

La permanente reforma del despido: últimos hitos

Antonio Vicente Sempere Navarro
Universidad Rey Juan Carlos
Coordinador del Área Laboral, Gómez-Acebo & Pombo

THE PERMANENT REFORM OF DISMISSAL: LAST MILESTONES

Resumen

En función del “carácter axial del despido a la hora de configurar cualquier sistema de relaciones laborales”, el estudio focaliza en dicha institución el análisis del proceso de reforma permanente que caracteriza al Derecho del Trabajo español en las últimas décadas. En ese marco general, se presta especial atención al despido de dimensión individual (disciplinario u objetivo) y se examinan los más recientes cambios normativos.

Palabras clave

Reforma laboral, despido, despido disciplinario, despido objetivo, costes del despido

Códigos JEL: J63, J68, J21

Abstract

Depending on the “axial character of the dismissal at the moment of setting up labour relations”, the labour reform analyse is focused on the above mentioned nature. This permanent reform characterizes the Spanish Labour law in the last decades. Under this general frame, we pay particular attention to the dismissal with an individual dimension (disciplinary or objective). The most recent normative changes are also examined.

Keywords

Labor reform, dismissal, dismissal on disciplinary grounds, objective dismissal, dismissal costs

JEL codes: J63, J68, J21

Antonio Vicente Sempere Navarro
Coordinador del Área Laboral, Gómez-Acebo & Pombo
Departamento del Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos
Edificio Departamental I, Campus de Vicálvaro,
Paseo De Artilleros, S/n,
28032 - Madrid
E-mail: antonio.sempere@urjc.es



La permanente reforma del despido: últimos hitos

Antonio Vicente Sempere Navarro

Universidad Rey Juan Carlos

Coordinador del Área Laboral, Gómez-Acebo & Pombo

1. Presentación

Nuestra doctrina ha venido dedicando especial atención a las causas extintivas del contrato de trabajo, muy particularmente a las que pone en marcha el empleador por su voluntad unilateral¹. Aun siendo una materia clásica y bastante visitada por tribunales y estudiosos, lo cierto es que los cambios normativos de los últimos años han incidido de modo significativo en esta institución, cuya esencia, aunque no transmutada, sí se ha visto afectada en ciertos aspectos estructurales como consecuencia de diferentes reformas normativas que han desfigurado alguno de sus trazos más tradicionales. Dado el carácter axial del despido a la hora de configurar cualquier sistema de relaciones laborales aquí se ha optado por atender a esta institución a la hora de ofertar una visión sobre el estado de la cuestión en las últimas décadas.

A su vez, buscando un objeto material de dimensiones accesibles y que permita algo más que una mera descripción o exposición panorámica, se ha aplicado un doble criterio seleccionador de la materia abordada: atender solo al despido de dimensión individual (disciplinario u objetivo) y examinar los más recientes cambios que nuestra legislación acoge.

La Reforma Laboral de 2012 se puso en marcha a partir de la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

(RDLRML); su propia extensión (64 páginas de BOE; 35.525 palabras; 189.440 caracteres) era buen indicativo del alcance que tenía. Fruto de la tramitación parlamentaria, en el BOE del 7 de julio posterior apareció la Ley 3/2012, de 6 de julio (LRML), con igual nombre que la disposición originaria, contenido muy similar y alguna extensión adicional (79 páginas de BOE; 45.013 palabras; 283.340 caracteres). Ambas normas introdujeron cambios relevantes en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS); a su vez, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ajustó algunas cuestiones y lo mismo ha hecho también el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto.

Esas cuatro disposiciones son las principales normas integrantes del bloque reformador cuando se trata de abordar la regulación del despido individual, eufemísticamente identificado en los modernos estudios como “flexibilidad externa”, teniendo en cuenta que el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, apenas afectó al tema. Los cambios más relevantes en despidos objetivos y disciplinarios son los siguientes:

- Se suprimen los salarios de tramitación (salvo si hubiera readmisión, cierta o posible), con lo que el llamado “despido exprés” deja de tener sentido.
- Se reformulan las causas del despido “económico”.
- El despido por falta de adaptación solo cabe si la empresa ha facilitado previamente la formación adecuada.
- El despido por absentismo deja de tener en cuenta la ausencias de la plantilla del centro de trabajo para atender solo al trabajador, individualmente considerado.
- Se introduce una nueva causa de despido objetivo para el sector público.
- El FOGASA alivia a la empresa de menos de 25 trabajadores con 8 días de la indemnización sólo en extinciones de contratos indefinidos y que se consideren ajustadas a Derecho.
- Respecto de todo lo anterior aparecen cambios, no solo de concordancia, en el plano judicial.

¹ Desde que en 1958 el Prof. Alonso Olea construyera los pilares teóricos de la que es institución central del contrato de trabajo, se han publicado varias docenas de libros de muy alta calidad sobre diferentes temas relativos al despido, tanto en cuestiones sustantivas cuanto procesales. Dejando a un lado los estudios monográficos sobre los distintos tipos y sus causas, o sobre aspectos concretos o más generales del proceso por despido, entre las publicaciones más ambiciosas en extensión y profundidad merecen destacarse cuatro importantes libros colectivos: *Estudios sobre el Despido disciplinario* publicado por la ACARL en 1989 (1ª ed.) y en 1992 (2ª ed.); *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, con motivo de la investidura de Manuel Alonso Olea como Doctor honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela; en fin, con pretensión más totalizadora, los *Estudios sobre el despido, en homenaje al Prof. Alfredo Montoya Melgar*, publicados en 1996 por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Asimismo con dos ediciones (2004, 2009), la Editorial Aranzadi publicó el Gran Tratado sobre *El Despido*, coordinado por el Dr. Martín Jiménez (siendo Director el autor de las presentes notas).

2. Despido disciplinario

2.1. La improcedencia del despido y su coste

A. El debate previo

De un modo reduccionista, durante el primer decenio del siglo XXI el debate sobre la reforma laboral se vino centrando en el despido y, más concretamente, en los frentes más visibles y llamativos del mismo: la definición de las causas económicas y la rebaja generalizada de la indemnización a 33 días en los despidos improcedentes. Estos dos temas –inseparables en el despido por causas económicas– han sido los más destacados por los medios y también –sorprendentemente– por los “expertos”. Sin embargo, la reforma incide también en otros aspectos del despido que en absoluto son menores –como los salarios de tramitación o el papel de la Administración laboral, por ejemplo– y en materias diversas de aquél y que son decisivas en la dinámica ordinaria de las relaciones laborales como los cambios en la flexibilidad interna (movilidad funcional, modificaciones sustanciales, movilidad geográfica, suspensiones de contratos...), el nuevo contrato indefinido para PYMES, la negociación colectiva en la empresa, los descuelgues, etc.

El debate sobre la conveniencia de rebajar la indemnización por despido venía planteado desde mucho tiempo atrás; los partidarios de esa medida destacaron que con ella las empresas aumentarían la creación de empleo porque 45 días por año era un coste excesivo para los ajustes de plantilla y eso retraía la contratación; sus detractores entendían que la concesión de más facilidades en la fase extintiva del contrato de trabajo sólo serviría para aumentar el desempleo y la precariedad.

APORÍAS Y TEORÍAS

Las relaciones sociolaborales difícilmente se someten a las predicciones o leyes elaboradas por los estudiosos; de este modo, es perfectamente sostenible que la rebaja de la indemnización por despido influya en la generación de empleo neto, pero también que sólo sirva para facilitar la destrucción de muchos puestos de trabajo:

- Si se pretende, de buena fe, contribuir a dinamizar nuestra depauperada economía mediante la flexibilización del coste del despido carece de sentido responder que eso sólo serviría para llevar al paro a mayor número de personas, porque el problema es que ya hay muchísimas de ellas en tal situación.
- Si se entiende, sinceramente, que el coste de la indemnización por despido sirve para frenar extinciones contractuales tampoco es concordante que se responda que somos el país donde resulta más caro, porque en otros muchos indicadores (temporalidad, productividad, cotizaciones, impuestos, seguridad jurídica, tiempos judiciales, economía sumergida, etc.) también hay diferencias relevantes y deberían ajustarse simultáneamente.
- Las mismas normas han permitido que España fuera el mayor creador comunitario de empleo y el más rápido destructor de puestos de trabajo.

LA FALSA TEMPORALIDAD

Son numerosas y tradicionales las protestas frente a diversos aspectos de la regulación sobre el despido (cuantías indemnizatorias elevadas, trámites lentos, intervencionismo administrativo politizado, control judicial desenfocado, etc.). Igual de reiterada es la advertencia de que el abuso de la contratación temporal subsiste pese a todos los mensajes que el ordenamiento laboral viene emitiendo para variar el rumbo; ese fenómeno (complejo, pluricausal) encuentra una de sus raíces en la convicción empresarial de que es mejor llevar a cabo el ajuste de plantillas a través de esa anómala vía (acordando o no renovaciones contractuales) que por la lógica de las extinciones. De este modo surge cierta irregularidad: los problemas que teóricamente constituyen causa de despido (colectivo, objetivo, disciplinario) frecuentemente no se resuelven de tal modo sino que encuentran una salida alternativa en la expiración contractual por la llegada del término fijado, bien que muchas veces el mismo viniera establecido tras haber violentado el alcance de las normas sobre duración contractual.

EL PARÁMETRO DE LOS 45 DÍAS

Ya se ha aludido a la recurrente argumentación de que el coste del despido estaba sobredimensionado, por referencia a los 45 días/año (con un máximo alcanzado a los 28 de antigüedad en la empresa). Sin embargo, lo cierto es que cuando la empresa no precisaba de sus empleados, se permitía el despido con el abono de 20 días/salario por año (con un máximo de 12 mensualidades).

Hay que admitir, naturalmente, la discusión acerca del acierto de tales cifras pero también estimular la reflexión sobre el modo en que se vinieron aplicando las causas de despido por razones ajenas a la voluntad del trabajador; la generalizada opinión de que entre todos (legislador, jueces, doctrina, agentes sociales, Administración) las habíamos re-interpretado de manera demasiado restrictiva lleva a que se hayan propiciado los pactos extintivos por encima del mínimo y aún del máximo legal (en el caso de ERES históricos) o a que, directamente, la empresa deseara evitar toda incertidumbre y presentara como improcedente lo que ella consideraba una extinción necesaria por razones objetivas.

Aquí se piensa que el Derecho del Trabajo fracasaba (y sigue fracasando) cuando debatía si la indemnización de 45 días/año (o la actual) constituye un coste excesivo. Se trata de la cuantía a satisfacer cuando la empresa terminaba al contrato de trabajo mediante un acto ilícito, ilegal, abusivo, contrario a Derecho, arbitrario, innecesario, injustificado, irregular, improcedente.

Para extinguir el contrato de trabajo de modo razonable nunca se ha debido atender a los cuarenta y cinco días sino a los veinte (o doce). Antes y ahora: si existen verdaderas causas de despido y el mismo no encuentra salida razonable (en tiempo, forma y costes) es que algo falla; pero rebajar el coste del despido improcedente no equivale a resolver el problema, sino a disolverlo; es como si está maltrecha una vía de circulación y en lugar de repararla construimos otra que da un rodeo.

El despido nulo y la indemnización elevada del improcedente constituyen medidas protectoras del trabajador injustamente expulsado de la empresa; el despido objetivo o colectivo atiende a la necesidad de conjugar intereses de asalariado y empleador. Antes de alterar los pesos de un lado de la balanza vale la pena meditar sobre sus consecuencias. Si falla la aplicación del despido objetivo o del colectivo, no es muy académico resolver la cuestión alterando las consecuencias del improcedente.

Con ello ya se ha deslizado una idea para el debate: si el legislador considera que los despidos justificados (no disciplinarios) ya reciben una regulación razonable, el principal motivo para revisar las consecuencias del despido improcedente decaen; eso no significa que estemos ante una opción inconstitucional o ilegítima, ni siquiera errónea, sino que puede discutirse con mucha más libertad su pertinencia. Claro está, salvo que se piense que a pesar de todo lo modificado respecto de despidos objetivos y colectivos no permite canalizar a través de ellos los casos pertinentes.

B. El despido libre y su apariencia

La realidad del despido en nuestro ordenamiento ha venido afectada por diversas distorsiones tanto normativas cuanto funcionales. Una de ellas deriva del juego conjunto de las reformas legales de 1994 y de la interpretación jurisprudencial acerca de la imposibilidad de considerar como nulo, por fraudulento, un despido claramente desprovisto de causa. Cuando no concurren circunstancias que permiten calificar un despido como propiamente nulo, el Tribunal Supremo descarta que pueda accederse a tal resultado por la vía del *fraus legis*. Con independencia de que se comparta la crítica a esa tesis lo cierto es que si unimos tal resultado a la construcción derivada de la Ley 45/2002 (efectos del reconocimiento de la improcedencia del despido y pago inmediato de la indemnización) luce con más claridad que nunca la idea de que la lista de las causas extintivas contenida en el artículo 49 ET resultaba, a efectos prácticos, completada por otra que responde a la siguiente formulación virtual:

“Por la voluntad del empresario, mediando el abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente y salvo que el supuesto debiera de calificarse como despido nulo”.

Siendo evidente que esa causa de extinción del contrato de trabajo no se hallaba en la lista del artículo 49 ET (ni en la de ningún otro precepto) también resultaba cierto que el estado de la cuestión se aproximaba mucho a ello. ¿Significa eso que había despido libre? ¿Protestaban las empresas frente a la rigidez extintiva como estrategia? ¿Tenían razón las entidades que reclamaban mayor flexibilidad en los costes extintivos? ¿Estaban en lo cierto los sindicatos que arremetían contra el diseño normativo del despido?

Si a la polémica sobre el despido libre la despojamos de sus elementos ideológicos y políticos, lo que quizá ni siquiera sea posible, probablemente podría situarse el punto de partida de la discusión en la precedente constatación: a salvo supuestos de vulneración de derechos fundamentales (y análogos) la voluntad patronal ha sido (y es) bastante para extinguir una relación

laboral; puesto que ello no constituye justa causa de despido, lo que sucede es que la empresa que actúe de tal modo ha de resarcir al trabajador con la indemnización tasada del artículo 56 ET. Partiendo de esa realidad quizá podrían formularse las respectivas posiciones con mayor claridad, inclusive la que entiende que un despido improcedente sin devengo de salarios de tramitación colisiona con el contenido esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y al trabajo.

Por otra parte, conviene recordar la enorme trascendencia práctica de la construcción jurisprudencial sobre el despido (primero “radicalmente”) nulo o las aludidas posturas sobre despido fraudulento. Además, en ocasiones viejos preceptos son reinterpretados a la luz de nuevas realidades. Sin que se equiparen en relevancia a los cambios legislativos, lo cierto es que las sentencias que precisan algunos extremos sobre el régimen del despido también contribuyen de modo relevante a determinar su nivel de flexibilidad y avivan la interminable polémica sobre si hay que cambiar algo y en qué sentido.

C. Tendencia normativa: 2010 y 2012

El modo convulso en que se gestan las normas de los tres últimos años ha conducido a un práctico silencio sobre los numerosos puntos concomitantes que los legisladores de 2010 (Gobierno del PSOE) y de 2012 (Gobierno del PP) poseen. Sin embargo lo cierto es que los más polémicos cambios en la configuración del resarcimiento del despido (salarios de tramitación, indemnización, Fondo de Garantía) se enmarcan en esa línea de cierto continuismo. La Reforma de 2010 ya había introducido medidas de minoración de costes en despidos objetivos (reducción del preaviso; exclusión de la nulidad por razones formales; apoyo del FOGASA), creado un difuso Fondo de capitalización y potenciado un tipo de contrato (CFCI) con indemnización por despido improcedente de 33 días.

Con la Reforma de 2012 se introdujeron cambios muy concretos y relevantes en los efectos económicos del despido disciplinario, adelantados y que conviene reiterar en parte:

- Con carácter general se suprimen los salarios de tramitación. Únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores que opta por ésta.
- Se deroga el art. 105.3 LRJS para permitir a la empresa defender la procedencia del despido que fue impugnado pese a haberse reconocido la improcedencia del mismo.
- Se generaliza la indemnización por la extinción improcedente de 33 días por año trabajado (con un máximo de 24 mensualidades) aunque con una transitoriedad muy importante.

2.2. Rebaja de la indemnización

La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades vino siendo un tema tabú para las diversas

reformas legislativas, hasta el extremo de que llegó a crearse una modalidad de contratación cuya única peculiaridad notable venía dada por el abono de una indemnización inferior (33 días) en ciertos casos de despido improcedente². Esa cuantía indemnizatoria, disuasoria de extinciones caprichosas, es la que erróneamente se identificaba como coste elevado del despido y amenaza indirecta para las contrataciones de duración indefinida; desde esta óptica, por lo tanto, se trataba de una pieza disfuncional y que debía cambiarse.

Cargándose de razones para revisar su importe, el legislador de 2012 arremetía contra ella porque “constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas, en un momento –como el actual– de dificultad de acceso a fuentes de financiación”.

A partir de esas premisas mayor (la excesiva indemnización del despido improcedente frena las contrataciones estables) y menor (los 45 días y 42 mensualidades son un exceso) no quedaba más poner letra pequeña a la conclusión (rebajemos los topes cuantitativos) para desembocar en un resarcimiento tasado de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores, con un máximo de veinticuatro mensualidades, quebrando así una inercia histórica de más de treinta años (desde el ET de 1980).

La generalización de esta nueva indemnización no tiene un efecto expansivo “hacia atrás”, sino que es respetuosa con los derechos adquiridos en tanto las nuevas reglas se aplican a los contratos celebrados a partir del 12 de febrero de 2012 y al tiempo de prestación de servicios posterior a esta fecha. Para contratos anteriores a 12 de febrero de 2012, se impone un doble módulo (45 días con máximo de 42 meses teóricos para los servicios prestados hasta 12 de febrero de 2012; 33 días con máximo de 24 meses para servicios prestados a partir del 12 de febrero de 2012), con máximo de 720 días, salvo que el módulo privilegiado sea superior (hasta 42 meses). Como es sabido, no puede hablarse de derechos adquiridos por haberse desarrollado un negocio jurídico al amparo de una legislación que posteriormente cambia en uno u otro sentido:

- El artículo 9.3 CE prohíbe la retroactividad entendida como la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores³.
- La invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico⁴.
- La retroactividad prohibida es aquella que incide sobre los efectos jurídicos ya producidos al amparo de una norma anteriormente vigente, pero no sobre los efectos «pro futuro» de una nueva norma⁵.

² De hecho, cuando el legislador de 2012 generaliza esa inferior indemnización para los despidos improcedentes, ello posee una incidencia directa sobre el contrato de fomento de la contratación indefinida, que se suprime al no tener ya incentivo para su concertación.

³ STC 65/1987, de 21 mayo, FJ nº 19 (Ponente, Sr. López Guerra).

⁴ STC 99/1987, de 11 junio, FJ nº 6 (Ponente, Sr. De la Vega Benayas).

⁵ STC 17/1999, de 22 febrero, FJ nº 3 (Ponente, Sr. González Campos).

- La norma es retroactiva cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad⁶.
- La interdicción de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas⁷. Por tanto, no es inconstitucional una limitación o una modificación de una situación normativa general anterior que sólo origina una frustración de las expectativas existentes⁸.
- No hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado⁹.

Concluamos: 1º) La regla transitoria sobre modo de calcular la indemnización por despido improcedente (una vez rebajada su cuantía) se justifica porque de ese modo “se es respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14” CE. 2º) Siendo ello cierto, resulta exagerado pensar que habría colisionado con la Ley Fundamental la mera disminución del importe, sin cláusula transitoria; cabe hablar más bien de respeto a expectativas o de dulcificación de los efectos. 3º) La Constitución no exigía que se estableciera ese doble parámetro a la hora de calcular indemnizaciones, porque realmente no había derechos adquiridos sino expectativas. Otra cosa es que esa previsión haya sido prudente o que ayude a que no se polemice demasiado sobre la rebaja de la indemnización operada.

PRORRATEO

La Disposición Transitoria Quinta del RD-Ley 3/2012 no mencionaba el prorrateo por meses de los períodos inferiores a un año para calcular la indemnización por despido. El silencio podía ser interpretado en tres sentidos distintos:

- Ausencia de prorrateo, en una interpretación ilógica y poco razonable (sólo se devengaría la cuantía de 45/33 días tras un año de trabajo).
- Prorrateo por meses en ambos períodos computables, el anterior a la entrada en vigor del RD-Ley (45 días por año) y el posterior (33 días), aunque eso implicaba que los días de un mismo mes sirven para calcular dos períodos diferentes, con el resultado perverso de que computan doblemente.
- Prorrateo por meses de uno de los dos tramos computables, siendo lo más razonable prorratear el tramo final que se corresponde con la fecha extintiva del contrato.

⁶ STC 199/1990, de 10 diciembre, FJ nº 2 (Ponente, Sr. De los Mozos de los Mozos).

⁷ STC 129/1987, de 16 julio, FJ nº 5 (Ponente Sr. López Guerra).

⁸ STC 129/1987, de 16 julio, FJ nº 4 (Ponente. Sr. López Guerra).

⁹ STC 210/1990, de 20 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Sr. Tomás y Valiente).

La Ley 3/2012 ha resuelto la cuestión planteada: para los contratos anteriores a esa fecha se establece un doble parámetro, atendiendo a cuánto haya durado la vinculación antes o después de aquella fecha. La innovación de la Ley consiste en precisar que hay que calcular prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año respecto de los dos tramos temporales.

ABONO DE LA INDEMNIZACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El RDL 3/2012 introdujo una nueva regla en el art. 56.1 ET in fine, conforme a la cual “El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”. Ciertas concepciones sobre la naturaleza jurídica del despido han buscado en esta fórmula apoyo para las propias tesis y argumentos adversos para las otras; pero recuérdese que el precepto no es el único existente, que el despido improcedente también puede desembocar en la readmisión, que cabe la declaración como nulo.

La Ley 3/2012 modificó el art. 56.1 del ET en el sentido de que el contrato no se extingue con el abono de la indemnización una vez que la empresa opta por la no readmisión, sino con el ejercicio de la opción por la indemnización, la cual se entenderá producida en la fecha de cese efectivo en el trabajo. La redacción del RDL suscitaba perplejidad y por ello se puso término a una embarazosa incongruencia. Durante la vigencia de la norma de excepción, una vez más, llamaba la atención el establecimiento de un mandato absurdo (en sentido etimológico y contextual) y que la solución viniera por un camino tan modesto como impropio (hacer caso omiso del texto normativo).

La construcción acogida por la Ley 3/2012 se complementa con alguna otra previsión: 1ª) La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. 2ª) En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. 3ª) Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. 4ª) En casos de reducción de jornada por causas familiares, el cálculo de la indemnización deberá realizarse sobre el salario que le hubiera correspondido percibir de no haber solicitado dicha reducción.

Es previsible que sigan siendo válidos múltiples criterios interpretativos anteriores a la Reforma:

- El módulo de días de salario que establece el art. 56.1.a) ET actúa sobre el tiempo de servicios realmente prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida, salvo pacto o disposición en contrario (STS 5 febrero 2001).
- El tiempo transcurrido en la situación de excedencia forzosa no es computable a estos efectos (STS 26 septiembre 2001).
- En los supuestos de sucesión ininterrumpida de contratos temporales, hay que remontarse a la fecha de la primera contratación, si existe unidad esencial del vínculo laboral,

salvo que exista una solución de continuidad relevante (STS 12 julio 2010), y sin que influya el hecho de haber firmado recibos de finiquito entre los contratos sucesivos (STS 17 marzo 2011).

- El criterio precedente se aplica tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales, cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión de varios sin una solución de continuidad significativa (STS 16 abril 2012).
- De manera excepcional es posible tomar en cuenta prestaciones de servicios separadas por más de veinte días hábiles de la precedente.
- El período entre un despido colectivo y su declaración como nulo hay que computarlo como “de servicio” a los efectos de indemnización por un posterior despido improcedente (STS 22 noviembre 2005).
- El período de tiempo trabajado como alto cargo, con suspensión de la preexistente relación laboral común, no es computable en caso de despido de la relación laboral ordinaria (STS 18 febrero 2003).
- Debe computarse el tiempo de servicios prestados para la empresa, y no sólo el último contrato, cuando a éste le han precedido uno o varios contratos de puesta a disposición con ETTs, consecutivos y con el mismo objeto (STS 11 mayo 2009).
- Los días que exceden del último mes servido se consideran como un mes completo a efectos del cálculo de la indemnización (STS 20 julio 2009).
- La indemnización por despido improcedente se calcula hasta la fecha del despido, no hasta que la empresa opta por la indemnización (STS 10 junio 2009).
- Cuando la extinción se acuerda en la propia sentencia que declara la improcedencia (cierre de empresa) se computa hasta la fecha de tal sentencia (STS 6 octubre 2009).
- El salario regulador de la indemnización es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción y no el que realmente viniera percibiendo, siendo el proceso por despido cauce adecuado para proceder a su debate y fijación (STS 8 junio 1998), lo que no implica que en todo caso se conceda lo solicitado por quien demanda (STS 21 septiembre 1999).
- No debe computarse en el salario regulador de la indemnización un concepto retributivo coyuntural que el trabajador ya no percibía en la fecha del despido (STS 27 septiembre 2004).
- Debe computarse un “bonus” de carácter anual (STS 24 octubre 2006), en función de la cuantía percibida en el año anterior cuando el incentivo se haya devengado pero esté pendiente de perfeccionamiento (STS 25 septiembre 2008).
- El salario regulador de la indemnización es el cociente de dividir la retribución anual por 365 (STS 24 enero 2011).
- La retribución que debe considerarse para establecer el montante indemnizatorio de un trabajador excedente no readmitido es la que le habría correspondido percibir en la fecha del despido (STS 12 marzo 2003).
- Sólo entra en el salario indemnizatorio el vehículo de empresa puesto a disposición del trabajador cuando el uso particular se ha pactado como parte integrante de la retribución (STS 21 diciembre 2005).

- La inclusión de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones en el salario regulador de la indemnización legal por despido improcedente pende de un estudio individualizado sobre su naturaleza salarial (STS 26 enero 2006).
- Resulta inválida la reducción unilateral del salario a efectos de minorar la ulterior indemnización (STS 21 septiembre 1999).
- El aumento de la cuantía indemnizatoria contemplado en convenio colectivo, de empleados públicos, para los casos de despido disciplinario improcedente ha de aplicarse estrictamente a los supuestos descritos en la norma (STS 25 mayo 1999).
- La empresa no puede descontar de la indemnización por despido improcedente las cantidades que hubiera satisfecho al trabajador como consecuencia de las liquidaciones de los sucesivos contratos temporales declarados fraudulentos (STS 9 octubre 2006).

2.3. Salarios de tramitación

Con la Reforma de 2012 los salarios de tramitación se suprimen con carácter general y únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores (sea cual sea su opción, conforme al artículo 56.4 ET). La justificación de la supresión de estos salarios se busca en varios argumentos:

- El tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.
- Los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.
- Posee escasa coherencia que recaiga sobre la empresa el coste de un período intermedio en el que no hubo prestación efectiva de servicios ni readmisión posterior, por lo que no hay daño adicional que resarcir al trabajador.

Sin embargo, son muchas las voces que se alzan cuestionando el acierto y legitimidad de esta decisión, similar a la adaptada en su día por el Real Decreto-Ley 5/2002. Son varias las cuestiones de constitucionalidad que ahora mismo están planteadas; se impone una reflexión mínima al respecto; para estimularla, he aquí nuestras conclusiones:

- Que el RD Ley 5/2002 fuera declarado inconstitucional por la STC 68/2007 no implica que el RDL 3/2012 o la Ley 3/2012 presenten los mismos defectos o carencias a la hora de justificar su extraordinaria y urgente necesidad; fue esa razón, que no argumentos de fondo, la que

propició tal resultado y no parece probable que se vaya a reiterar respecto de la norma de 2012.

- La eliminación de salarios de tramitación en los despidos improcedentes para los trabajadores indemnizados no introduce discriminación inconstitucional contraria al art. 14 CE entre trabajadores con despido nulo o improcedente con readmisión (cobran salarios de tramitación) y trabajadores despedidos de forma improcedente no readmitidos (sin tales salarios) pues quiebra el presupuesto de igualdad sustancial entre los supuestos contrastados.
- La norma que restringe los salarios de tramitación a los despidos improcedentes con readmisión y a los nulos tampoco vulnera la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por más que la decisión sobre la suerte final de cuanto acaezca dependa de la decisión empresarial.
- La irregresividad de los derechos no está expresamente recogida por la Ley Fundamental, por lo que tampoco puede pensarse en su vulneración; además, según la óptica individual o general que se adopte es posible apreciarla o cuestionarla.
- En todo caso, la norma en estudio (especialmente en el flanco referido a las consecuencias del despido improcedente) ha de cumplirse mientras el TC no declare lo contrario. Constituye facultad soberana del órgano judicial decidir si se plantea o no la correspondiente cuestión, sin que la tutela judicial de los litigantes pueda convertir aquélla en un derecho para la parte.

A CARGO DEL ESTADO

Por otro lado, el artículo 57 ET prescribe que cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de cierto número de días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de tales salarios de tramitación “correspondiente al tiempo que exceda”. Así como precedentemente se fijaba en sesenta días hábiles el umbral de responsabilidad soportable por el empleador, el RDL 20/2012 eleva hasta noventa días hábiles el tiempo durante el cual ha de afrontar tal abono.

Por lo tanto, solo si, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del juzgado o tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de noventa días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho plazo (art. 116.1 LRJS). Se trata de una nueva medida de contención del gasto, que no perjudica al trabajador pero sí al empleador que acordó el despido declarado improcedente, aunque forzoso es recordar que el RDL y la Ley 3/2012 redujeron drásticamente los supuestos en que un despido improcedente va acompañado del abono de estos salarios de trámite.

2.4. Desaparición del “despido exprés”

Por más que ello sea tan simplista como polémico, probablemente el mejor modo de entender el comportamiento empresarial identificado como despido exprés pasa por explicar

que los Tribunales laborales han venido mostrando una gran resistencia a admitir la procedencia del despido por causas económicas. No solo exigiendo la existencia de unas pérdidas continuadas y cuantiosas, sino una rigurosa acreditación, así como razonabilidad indiscutible. Con independencia de que en muchos casos el enfoque judicial fuera el acertado, en el sentir mayoritario de los empleadores acabó prevaleciendo la idea de que el despido “económico” procedente era una auténtica quimera y no compensaba su puesta en práctica. En términos pragmáticos y nada jurídicos: el hipotético beneficio (menor indemnización que el improcedente) no se veía compensado con la enorme incertidumbre del fallo judicial y los costes añadidos de asesoramiento y pruebas periciales; era más seguro, expeditivo y económico asumir la improcedencia del despido objetivo que encauzarlo intentando cumplir todas las exigencias normativas.

Las aludidas incertidumbres o dificultades para conseguir la procedencia del despido basado en problemas objetivos “explica que las empresas se decantaran, a menudo, por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más el coste adicional que suponían los salarios de tramitación” (Preámbulo de la Ley 3/2012).

Como queda dicho, la Reforma derogó el art. 105.3 LRJS, que establecía una suerte de vinculación empresarial a la opción ejercitada en su momento de reconocer la improcedencia del despido. La eliminación de los salarios de tramitación ha incidido directamente en el (denostado por la reforma) “despido exprés”, que prácticamente es condenado al ostracismo. Coherente con este planteamiento, y también coherente con la garantía jurisdiccional de un proceso “plenario”, no condicionado, se permite a la empresa defender en la vista oral la procedencia del despido.

Resumamos. La consignación del importe de la indemnización a cambio de no discutir una causa de difícil o imposible demostración a los efectos de alcanzar el grado necesario de convicción judicial para que el despido se califique como procedente, otorgaba una cierta seguridad a las empresas que preferían conjurar los riesgos del litigio y de los salarios de tramitación a él anudados abonando el importe de la indemnización legal más elevada.

Esa anomalía ha querido eliminarse con la Reforma Laboral de 2012. De forma literal, la Ley 3/2012 se refiere a la supresión del ‘despido exprés’, aludiendo a la derogación de los preceptos que contemplaban el reconocimiento de improcedencia seguido de consignación de la indemnización correspondiente al despido improcedente. Sin embargo, lo que realmente ha sucedido es:

- Ya no hay salarios de tramitación, salvo supuestos excepcionales, sin necesidad de que se abone la indemnización para que así suceda.
- Resulta indiferente el momento en que se abone la indemnización, porque no se devengan ya esos salarios de tramitación.
- En el colmo de las paradojas, la regulación tributaria impulsa a recomendar a las empresas que no abonen la indemnización

aunque estén dispuestas a reconocer la improcedencia, sino que aguarden al menos hasta la conciliación administrativa.

- Se permite a la empresa (derogando el art. 105.3 de la LRJS) defender la procedencia del despido en el caso de que, reconocida la improcedencia, el trabajador interpusiese demanda frente al mismo.
- Sigue siendo posible reconocer la improcedencia del despido en la propia carta o en cualquier momento anterior a la reclamación del trabajador.
- Tampoco está prohibida la consignación del importe de la indemnización, pero los órganos judiciales pusieron coto a esa práctica extralegal.
- El eventual abono de la indemnización antes de que se celebre el acto de conciliación administrativa genera un riesgo de tipo fiscal, por referencia a la hipótesis de que ese trámite no llegue a celebrarse por cualquier motivo.

Asistencia a los órganos de conciliación

Se mantiene en la LRJS la obligatoriedad de presentar una demanda o papeleta de conciliación (reclamación previa en determinados supuestos), pero ahora se potencia su relevancia desde la perspectiva tributaria.

Tratamiento fiscal de la indemnización

La Reforma ha incidido sobre la regulación del IRPF para asegurar la exención de las indemnizaciones abonadas desde el 12 de febrero de 2012 hasta el 7 de julio del mismo año mediante “despidos exprés”, pero surgen muchas dudas acerca del alcance que posea la exención de “las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato”.

Habida cuenta de la vigencia temporal de la redacción (12 febrero) y de la transitoria incorporada por la LRML, no queda claro si la exención se aplica solo cuando la improcedencia deriva de actuaciones judiciales o basta con su reconocimiento en sede administrativa. En puridad, la alternativa es errónea: la obligatoriedad de una indemnización no depende de la sede en que se establezca, sino de la concurrencia del supuesto legalmente previsto.

Parece que ha desaparecido la exención de las indemnizaciones en el caso de abono con anterioridad al acto de conciliación, pero ello es fruto de una interpretación doblemente errónea, heredera del pasado, y que conduce a que la exención pase por acudir al SMAC u órgano similar.

Tampoco es seguro que prevalezca el criterio de que los conflictos sobre retenciones a cuenta de IRPF planteados como cuestión incidental en ejecución de lo resuelto en sentencia firme de despido o en acto de conciliación judicial es competencia de la jurisdicción social (STS 24 noviembre 2009).

3. Despido objetivo de carácter individual

Se aborda seguidamente lo esencial de esta importante causa extintiva del contrato de trabajo, incluso respecto de algunos aspectos en los que no ha incidido la Reforma laboral, pero que conviene inventariar para lograr una visión de conjunto.

3.1. Regulación de las causas

A. Económicas

El artículo 52 c) ET prescribe ahora que el contrato de trabajo puede extinguirse cuando concurra “alguna de las causas previstas en el artículo 51” siempre que “la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo”.

Esa remisión perfecta e incondicionada y la radicación del control jurisdiccional en la jurisdicción social implica que los criterios sentados por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo son vitales para determinar en todo caso si concurre o no la causa. De forma indirecta, las previsiones reglamentarias del RD 1483/2012, regulando los despidos colectivos acaban influyendo en estos despidos individuales, especialmente a la hora de acreditar la concurrencia de la causa.

Concurre causa para el despido cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. La LRML aclaró que la disminución persistente del nivel de ingresos se ciñe a los ordinarios. En cuanto a los trimestres, se aclara, en línea con lo ya indicado, que han tomarse por referencia a los del mismo trimestre del año anterior.

La mayoría de los Tribunales interpreta el precepto a la luz de los criterios precedentemente sentados; la norma es nueva, pero su alcance se reconduce y acaba variando menos de lo esperado. La jurisprudencia viene indicando que esta causa se relaciona con los resultados (ingresos y gastos, costes y beneficios) y requiere cuatro requisitos: objetividad (no subjetivismos), actualidad (no antecedentes o futuribles), suficiencia (entidad) y persistencia (no coyuntural). Veamos alguna de tales pautas:

- El despido procede si contribuye a superar situaciones económicas negativas, aunque no se trate de medida absolutamente necesaria (STS 11 junio 2008).
- Las pérdidas relevantes no justifican por sí los despidos, debiendo ponderarse la razonabilidad, proporcionalidad y funcionalidad (STS 29 septiembre 2008).
- El cierre de empresa es causa válida de extinción si se dan las circunstancias económicas negativas, pudiendo recurrirse a este último precepto cuando la empresa tenga cinco o menos trabajadores (STS 25 noviembre 1999).
- La situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto o globalidad (STS 14 mayo 1998), de modo que cuando se acredita la existencia de grupo (en sentido laboral) ha de concurrir con tal alcance (STS 23 enero 2007).

- No es imprescindible que haya un Plan empresarial de viabilidad (STS 30 septiembre 2002).
- Concurre causa tras varios ejercicios con pérdidas cuantiosas y disminución importante del volumen de negocio, aunque haya perspectivas positivas (STS 17 septiembre 2012).
- Doctrina judicial relevante considera que no cabe acudir a despidos objetivos si aún está vigente una suspensión contractual por las mismas causas (STSJ País Vasco 27 marzo 2012).
- La amortización del puesto de trabajo no implica que desaparezcan las funciones, asumibles por otros trabajadores por el propio empresario (STS 15 octubre 2003).

B. Técnicas

Las causas técnicas, organizativas o de producción han de entenderse referidas a circunstancias sobrevenidas que guarden relación con la actividad, el funcionamiento o la organización interna de la empresa y que cumplan, asimismo, aquellos requisitos de objetividad, actualidad y suficiencia. Las causas técnicas concurren “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”, con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos. Si se piensa, su operatividad presupone una inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza la empresa, y que repercuten en los puestos de trabajo directamente vinculados a tales medios. La Reforma Laboral no ha incidido sobre este tema.

C. Organizativas

Concurren causas organizativas para el despido objetivo cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, aspecto este último que aporta la Reforma. Recordemos pautas interpretativas relevantes:

- La valoración se realiza en el ámbito (unidad productiva autónoma, departamento, sección, etc.) en el que es necesaria la amortización de un puesto de trabajo, y no respecto a la totalidad de la empresa (STS 21 julio 2003).
- La inicial permisividad a la hora de entender la descentralización de una parte del proceso productivo como causa de despido (STS 21 marzo 1997) ha dado paso a la necesidad de que acrediten problemas actuales de gestión (STS 31 mayo 2006) o pérdidas de eficiencia (STS 11 octubre 2006).
- No es causa válida la descentralización para aumentar el beneficio (STS 21 marzo 1997), debiendo enlazarse con el buen funcionamiento de la empresa (STS 23 enero 2008).
- Tampoco se considera procedente la extinción basada en la reunificación de redes comerciales tras la fusión de dos empresas (STS 23 enero 2008).
- Ni la fundada en el fin del contrato de arrendamiento de local, cuando existen puestos vacantes en otros centros, que simultánea o posteriormente pasan a cubrirse con la contratación de nuevos trabajadores (STS 29 noviembre 2010).

D. Productivas

Concurren causas productivas para el despido objetivo cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La actual referencia a la disminución de “ventas” como causa económica desconcierta y genera superposición, por más que alguna sentencia considere que la diferencia existe al tratarse aquí del resultado del proceso productivo.

- La causa es aplicable a la terminación anticipada de contratos de limpieza (STS 7 junio 2007).
- Es lícito el cese basado en la rescisión de la contrata en la que el trabajador prestaba sus servicios, sin que conste la existencia de vacante en la empresa donde poder reubicarlo (STS 8 julio 2011).
- La anulación judicial de un concurso de acceso a empleo público es causa de extinción (STS 28 mayo 2008).
- La finalización del contrato de arrendamiento del local y la dificultad de encontrar otro idóneo justifica el despido (STS 8 julio 2008).
- La reducción del objeto de la contrata es causa para el despido siempre que se trate de una medida racional y proporcionada (STS 31 enero 2013).

E. Inadaptación

La Reforma ha incidido de manera muy relevante sobre la causa de despido basada en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables”. Respecto de la anterior redacción se ha eliminado 1) La referencia a que hayan transcurrido como mínimo dos meses desde la introducción de la modificación, aunque el requisito se traslada y el resultado práctico acaba siendo similar. 2) La cautela de que la formación tenga una duración máxima de tres meses. 3) El término “equivalente” aplicado al salario, disipando la duda relativa a la naturaleza salarial de lo que la empresa abona durante la formación.

Pero también hay otros cambios: 1) Antes de despedir debe ofrecerse al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. Antes la formación a cargo de la empresa era voluntaria. 2) El despido no puede acordarse “hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación” o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación. 3) La formación dirigida a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo se considera en todo caso tiempo de trabajo efectivo. 4) Durante la formación se abona al trabajador su salario “medio”. 5) No puede acudir a esta extinción “en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional” (art. 39.3 ET).

F. Absentismo

Tras diversos vaivenes, el artículo 52.e) ET configura como causa de extinción las faltas de asistencia al trabajo,

aun justificadas pero intermitentes, en dos supuestos: a) que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles; b) que lleguen al 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Se ha eliminado de la Ley la referencia al absentismo total de la plantilla del centro de trabajo (antes de la Ley 35/2010, el 5%; después de ella el 2,5%) y se ha ampliado el cuadro de ausencias no computables: 1) huelga legal por el tiempo de duración de la misma, 2) ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores. 3) accidente de trabajo. 4) maternidad y paternidad; riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural; enfermedades causadas por embarazo; parto o lactancia. 5) licencias y vacaciones. 6) 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. 7) situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda. 8) ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. 9) La causa no opera para trabajadores en situación de exclusión social integrados en empresas de inserción (art. 14.2 de la Ley 44/2007, de 13 diciembre). Veamos criterios interpretativos:

- El despido realizado en atención a la morbilidad del trabajador que lo hace poco rentable para la empresa no es discriminatorio ni vulnera ningún derecho fundamental; el incumplimiento de las condiciones legales comporta su improcedencia, no la nulidad (STS 29 enero 2001).
- Las ausencias de duración inferior a 20 días computan, aunque se deban a la misma enfermedad (STS 24 octubre 2006).
- El porcentaje de ausencias que legitima el despido ha de concurrir en el conjunto de los (cuatro) meses (discontinuos) examinados, siendo indiferente que en alguno de ellos no se alcance (STS 5 octubre 2005).
- Los “meses” en que medir el absentismo se computan de fecha a fecha (STS 9 diciembre 2010).

G. Ejecución de Planes o Programas públicos

El art. 52 e) ET, fruto de la Reforma, aborda la extinción de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista. La novedad consiste en excluir de la causa extintiva a la Administración que haya contratado empleados en régimen laboral e introducir la referencia a esas AAPP como origen de la financiación.

3.2. Procedimiento formal

El despido objetivo puede acordarse por la empresa dentro del año siguiente a concurrir las causas (plazo general de

prescripción, aplicado jurisprudencialmente ante la desidia legislativa) y ha de cumplir cuatro requisitos formales básicos: 1) Notificarse mediante escrito. 2) Ir acompañado del abono de la indemnización. 3) Observar un preaviso de 15 días. 4) Dar copia de la carta a los representantes legales de los trabajadores (RLT).

A. Carta de despido

La empresa que despide ha de entregar “comunicación escrita al trabajador expresando la causa”. Esta carta de despido debe expresar los hechos en que se basa y la fecha de efectos del despido.

Aunque no se requiere descripción exhaustiva de los hechos sí es imprescindible su indicación clara y concreta. Es irregular el despido objetivo que no concreta suficientemente en la comunicación escrita la causa en que se basa (STS 30 marzo 2010); no obsta a esta calificación el hecho de la empresa hubiera reconocido inmediatamente la improcedencia del despido (STS 10 noviembre 2011).

La cuestión es muy casuística; por ejemplo, en una extinción de contrato por causa objetiva de ineptitud sobrevenida, la comunicación de cese puede contener limitaciones impuestas por el necesario respeto al derecho fundamental del trabajador a su intimidad y no por ello el cese debe calificarse como improcedente (STS 22 julio 2005).

B. Indemnización

Conforme al artículo 53.2.b), no afectado por la Reforma, un requisito del despido objetivo consiste en poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Excepción a tal deber surge cuando la extinción se funde en causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior; en tal caso, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

Nótese que a decisión extintiva es improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o se incumplan los requisitos de forma, pero el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar el diferencial.

- La indemnización legalmente prevista debe ponerse a disposición del trabajador simultáneamente con la entrega de la carta de despido, por lo que una demora, aunque sea mínima, en su entrega provoca la improcedencia del cese (STS 2 noviembre 2005).
- Poner a disposición la indemnización implica que en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido y

sin solución de continuidad, sin precisión de otro trámite ni de cualquier otro quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario (STS 29 abril 1988).

- La insuficiencia económica de la indemnización entregada al trabajador junto con la comunicación de cese comporta la improcedencia de la extinción acordada por la empresa (STS 26 julio 2005).
- Si la empresa aporta documentación que acredita razonablemente sus dificultades económicas para la puesta a disposición de la indemnización, al trabajador corresponde demostrar lo contrario (STS 21 diciembre 2005).
- Es válida la puesta a disposición de la indemnización mediante la entrega de cheque bancario simultáneamente con la comunicación de cese (STS 10 mayo 2010); también el pago que se realiza mediante transferencia bancaria al trabajador, en fecha anterior a la efectividad del cese (STS 5 diciembre 2011).
- Es excusable el error consistente en haber tomado como salario regulador de la indemnización el percibido por trabajadora con jornada reducida por cuidado de hijo (STS 24 octubre 2006), criterio que hoy probablemente sería diverso.
- Es inexcusable que la empresa haya omitido, en el cómputo de la antigüedad del trabajador para el cálculo de la indemnización, los servicios prestados al amparo de un contrato de trabajo en prácticas (STS 25 octubre 2006).

Cuestiones complementarias.- 1ª) Ante la falta de puesta a disposición de la indemnización por falta de liquidez acreditada, es irrelevante, a efectos de calificación del cese, que la cuantía que consta en la carta de despido sea notoriamente inferior a la reconocida en la sentencia de instancia (STS 13 marzo 2012). 2ª) Los problemas de liquidez que impiden a la empresa poner a disposición del trabajador la indemnización junto con la comunicación de cese deben ser probados por aquélla, y no le basta con acreditar la causa económica invocada para despedir (STS 25 enero 2005).

TRATAMIENTO FISCAL

Están exentas del IRPF las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

En los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

C. Preaviso

Un tercer requisito del despido objetivo es la concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción

del contrato de trabajo, conforme dispone el inmodificado art. 53.1.c ET. Suele explicarse que la finalidad del plazo es que el trabajador conozca con antelación la extinción del contrato y pueda proceder en su caso a la búsqueda de nuevo empleo; en muchos casos es claro que la función prevista carece de sentido (la búsqueda de empleo no se realiza como la norma presupone) o ya se cumplió (si se comunica una extinción derivada de despido colectivo). Aspectos legales o jurisprudenciales de interés:

- Aunque el contrato no se haya extinguido, el trabajador puede demandar por despido dese que recibe la comunicación empresarial de preaviso (art. 121 LRJS), sin que haya comenzado a discurrir el plazo de caducidad.
- Durante preaviso el trabajador tiene derecho a seis horas semanales de permiso retribuido para buscar nuevo empleo (art. 53.2 ET), sin que ello enerve la acción de despido o comporte conformidad con la decisión empresarial (art. 121.2 LRJS).
- El permiso del trabajador se reconoce a “su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera” (art. 53.2 ET), previsión tan bienintencionada cuanto disfuncional (al recaer el coste sobre empresa tercera).
- La retractación empresarial producida tras la comunicación del cese por causas objetivas no vincula al trabajador, quien mantiene la acción para impugnar el despido, aunque a éste haya seguido otro contra el cual no reaccionó (STS 8 noviembre 2011).
- Cualquiera que sea la calificación judicial del cese por causas objetivas, la omisión del plazo de preaviso comporta para la empresa la obligación de abonar la indemnización sustitutoria prevista en el art. 53.1.c) ET, no pudiendo descontar del importe de los salarios de tramitación la cuantía correspondiente al plazo de preaviso inobservado (STS 10 noviembre 2011).

D. Comunicación a los representantes de los trabajadores

De forma imperfecta, el art. 53.1.c ET exige que se entregue copia “del escrito de preaviso” a la representación legal de los trabajadores, aunque la jurisprudencia advierte que la obligación alude realmente a la carta de despido, sin que a estos efectos sea válida la comunicación verbal (STS 7 marzo 2011).

3.3. Referencia al FOGASA

El Preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012 establecía que “en orden a un tratamiento legal más razonable de los costes vinculados a la extinción del contrato de trabajo, la presente Ley modifica el régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial, racionalizando su ámbito de actuación, ciñéndolo al resarcimiento de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos que tengan lugar en empresas de menos de 25 trabajadores y no hayan sido declaradas judicialmente como improcedentes”. Dicho en positivo: el Fondo asume el pago de ocho días de salario por año de servicio, pero sólo

en extinciones procedentes si el contrato es indefinido y la empresa tiene menos de 25 trabajadores. Las consecuencias de esta nueva regulación son básicamente dos:

- Desaparece el automatismo en el abono de una parte de la indemnización, al excluirse los supuestos de improcedencia. Se descarta la responsabilidad directa del FOGASA no sólo cuando se declara la improcedencia del despido en conciliación (administrativa o judicial) o mediante sentencia sino en cualquier supuesto de decisión extintiva improcedente.
- El procedimiento exige a la empresa (no al trabajador) resarcirse frente al FOGASA solicitando el abono de los 8 días. Por consiguiente, la empresa no puede descontar del montante indemnizatorio la cuantía correspondiente a estos días, con lo que de manera inmediata se encarece para ella el coste del despido.

Uno más de los muchos vaivenes experimentados por esta materia condujo a que la Ley 3/2012 especificara que el Fondo “abonará al trabajador” la parte de la indemnización reseñada, eliminando así la carga empresarial de anticipar e instar el resarcimiento.

Por otra parte, el RD-L 20/2012 modificó con intensidad varios apartados del art. 33 ET, en el sentido que se indica a continuación: 1º) Se reduce de 150 a 120 días el límite de la responsabilidad general del FOGASA por salarios, incluidos, cuando procedan, los de tramitación (nuevo art. 33.1 ET). 2º) Se reduce del triple al doble del SMI el límite del salario diario a los efectos de determinar la responsabilidad indemnizatoria del FOGASA en supuestos de extinción del contrato por causas económicas y análogas (nuevo art. 33.2 ET), incluidos los acuerdos alcanzados en el seno de los procedimientos concursales (art. 33.3.Segunda ET).

De este modo, para las indemnizaciones por extinción contractual reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa se establece un límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del SMI. Previsiblemente, son válidos los siguientes criterios interpretativos:

- El Fondo sólo responderá de las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa, no si derivan de conciliaciones administrativas o judiciales (STS 14 julio 2010). Tal criterio debe mantenerse pese al tenor de la STJCE de 12 diciembre 2002 (STS 23 noviembre 2005).
- Las cantidades reconocidas en conciliación administrativo en concepto de “saldo y finiquito” no desencadenan la responsabilidad administrativa del Fondo (STS 22 enero 2008).
- El límite del doble del SMI que establece el art. 33.2 del ET es aplicable a la indemnización por despido objetivo ex. art. 52.c) ET que debe abonar el FOGASA, contemplada en su totalidad (responsabilidad directa y subsidiaria) (STS 18 noviembre 2005).
- En el momento del pago, no procede el descuento del 40% de la indemnización a abonar al trabajador, lo cual tiene incidencia en la determinación de si ha habido o no error excusable en la cuantía puesta a su disposición.

La misma reducción en el módulo diario que puede tomarse en cuanta para que el FOGASA abone salarios pendientes, se traslada por el RDL 20/2012 a las indemnizaciones por extinción contractual reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa: se establece un límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del *doblo del SMI* (hasta antes del RDL era el triple), incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En paralelo, también se disminuye el importe máximo que puede abonarse en las extinciones contractuales acordadas en el procedimiento concursal: se calcularán sobre la base de 20 días/año, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del *doblo del SMI* (hasta el RDL 20/2012 era el triple), incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Y el artículo 33.8 ET asume, para el caso de responsabilidad directa que ahora interesa, el traslado automático de esos límites, por lo que cuando el módulo diario a efecto de indemnización supere el doble del SMI es seguro que a la empresa le corresponde abonar una cuantía adicional a la de los doce días por año de servicios.

4. El control judicial de los despidos objetivos

La extinción del contrato de trabajo se consolida como precedente si el trabajador acepta la medida empresarial. En caso contrario, dentro del plazo de caducidad de veinte días posteriores a la producción de sus efectos, cabe la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Social (previa conciliación o reclamación administrativa previa).

La Reforma quiso normalizar este tipo de despido identificando los supuestos de procedencia: “La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente” (art. 53.4 ET). No hay modificación sustantiva, pero se mejora notablemente la redacción, superando prejuicios.

A. Despidos objetivos clásicos

Respecto de la redacción anterior, la principal novedad afecta a la supresión de la exigencia a la empresa de “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”. Ahora, igual que antes, la valoración de las circunstancias concretas de la empresa corresponde, en principio, al empresario, debiendo el juez limitarse a juzgar la razonabilidad del despido, aplicando el estándar de conducta del buen empresario (STS 15 octubre 2003).

El despido objetivo es improcedente cuando no se acredita la causa alegada por el empresario o se incumple alguno de los requisitos formales, incluido el de puesta a disposición del trabajador de la indemnización pertinente (art. 53.4 ET) y comporta la condena al empresario en los mismos términos que en el despido disciplinario, compensando, en su caso la indemnización percibida con la que fije la sentencia (art. 123.4 LRJS).

Si se opta por la readmisión el trabajador habrá de proceder a la devolución de la indemnización “una vez firme la sentencia” (art. 53.5 ET) y la empresa al abono de salarios de tramitación.

Respecto de los despidos calificados como nulos, hay que realizar una remisión a lo previsto para los disciplinarios.

B. Despidos objetivos derivados de un despido colectivo

El artículo 51.4 ET prescribe que, una vez cumplidos los trámites legales previstos, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, “lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley”.

Interesa recalcar que la doctrina judicial mayoritaria está exigiendo los mismos estándares de cumplimiento de los requisitos generales en estos casos: abono de la indemnización, descripción de los hechos, preaviso, comunicación a la RLT. De este modo, el despido colectivo se particulariza tantas veces cuantos sean los afectados y sus trámites previos no minoran la intensidad de los ulteriores.

Bibliografía

- ARBONÉS LAPENA, H.I. (2013): "Acumulación de acción por despido y reclamación de cantidad", *Aranzadi Social* 10, BIB 2013\317.
- BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M., GOERLICH PESET, J.M., ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T. (2012): *La reforma laboral en el Real Decreto - Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch.
- DESDENTADO BONETE, A. (2012): "Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales", *Actualidad laboral* 17-18.
- FALGUERA BARÓ, M.A. (2013): *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo.
- GARCÍA MIGUELES, M.P. (2012): "Controvertida interpretación de los Tribunales sobre el reconocimiento o no de los salarios de tramitación por despidos improcedentes producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral (Real Decreto-Ley 3/2012). SJS núm. 2 León 20 febrero 2012 (AS\2012\215)", *Aranzadi Social* 3, paraf. 22/2012, BIB\2012\1009.
- GARCÍA MURCIA, J. y MONTROYA MELGAR, A. (2012): *Comentario a la Reforma laboral de 2012*, Civitas.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2012): "La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos", *Actualidad laboral*, 9.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (2012): "¿El juez al enjuiciar un despido producido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 y calificarlo de improcedente, debe condenar al pago de los salarios de tramitación si la opción fuese la indemnización?: primeros ecos jurisprudenciales de la reforma laboral 2012", *Justicia laboral* 50.
- GONZÁLEZ ELEJABARRIETA, B. (2012): "El despido declarado improcedente con posterioridad a la reforma: efectos", *Aranzadi Social* 3, paraf. 23/2012, BIB 2012\1010.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2012): "La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 115.
- LAHERA FORTEZA, J. (Coord.) (2012): "Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas", Bomarzo.
- LÓPEZ BALAGUER, M. (2012): "La nueva indemnización por despido improcedente: aplicación y forma de cálculo. Auto JS Pamplona 22 marzo 2012 (AS 2012, 866)", *Aranzadi Social* 4, BIB 2012\1197.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (2012): *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (2ª Edición)*, Aranzadi.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2012): *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova.
- MIRÓ MORROS, D. (2012): "La problemática del devengo de los salarios de tramitación cuando el despido ha tenido lugar antes de la entrada en vigor de la reforma laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 842, BIB 2012\902.
- ORTEGA PRIETO, E y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: *La Reforma Laboral 2012*
- ROJAS ARAGÓN, F.J. y CEGARRA CERVANTES, F.J. (2012): "Problemas en la aplicación de la reforma laboral de 2012 a los procesos sobre despido surgidos con anterioridad a su entrada en vigor", *Aranzadi Social* 5, paraf. 37/2012. BIB 2012\2766.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2012): "Indemnización por despido improcedente. La nueva indemnización por despido tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012)", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* 154.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2012): *Reforma Laboral 2012*, Aranzadi.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. "La eliminación de salarios de tramitación y su ajuste constitucional (2002 y 2012)", *Revista Aranzadi Doctrinal* 2: 197-210.