sin que una mayor cobertura pública compense tal pérdida. Al contrario, el Estado también retrocede y priorizando la reducción del déficit reduce la cobertura por desempleo y obliga al trabajador a acudir al FOGASA para recibir parte de su indemnización, limitando además la cobertura máxima que asume este organismo.

Hay mucho de cierto en que una indemnización empresarial basada en la anti- güedad genera efectos indeseables en el mercado de trabajo, principalmente la dualidad exacerbada entre temporales e indefinidos –con protecciones demasiado diver- gentes– o la propia inamovilidad de los recursos humanos. Se admite asimismo que los salarios de tramitación no son la solución indemnizatoria a la pérdida del empleo, aunque ciertamente disuadan al empresario de la judicialización del despido y le incentiven a abonar la indemnización debida cuando corresponde. Sin embargo, también se coincidirá en que la restricción o la eliminación de protección del traba- jador despedido –no coyuntural o circunscrita al período de crisis– sin alternativas presentes, ni siquiera futuras, en un mercado de trabajo devastado resulta desalenta- dor y desequilibrado.

¹¹⁹ “Desde luego, mal puede aceptar el colectivo asalariado la privación de salarios de tramitación, facilitación de los despidos objetivos y colectivos, introducción de elevadas dosis de flexibilidad interna, dispositivización de la vigencia de convenios sectoriales, privatización de la intermediación laboral, minoración de indemnizaciones u otras varias medidas. Lo que sucede es que la norma piensa en una perspectiva distinta: introduciendo esas parcelas de flexibilidad se parali- zará la destrucción de empleo y facilitará la generación de nuevas contrataciones.” SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente; MARTIN JIMENEZ, Rodrigo; *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

Bibliografía

- ALZAGA RUIZ, Icíar, “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, en A.A.V.V., SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (Dir.) *El despido; aspectos sustantivos y procesales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2004, pp 327-398
- BAKER & MCKENZIE, *Memento Experto Reforma Laboral 2012. RD-Ley 3/2012*, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2012. p. 268.
- BAYLOS GRAU, Antonio. “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y a exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pp 9-18
- CARRASCOSA BERMEJO, Dolores “La reforma del despido individual en el RD-Ley 3/2012” *Actum Social*, nº 61 (marzo 2012) Ediciones Francis Lefebvre, pp. 45-61.
- CEINOS SUAREZ, Ángeles, *El Desistimiento como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008. p. 150.
- DE LE COURT, A. “La Reforma del despido (2012) y la “excusa europea”: un análisis comparado desde la perspectiva de la flexiguridad” (<http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2012/>).
- DE SANDE PEREZ-BEDMAR, María, “Medidas de reforma para el sector público en la Ley 3/2012”, en A.A.V.V. (GARCIA PERROTE ESCARTIN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael –Dir.-) *Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RD-ley 20/2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio:
- “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma”, en A.A.V.V. (DESDENTADO BONETE, Aurelio (Dir.) y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (Coord.), *Despido y crisis económica Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011.
 - “¿Qué hacer con la incapacidad temporal?”, *Diario La Ley*, nº 6716 (18 de mayo de 2007).
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en A.A.V.V., *Despido y Crisis Económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2010.
- DURÁN LÓPEZ, Federico, “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, *Revista de Política Social*, nº 17, 1978, pp.71-118.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de costes”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pp.199-208.
- GOERLICH PESET, José María:
- “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en A.A.V.V., GARCIA PERROTE ESCARTIN, Ignacio

- y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael –Dir.- *La Regulación de Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RD-ley 20/2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012.
- “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010, pp. 265-302.
- GONZÁLEZ ALONSO, Augusto, “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, *Actum Social*, nº 61 (marzo 2012), pp. 62-70.
- LUJÁN ALCARAZ, José, “¿Despido improcedente o desistimiento?”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2003, pp. 11-23.
- MARTÍNEZ MOYA, Juan, “Las causas de los despidos económicos. Una perspectiva jurídica”, en A.A.V.V., DESDENTADO BONETE, Aurelio (Dir.) y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (Coord.), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011.
- MERCADER UGUINA, Jesús, “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales* nº 9, 2004, pp. 403-430.
- MORENO GONZALEZ-ALLER, Ignacio, «Luces y sombras de las reformas de los despidos en el Real Decreto-Ley 3/2012» SEPIN artículo monográfico Marzo 2012 documento electrónico (SP/DOCT/16652) 1-7.
- POQUET CATALÁ, Raquel, “La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012”, *Actualidad Laboral*, nº 11, 2012, pp. 1281-1299.
- RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, *Diario La Ley* nº 7833/2012 (9 de abril de 2012).
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MARTIN JIMENEZ, Rodrigo, *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012.
- TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pp. 165-182.