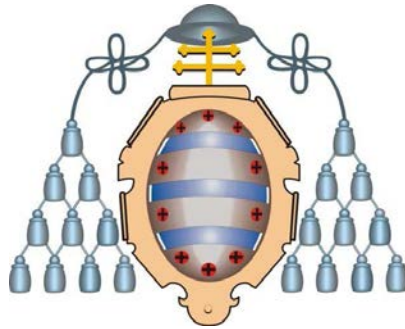


UNIVERSIDAD DE OVIEDO



MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

CURSO 2013/2014

TRABAJO FIN DE MÁSTER

La flexibilización del despido en las últimas reformas laborales

Director: Ignacio González del Rey

Alumna: Andrea Matador Aguilera

Oviedo, 2014

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Introducción.

2. La permanente reforma del estatuto de los trabajadores

3. Contexto de la reforma laboral de 2012

3.1 Crisis económica y de empleo

3.2 Objetivos de la reforma laboral de 2012

4. Despido colectivo

4.1 Causas

4.2 Procedimiento

4.3 Despido colectivo en Administraciones Públicas

4.4 Jurisprudencia del Tribunal Supremo

5. despido individual

5.1 Causas de despido objetivo

5.2 Despido exprés

6. Consecuencias económicas del despido

6.1 Salarios de tramitación

6.2 Indemnizaciones

7. Las disparidades de los informes del mercado de trabajo

1. Introducción

La innegable influencia que los ciclos económicos tienen sobre el mercado de trabajo hace que sea cada vez más frecuente que el legislador aborde sucesivas reformas de su normativa reguladora, pretendiendo de este modo combatir las crisis económicas y de empleo.

Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se termina por el momento un trienio de reformas laborales recientes de medidas urgentes que tiene su comienzo en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y su continuidad en el Real Decreto 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Las tres van a modificar instituciones esenciales, que han sido y son definitorias del modelo de relaciones laborales que ha sido desarrollado en nuestro país desde la aparición del Estatuto de los Trabajadores en 1980, siendo el desencadenante de este “trienio reformador” la profunda crisis económica surgida a partir de 2008. Si bien, no sólo ha sido fundamental la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, sino que también debemos mencionar el importantísimo Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y de Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada y el posterior Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Según el propio Gobierno, en el caso de la reforma laboral de 2012 se afronta una situación de gran gravedad y sin precedentes que evidencia la insostenibilidad del modelo español de relaciones laborales.

Se trata de una reforma amplia, que abarca múltiples aspectos de nuestro mercado de trabajo, y ciertamente profunda, en tanto que ha cambiado sustancialmente reglas e instituciones que lastraban la modernización de nuestras relaciones laborales en comparación con otros países de nuestro entorno.

El objeto principal de este trabajo, se centra en uno de sus ejes básicos que es la flexibilidad. En dicho ámbito se introducen importantes novedades tanto en la flexibilidad interna (márgenes y mecanismos de adaptación de las condiciones de

trabajo a la situación económica y productiva empresarial y del mercado), como en la externa (ajustes mediante la extinción de contratos de trabajo).

Más en concreto, en lo que a flexibilidad externa se refiere (ajuste en el volumen de empleo) analizaré las medidas llevadas a cabo en esta reforma en materia de despidos, donde se abarcan importantes modificaciones en el régimen jurídico del despido colectivo, haciendo desaparecer del procedimiento para su adopción, la autorización administrativa en los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE), además de introducir otras notables modificaciones en la definición de los aspectos causales. También se introducen modificaciones puntuales en la regulación de las extinciones por causas objetivas relacionadas con las modificaciones técnicas producidas en los puestos de trabajo y con el absentismo justificado de los trabajadores. En relación con los despidos improcedentes se reduce con carácter general el importe de las indemnizaciones y se eliminan los salarios de tramitación cuando el empresario opta por indemnizar al trabajador y este no es representante de los trabajadores.

Este grupo de medidas quizás sea el que mayor trascendencia ha tenido en la opinión pública, debido a las graves consecuencias que los despidos, por una u otra causa, están teniendo para los trabajadores en España hoy en día, donde el número de familias con la totalidad de sus miembros en el paro ha ido incrementándose cada vez más. Por otra parte han sido numerosas las reformas laborales que han mostrado aspectos relacionados con el despido y con otras modalidades extintivas del contrato de trabajo, siempre con el efecto de la polémica resultante.

En relación con ambos conceptos de flexibilidad (interna y externa), parece que la norma dará preferencia a la flexibilidad interna sobre la externa. Además, intenta explicar que configura el despido como la última medida en las situaciones de crisis, flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de empleo, es decir, reducciones temporales de salario o de jornada como alternativa al despido.

2. La permanente reforma del Estatuto de los Trabajadores.

Las modificaciones en la normativa laboral son una circunstancia habitual y casi consustancial al ordenamiento laboral, hasta el punto de que desde distintos ámbitos se ha venido utilizando la expresión “reforma permanente”¹ para referirse a este constante movimiento legislativo. Desde 1980 se han producido en España más de 52 reformas del Estatuto de los Trabajadores, unas de gran calado, y otras de menor intensidad, pero que afectan a la norma esencial que establece el marco regulador de las relaciones laborales, tanto en su dimensión individual como colectiva². Los sucesivos gobiernos casi siempre se han encontrado con tasas de desempleo por encima de la media europea (en los últimos 30 años el paro ha crecido por encima del 20% en tres ocasiones) y, por eso, se ha recurrido a diferentes fórmulas para introducir conceptos como flexibilidad, temporalidad, abaratamiento del despido, etc.

Tras la aprobación en el Congreso, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores fue publicada en el BOE el 14 de marzo de 1980.

El ET ha sido la referencia de todas las modificaciones que se han producido hasta la fecha, trataba de reformar el modelo de relaciones laborales de los últimos años y en concreto se basaba en el protagonismo de la autoridad laboral interviniendo en muchos asuntos referentes a las condiciones de trabajo.

El ET constituye uno de los tres pilares legislativos sobre el que descansa el sistema de relaciones laborales de la democracia, junto con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (reconfigurado por la STC 11/1981, de 8 de abril)³.

El ET ha estado sometido a constantes reformas ya desde 1980, también y especialmente en materia de despido. Así, la Ley 10/1994 de 19 de mayo de medidas urgentes de fomento de la ocupación amplió las posibilidades de despido, estableciendo nuevas causas de despido objetivo (las de organización y de producción que se añadían

¹ Coscubiello, J. y Rojo, E., *Treinta años de reformas laborales en España*. Cristianisme y Justicia, Barcelona, mayo 2012.

² Informe Fundación 1º de mayo, *52 reformas desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980*, febrero 2012.

³ Coscubiello, J. y Rojo, E. *Treinta años de reformas laborales en España*. Cristianisme y Justicia, Barcelona, mayo 2012.

a las económicas, tecnológicas y por fuerza mayor, ya existentes) y agilizando y reduciendo la duración de la tramitación de los despidos colectivos por expedientes de regulación de empleo.

Pero en esta reforma de 1994 el cambio más notable en esta materia fue el considerar como despido individual procedente con base en las citadas causas objetivas, siempre que en un período de noventa días no se superase el 10% de la plantilla, mientras que en la situación anterior sólo era posible despedir a un trabajador en las empresas de menos de 50 trabajadores por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado.

Más adelante, la Ley 63/1997 de 26 de diciembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida creó el contrato indefinido de fomento del empleo, con un coste por despido de 33 días de salario por año trabajado, frente a los 45 de aquel momento y dirigido a jóvenes, mujeres y mayores de 45 años.

A continuación, el Real Decreto Ley 5/2002, de 25 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad introdujo una reforma de gran relevancia en relación con la extinción individual del contrato indefinido, con la eliminación de los salarios de tramitación en los procesos judiciales de los despidos, lo que de facto supuso una reducción del coste de despido. Por otra parte, también se impuso una indemnización de 8 días para la finalización de determinados contratos temporales y se dejó de bonificar las conversiones de temporales a indefinidos, excepto en el caso de los contratos formativos, así como a los colectivos menores de 30 años.

En una dirección diferente, de la promoción de la estabilidad en el empleo, la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo obligaba a las empresas en algunos casos a hacer fijos a los trabajadores con dos o más contratos temporales. Por otra parte, se subvenciona la conversión de contratos temporales en indefinidos y se permite que los contratos eventuales firmados antes de 2008 pasen a fijos mediante una reducción de la indemnización por despido improcedente a 33 días por año.

Por último, la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introdujo algunos puntos clave como son: Se facilita el descuelgue de las revisiones salariales a las empresas que permite a éstas no aplicar las subidas salariales pactadas en los convenios colectivos. Se minimizan las alegaciones pertinentes para declarar la extinción de los contratos por causas objetivas. No habrá que justificar problemas económicos existentes, sólo estimación empresarial de que puede haberlos. Se recortan a 15 los días de preaviso para extinciones o modificaciones de contrato, antes 30 días. Se elimina la nulidad del despido por falta de forma en el despido objetivo, pasando a ser improcedente. Esto transforma la obligación de readmitir al trabajador con salarios de tramitación en un despido con indemnización barata. Por último, se abre la posibilidad de modificar la distribución de la jornada, incluyéndose, eso sí, dentro de los casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo para que puedas solicitar el despido.

Como puede constatarse, los contenidos de esas reformas son diferentes, pese a que nunca falta en ellas la regulación del contrato laboral. Pero hay un hilo conductor siempre presente, y es la motivación jurídica y política que las justifica: desde 1984 todas son presentadas como instrumentos para promover la creación de empleo y reducir el paro.

En todo caso, la continua presencia de factores de índole económica y financiera en el origen de las distintas reformas de la normativa laboral, la reiteración de sus elementos justificativos, presuntamente derivados de las diferentes crisis económicas, y el también persistente reconocimiento de la ineficacia que, en esos términos estrictamente financieros y económicos, han tenido la mayoría de las reformas anteriores, hace que se haya suscitado el debate sobre la necesidad de las reformas laborales y muy significativamente sobre la efectividad que la modificación de la regulación de la relación laboral pueda tener en la superación de problemas estructurales o coyunturales de naturaleza no estrictamente laboral⁴.

4 Coscubiello, J. y Rojo, E., Treinta años de reformas laborales en España. Cristianisme y Justicia, Barcelona, mayo 2012.

3. Contexto de la reforma laboral de 2012.

3.1. Crisis económica y de empleo

La crisis financiera de 2008 ha golpeado con mayor o menor intensidad a todos los países de Europa, pero es en España donde, con una caída del PIB similar, el incremento del paro ha sido mayor. La cifra de paro arrojada por la Encuesta de Población Activa (EPA) el cuarto trimestre de 2011 es de 5.273.600 personas, el incremento de la tasa de paro se sitúa en el 22,85% en esta fecha, y en el caso de los jóvenes menores de 25 años se halla próxima al 50%.

El incremento del desempleo de larga duración ha supuesto que su duración media alcance los 14,8 meses, 5,2 puntos por encima de la media de los países de la OCDE.

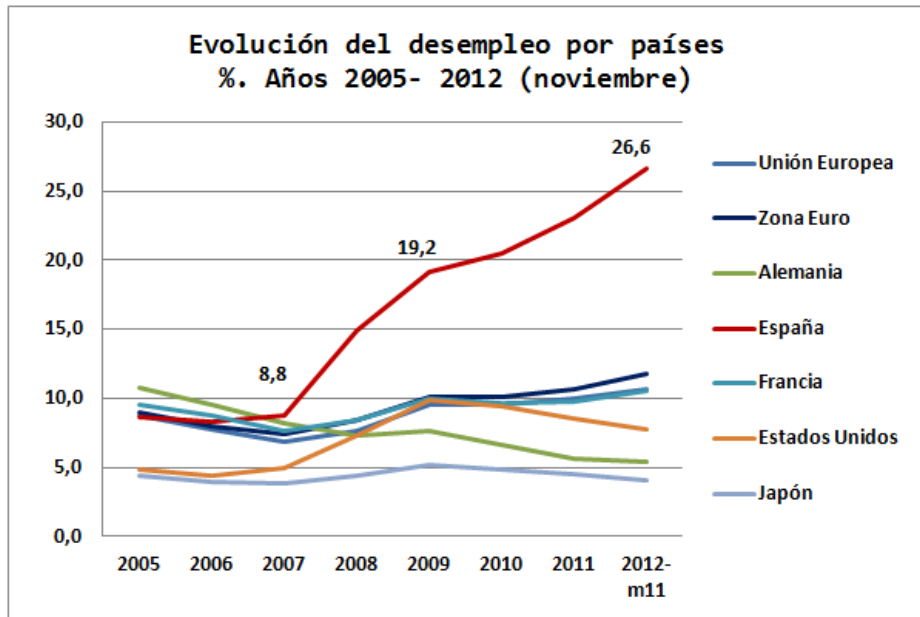
La tasa de temporalidad se situaba cerca del 25%, 11 puntos por encima de la media de los 27 países de la Unión Europea.

La caída de la afiliación a la Seguridad Social ha supuesto que desde diciembre de 2007 se hayan perdido casi 2,5 millones de afiliados, lo que representa un descenso en la afiliación del 12.5 %, dato al que hay que sumar el significativo aumento en el gasto mensual en prestaciones por desempleo, que se ha duplicado en los últimos años⁵.

Todos estos datos confirman la grave situación en la que se encontraba España en el periodo inmediatamente anterior a la reforma laboral 2012. A continuación, se analizan a través de los siguientes diagramas.

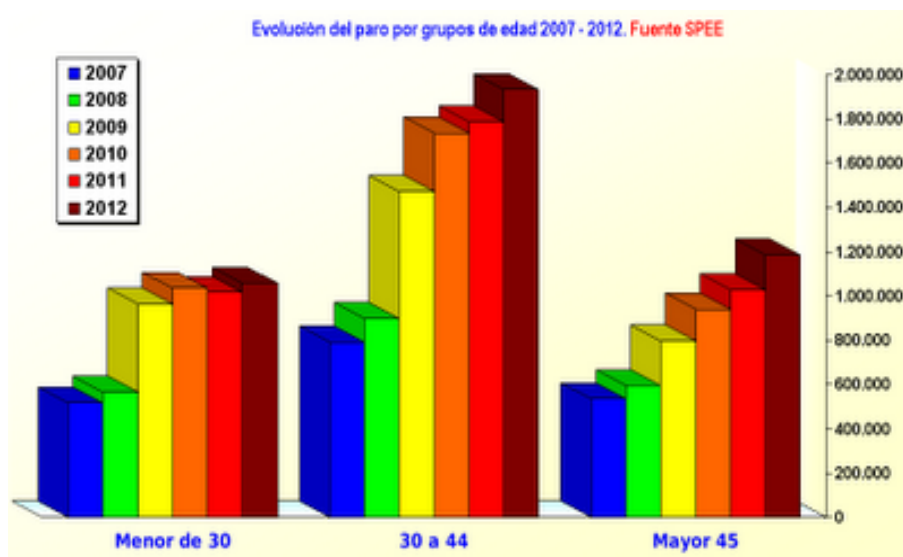
En el primer diagrama se puede observar y comparar la evolución de las tasas de desempleo de algunos países y áreas económicas de la geografía mundial. En él, destaca, como España supera en el 2012 el 25% de la tasa de desempleo, al contrario de lo sucedido en Alemania, Estados Unidos o Japón, cuyas tasas han cerrado 2012 por debajo del 10%, concretamente en el 5,4%, 7,8% y 4,1%, respectivamente.

⁵ VV. AA., *Reforma laboral 2012: colección jurídica*, Valbuena (Adams), Madrid.2012, p. 24-28.



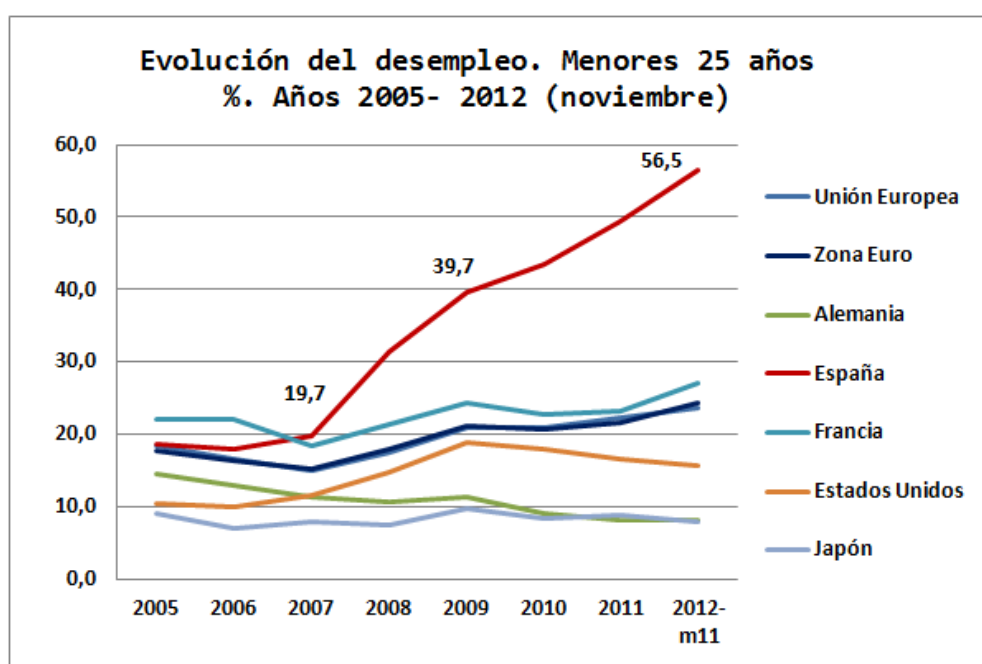
Fuente: blog de economía el Captor. <http://www.elcaptor.com/2013/01/evolucion-desempleo-espana-europa.html>.
 Datos: Eurostat

En el segundo diagrama se observa como la evolución del paro afecta a los diferentes grupos de edades, desde 2007 hasta 2012, constatándose claramente que el grupo de edades más afectado es el de 30 a 44 años, llegando en el 2012 a 2 millones.



Fuente: <http://orientados.psicologodesevilla.com>
 Datos: SPEE

En el tercer diagrama se constata la evolución del paro en menores de 25 años en España y otros países. La tasa de temporalidad entre los jóvenes es más alta y por eso son los primeros trabajadores de los que prescindien las empresas. Pero es más, como la crisis se ha prolongado, los primeros trabajadores con contrato indefinido “sacrificados” han sido también mayoritariamente jóvenes y no porque sean menos productivos que los trabajadores de más edad y con mayor antigüedad, sino simplemente porque son los últimos que han entrado en la empresa, y por lo tanto los que suponen un menor coste de indemnización por despido⁶.



Fuente: blog de economía el Captor. <http://www.elcaptor.com/2013/01/evolucion-desempleo-espana-europa.html>.

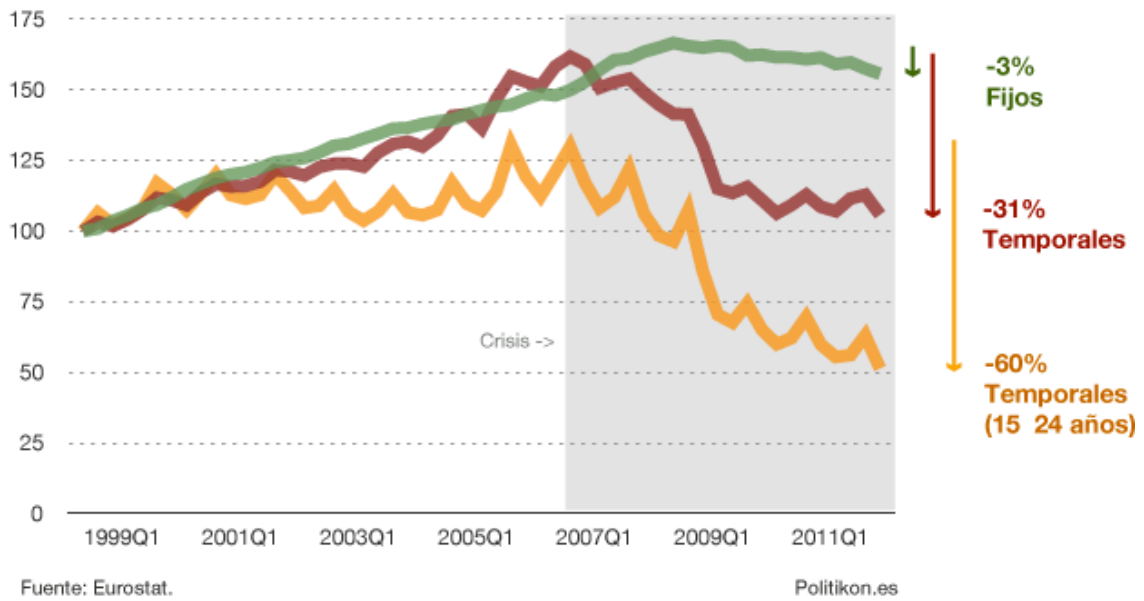
Datos: Eurostat

En el cuarto y último diagrama se puede ver la destrucción de puestos de trabajo, desprendiéndose que con la crisis, desde 2007, la destrucción de empleo ha sido 10 veces mayor para trabajadores temporales que para los fijos. Por esta razón, se pretende limitar la temporalidad y la dualidad.

⁶ VV. AA. *Reforma laboral 2012: colección jurídica*, Valbuena (Adams), Madrid.2012, p. 24-28.

Dualidad: la crisis de trabajadores fijos y temporales

Número de trabajadores (normalizado 100 a 1998)



Fuente: <http://politikon.es/2012/03/22/la-dualidad-la-crisis-de-trabajadores-fijos-y-temporales>
Datos: Eurostat

2.2 Objetivos de la reforma laboral de 2012

La reforma que propuso el Gobierno perseguía, según se explica en el propio RDL 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, ambas de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la superación de los problemas estructurales que se identifican en nuestro mercado de trabajo mediante la aportación de tres valores básicos: confianza, seguridad y flexibilidad.

La reforma laboral 2012 tiene por objeto establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país.

El gobierno recoge en 11 los objetivos de esta reforma:

- 1) Frenar en el corto plazo la sangría de destrucción de empleo que está sufriendo España.
- 2) Poner las bases para la creación de empleo estable cuanto antes.
- 3) Apostar por el empleo de calidad que rompa la dualidad del mercado de trabajo.
- 4) Poner en marcha mecanismos efectivos de flexibilidad interna en las empresas para promover el mantenimiento del empleo.
- 5) Modernizar la negociación colectiva para acercarla a las necesidades específicas de empresas y trabajadores.
- 6) Reconocer un nuevo derecho individual de los trabajadores a la formación.
- 7) Elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes y los parados de larga duración.
- 8) Sumar los esfuerzos de todos aquellos que pueden colaborar en la búsqueda de un puesto de trabajo.
- 9) Apoyar a los autónomos y a las pymes, proporcionando mayor flexibilidad y capacidad de adaptación.

10) Reforzar los mecanismos de control y prevención del fraude en el cobro de las prestaciones por desempleo.

11) Combatir el absentismo laboral injustificado.

Para el cumplimiento de estos objetivos y la superación de los problemas anteriormente descritos, se elabora primero el Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y después, con escasas alteraciones, la Ley 3/2012 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde se recogen una serie de medidas estructuradas de la siguiente manera:

-Medidas destinadas a favorecer la empleabilidad de los trabajadores, que afectan a las siguientes materias: Intermediación laboral, formación profesional y contrato para la formación y el aprendizaje.

-Medidas dirigidas a fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo, que afectan a las siguientes materias: Contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, contrato a tiempo parcial, contrato a distancia y bonificaciones por estabilización del empleo temporal.

-Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, que afectan a las siguientes materias: Clasificación profesional, movilidad funcional, distribución irregular de la jornada, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, negociación colectiva y reducción de jornada.

-Medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, que afectan a las siguientes materias: Encadenamiento de contratos temporales, despido colectivo, extinciones por causas objetivas, despido improcedente y Fondo de Garantía Salarial.

-Las reformas sustantivas de la normativa laboral citada requieren de la correlativa modificación de los preceptos adjetivos contenidos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), adaptando así el tratamiento procesal de dichas instituciones.

4. Despido Colectivo.

Con el objetivo de incrementar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, la reforma laboral de 2012 recoge una serie de medidas que van referidas esencialmente a la extinción del contrato, con particular incidencia en el régimen jurídico del despido colectivo.

4.1 Causas.

La reforma laboral de 2012 lleva a cabo medidas muy relevantes en el régimen jurídico de los despidos colectivos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (desarrollado por el Real Decreto 1438/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), ya modificado anteriormente por la Ley 35/2010.

La reforma laboral de 2012 no modifica el concepto de despido colectivo, pues continúa definiéndose como la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: diez trabajadores, en las empresas que tengan menos de cien trabajadores, el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que haya entre cien y trescientos trabajadores y treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Hasta aquí se puede decir, que no ha habido variaciones en cuanto al ámbito de aplicación del procedimiento de despido colectivo respecto a la anterior regulación manteniéndose intacto el objeto de aplicación.

En cuanto a las causas se introducen dos cambios muy significativos, que afectan por un lado a las circunstancias desencadenantes de la situación de crisis, y por otro, a la justificación de la medida.

Respecto a las primeras, se considera causa económica la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios (especifica la Ley 3/2012) o de ventas (antes de la reforma laboral sólo de ingresos), entendiéndose que esta disminución merece el calificativo de “persistente” si durante 3 trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior (término comparativo no contemplado por el RDL 3/2012). La nueva norma al diseñar y precisar más concretamente qué debe entenderse por causa económica, ha descargado a

los tribunales de la necesidad de apreciar la razonabilidad de la medida extintiva propuesta y de cómo ésta tiende a mejorar la situación económica de la empresa⁷. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.

Respecto de las técnicas, concurre este tipo de causa cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.

En cuanto a las organizativas, concurre este tipo de causa cuando se producen cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción⁸.

Y en relación con las causas productivas, concurre este tipo de causa cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado.

En definitiva, se ha unificado el concepto legal de la causalidad de los despidos colectivos y se configura como una medida de gestión para garantizar las ganancias del empresario⁹. Se limitan a la acreditación de las causas alegadas, eliminándose toda referencia legal a que la empresa deba justificar que de su concurrencia se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva que puede originar un despido colectivo.

4.2 Procedimiento.

Resulta de la conexión íntima de dos fases bien diferenciadas que deben sucederse en el tiempo, la fase que podemos denominar colectiva y la fase que puede denominarse individual.

⁷ STSJ Madrid, núm. 475/2012 de 11 julio 2012 "*Ha desaparecido de la redacción legal la referencia a que los resultados desfavorables puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo, y asimismo se ha suprimido la necesidad de justificar que de esos resultados se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*". Lo que conlleva que con la acreditación formal de la primera de las premisas enunciadas, la existencia de resultados desfavorables, puede articularse la extinción objetiva.

⁸ A.N. núm. 97/2012, de 14 de septiembre 2012. "*Concurre causa organizativa en tanto que se ha acreditado claramente que la empresa tiene un excedente de mano de obra más cualificada que la exigida para los puestos de trabajo de nueva creación, creados hasta la fecha de los despidos*"

⁹ Moisés V.A., *El proceso del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012*, Mayo 2013.

Sin duda una de las reformas más importantes que ha implicado la incorporación de la nueva redacción del artículo 51 ET y su desarrollo mediante el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, referente al procedimiento del despido colectivo, es la desaparición de la autorización administrativa en la regulación de los Expedientes de Regulación de Empleo. En la nueva redacción del artículo 51 ET ya no se condiciona el despido colectivo a la autorización de la autoridad laboral, sino que se dice que el procedimiento de despido colectivo comienza con la comunicación a los representantes legales de los trabajadores por parte del empresario de la apertura de un periodo de consultas, que deberá versar al menos sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento (por ejemplo medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad), y que tendrá una duración no superior a 30 días naturales. No se incluye, por lo tanto (al contrario que en la redacción anterior a la Ley 3/2012), como contenido obligatorio del periodo de consultas, la causalidad del propio despido colectivo¹⁰.

La regulación legal del periodo de consultas se encuentra en el propio artículo del 51.2 ET modificado posteriormente por el Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social en lo referido a la información que debe facilitar la empresa

La comunicación de apertura del periodo de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores¹¹ y una copia a la autoridad laboral, deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos establecidos, sustituyéndose en este punto la referencia introducida por el Real Decreto Ley 3/2012, que se limitaba a exigir una mera memoria explicativa, y que en los términos en los que se describía, podía

¹⁰ González González, C. Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2012.2012.

¹¹ STSJ Madrid Sala de lo Social, Sala General de 20 de marzo de 2013: " *De lo anterior ya se desprende con claridad que la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente.* " .

comprometer la efectividad del periodo de consultas. Comparando la redacción del artículo 51.2 ET con la anterior, observamos que sigue vigente con carácter general el principio de plenitud informativa al servicio de las consultas¹².

Se deduce por lo tanto, que cobra vital importancia el cumplimiento de requisitos formales durante el procedimiento y que el incumplimiento puede suponer la nulidad del mismo¹³.

En cuanto al procedimiento, una vez la autoridad laboral haya recibido la comunicación de la apertura del periodo de consultas, la comunicará a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas, en el cual las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo¹⁴.

Es importante destacar que la intervención de la autoridad laboral se limita a remitir advertencias o recomendaciones a las partes, pero no podrá paralizar ni suspender el proceso. La retirada de la autoridad laboral de los procedimientos de despidos colectivos, salvo para casos motivados por fuerza mayor, supone una evidente residualización del papel que debe jugar la Administración en defensa del interés público en los despidos colectivos, dando vía libre al empresario para despedir y dejando indefenso al propio trabajador¹⁵.

A la finalización del periodo de consultas¹⁶, el empresario comunicará a la autoridad laboral su resultado, trasladando copia íntegra del acuerdo en los casos en que se haya producido. Si por el contrario, el periodo de consultas termina sin acuerdo, el

¹² *Memento experto Reforma Laboral 2012* (RDL 3/2012), Francis Lefebvre, S.A.2012.

¹³ STSJ Madrid Sala de lo Social, Sala General de 20-03.2013 (Casación 81/12).

¹⁴ Cabeza Pereiro, J., “la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social* nº 57,2012.

¹⁵ Hasta la fecha, las empresas que planteaban un expediente de regulación de empleo no podían iniciar las extinciones de contratos si no se autorizaba dicho expediente por parte de la autoridad laboral.

¹⁶ A.N. núm. 141/2013, de 8 de julio. “*Aunque no debe concluirse unilateralmente el período de consultas antes del transcurso íntegro del plazo, en este caso esta circunstancia no es lo suficientemente significativa como para anular el despido. La finalidad del período de consultas ya se había cumplido hasta donde las partes estuvieron dispuestas, dado que no era previsible que acercaran posiciones durante el resto del plazo. Concurren causas económicas, productivas y organizativas, con pérdidas actuales, contracción de la demanda, subactividad y distribución ineficiente de la plantilla*”

empresario remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.

A partir de este momento empezaría lo que se denomina “el procedimiento individual de los despidos colectivos”. Se encuentra regulado en el apartado 4 del artículo 51 del ET (modificado por el Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social “*Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta ley. Lo anterior no obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido*”). La comunicación escrita habrá de expresar la causa, sin que se trate de una mera formalidad, es decir, deberá incluir la documentación para probar la causa y las demás exigencias¹⁷. Es así debido a que su finalidad es dotar al trabajador de una información clara para que pueda impugnar la decisión extintiva y así garantizar su derecho a defensa y tutela judicial.

Resulta novedosa la regulación de las prioridades de permanencia en la empresa en los supuestos de despido colectivo, puesto que la Ley 3/2012 mantiene inalterada la de los representantes legales de los trabajadores, pero añade la posibilidad de que “*mediante convenio colectivo o acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencias también a favor de otros colectivos, como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad, personas con discapacidad etc*”¹⁸. Todo ello para favorecer, en mi opinión, la permanencia de aquellos colectivos más desfavorables o cuyas circunstancias familiares, personales o laborales aconseja la adopción de medidas de protección.

También es importante destacar la regulación del llamado “*plan de recolocación externo*” previsto para aquellos despidos que afecten a más de 50 trabajadores. Este plan de recolocación externo tendrá una duración mínima de 6 meses y deberá ser ofrecido por la empresa a los trabajadores afectados sin coste alguno para ellos, a través

¹⁷Mercader Uguina J, de la Puebla Pinila A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant Lo Blanch, enero 2013, p. 181.

¹⁸ *Memento experto Reforma Laboral 2012* (RDL 3/2012). Francis Lefebvre, S.A.2012.

de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan debe incluir medidas de formación y orientación profesional, así como búsqueda activa de empleo. Esta obligación no es de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal, procedimiento que se ha visto modificado por el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, que modifica la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio. La norma, en su artículo 10 procede a adaptar el artículo 64 de la Ley Concursal (relativo a la tramitación de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales) a los cambios introducidos por la regulación de la comisión negociadora en los procedimientos de consulta.

4.3 Despido colectivo en las Administraciones Públicas.

La reforma laboral de 2012 permite expresamente por primera vez, el despido colectivo en las Administraciones Públicas y en las empresas, organismos y entidades que forman parte del sector público, efectuándose conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52c) del ET¹⁹. Esta posibilidad extintiva en las Administraciones Públicas había venia siendo debatida, siendo su aplicación controvertida, de modo que la reforma laboral de 2012 viene a incorporar expresamente la extinción objetiva, en los supuestos de amortización causal del puesto de trabajo, y el despido colectivo en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las propias Administraciones Públicas.²⁰ Se establece que, a efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, se entenderá que *“concurrirán causas económicas cuando se produzcan en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.”*. Por lo que se refiere a las restantes causas, se entenderá que *“concurrirán causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se*

¹⁹ De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del propio EBEP que así lo dispongan. La normativa laboral, por tanto, afecta directamente al personal laboral de las Administraciones Públicas, pero no a los funcionarios.

²⁰ *Memento experto Reforma Laboral 2012 (RDL 3/2012)*, Francis Lefebvre, S.A, 2012.

produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”.

4.4 Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Este nuevo procedimiento de los despidos colectivos, la eliminación de la autorización administrativa, antes pertinente, exigiendo al mismo tiempo que las negociaciones entre sindicatos y empresa se llevaran a cabo de buena fe y aportando toda la información necesaria para un proceso con las mayores garantías, en la práctica, se ha traducido en la anulación de un alto porcentaje de ERE por defectos de forma o falta de información en el período de negociación.

El 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012), el Tribunal Supremo declaró nulo el primer despido colectivo (Talleres López Gallego, S.A.) basado en razones económicas, por considerar que se incumplió con la obligación de entregar la documentación que exige el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que no se entregó a la representación de los trabajadores una memoria económica suficiente, frustrando con ello un verdadero período de consultas.

El 17 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012), el Tribunal Supremo Impugnación de despido colectivo: Los documentos enumerados por la norma no tienen valor "ad solemnitatem", y por ello, la ausencia de alguno de ellos no lleva, necesariamente, a la declaración de nulidad del despido colectivo. Ha de valorarse la trascendencia de los documentos y la finalidad que persigue el periodo de consultas, que es una adecuada información de los representantes de los trabajadores para una negociación de buena fe.

El 20 de septiembre de 2013 (Rec. 11/2013), el Tribunal Supremo analiza un despido colectivo en el que, inicialmente, la empresa proponía, en el periodo de consultas, la extinción del contrato de 91 trabajadores. Ejercitada una huelga, el empresario amplió el cese a los trabajadores huelguistas, elevando el número de trabajadores afectados por el despido colectivo a la totalidad de la plantilla del centro de trabajo, es decir, hasta un total de 358 trabajadores. Para el Tribunal, la ampliación es contraria a la Constitución, pues se está utilizando el despido como represalia por el ejercicio del derecho a la huelga, pero, concurriendo causa legal, no cabe decir lo mismo respecto de las extinciones inicialmente propuestas, pues "no cabe pensar que quien ya había anunciado

el despido colectivo de un número determinado de trabajadores por razones de orden económico, altere luego esa causa para despedir con motivo de reprimir una huelga posterior. En la formación de la voluntad del empleador, el motivo de retorsión sólo puede dirigirse a los nuevos despidos que se añaden a los que ya tenía el propósito de realizar a causa de la situación económica de la empresa”.

El 30 de octubre de 2013 (Rec. 47/2013), el Tribunal Supremo dicta sentencia que confirma la nulidad del despido colectivo adoptado en Prisa Corporativa al apreciar que dicha decisión no estuvo ajustada a derecho por no cumplirse los acuerdos previos firmados entre la empresa y los trabajadores en un proceso de mediación que puso fin a una huelga en este grupo de comunicación.

El 25 de noviembre de 2013 (Rec. 87/2013), el Tribunal Supremo declara nulo el despido colectivo de setenta y cinco trabajadores de “estructura” de la empresa pública Gestión Ambiental de Castilla La Mancha SA (*GEACAM*), dado que, a partir del momento en que ésta decide sacar del mismo al personal que no es de estructura, se negoció con quien ya no estaba legitimado para ello (el comité intercentros), puesto que éste estaba constituido al amparo del convenio colectivo aplicable al personal que no es de estructura, sin que existiera previsión al respecto en el convenio colectivo aplicable al personal de “estructura” (el de oficinas y despachos). Es relevante, que en el transcurso del período de consultas, se cambie parcialmente el objeto del proyecto de despido colectivo, en cuanto a los trabajadores afectados, y ello repercuta en la legitimación de quienes lo negocian en nombre de éstos, ya que impone la readaptación de los negociadores o, tal vez, para mayor seguridad, la finalización del expediente y el inicio de un nuevo despido colectivo, tramitado ya con quienes están legitimados para representar a los trabajadores.

El 18 de marzo de 2014 (Rec. 114/2013) el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la primera sentencia dictada en materia de despidos colectivos tras la entrada en vigor de la reforma laboral por el RDL 3/2012, dictada por el TSJ el 23 de mayo de 2012, en la que se pronuncia favorablemente acerca de la legitimación activa de las “comisiones ad hoc” para la impugnación de las decisiones extintivas empresariales colectivas, así como sobre el carácter meramente informativo del informe elaborado por la Inspección de Trabajo en los procedimientos colectivos.

5. Despido individual

5.1 El despido objetivo.

El objetivo principal que se perseguía con la reforma laboral de 2012 era establecer condiciones menos restrictivas y con criterios más definidos que eliminen la inseguridad jurídica en la aplicación del despido por causas objetivas con indemnización de 20 días por año en empresas que atraviesen una situación económica negativa o que precisen adaptar su plantilla por causas técnicas, organizativas o de producción.

Podrá llevarse a cabo el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción si concurre la siguiente circunstancia, los despidos realizados mediante esta modalidad en los 90 días anteriores, no pueden alcanzar los siguientes límites (en ese caso se trataría de despido colectivo)²¹.

-10 trabajadores en empresas que ocupen menos de 100 trabajadores

-10% en empresas entre 100 y 300 trabajadores

-30 trabajadores en empresas de más de 300.

Además, los despidos objetivos tienen que ser causales: la empresa tiene que alegar una causa para extinguir la relación laboral, se trata de una medida que si no se toma se pone en peligro la viabilidad de la Empresa, el problema es que no todo vale, en mi opinión el empresario ha entendido que con esta medida puede despedir cuando quiera.

Podríamos entender que con la reforma, como ya ocurría anteriormente, basta con argumentar que existe una causa objetiva para despedir a un trabajador y darle la indemnización de 20 días, pero contrarrestando esta “flexibilidad” y para evitar el abuso de derecho del empresario a la hora de despedir a los trabajadores, se encuentra el control judicial, ya que la medida (el despido) tiene que ser razonable²².

²¹ STS de fecha 23 de enero de 2013 (RCUD 1362/2012) que confirma el contenido de su anterior sentencia de fecha 23 de abril de 2012, RCUD 2724/2011, que contienen reglas para delimitar cuando una empresa, por el número de trabajadores afectados, tiene que acudir al despido colectivo regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o bien al despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas regulado en su artículo 52.c).

²² Rincón Sánchez C, “despido objetivo: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción reforma laboral” Conferencia UDIMA.2013.

Las causas para realizar un despido objetivo son:

a) *“Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.”*

b) *“Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.”*

c) *“Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.”* Es decir, Causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. (descritas en el análisis del despido colectivo). Se produce una mayor afinación de las causas objetivas, sobre todo la económica. La causa organizativa se configura más detalladamente apreciando su concurrencia 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.

El propio preámbulo de la Ley 3/2012 de 6 de julio expresa que el control judicial de los despidos, más que dar lugar a que los tribunales realicen juicios de oportunidad sobre la gestión de la empresa, debe ceñirse exclusivamente a la valoración de la concurrencia de unos hechos: las causas.

d) *“Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, 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, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. Muy difícil de llevar a cabo este tipo de despidos.”*

Una gran novedad incorporada por la reforma laboral de 2012 en este punto, ha sido la eliminación de la referencia del porcentaje necesario del índice global de absentismo del conjunto de la plantilla del centro de trabajo como requisito para justificar el despido. Requisito que en mi opinión no tenía demasiado sentido, al interpretar que lo que se busca con este precepto es que el empresario pueda prescindir de aquellos trabajadores

que acometen reiteradas ausencias, sin que se subordinase al comportamiento global de los trabajadores de la empresa²³.

Interesa destacar que el absentismo laboral se ha convertido en los últimos tiempos en un serio problema para la productividad y competitividad de las empresas españolas²⁴. Es precisamente en este contexto en el que hay que situar la intervención llevada a cabo por la reforma laboral del 2012. El legislador español, consciente de los efectos perjudiciales del absentismo, modifica el régimen jurídico de esta causa de despido objetivo y lo hace, además, acogiendo una de las reivindicaciones que desde tiempo atrás la Patronal había venido exigiendo, a saber, desvincular el absentismo individual del trabajador del absentismo colectivo de la empresa²⁵.

También hay que destacar, que en los cuatro trimestres posteriores a la reforma laboral, los trabajadores han pasado a perder 36 minutos menos de jornada al mes (0,6 horas), al pasar de perder por incapacidad temporal 4,36 horas al mes, a perder 3,76, lo que supone un avance muy relevante del -13,8% respecto al primer trimestre del 2012²⁶.

En cuanto a la indemnización, tras la reforma laboral 2012 se mantiene, como hasta entonces, en 20 días de salario por año trabajado, con un tope máximo de 12 mensualidades.

5.2. La eliminación del llamado despido exprés.

Otra de las piezas claves de la reforma laboral de 2012 es la supresión del llamado despido exprés, que se había venido constituyendo como la forma normal de proceder al ajuste de plantillas, ya que era lo más fácil, rápido y menos costoso, al suponer el ahorro empresarial de los salarios de tramitación. Consistía en extinguir el contrato del trabajador reconociendo la improcedencia del despido y depositando en el Juzgado de lo

²³ Ramos Moragues, F, *El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012*, Francis Lefebvre, 2013.

²⁴ *El I Informe Adecco sobre absentismo, en el que se realiza un análisis comparativo de la incidencia que tiene este fenómeno en diferentes Estados, evidencia como "España, con una media de 11,6 días perdidos por trabajador y año, se caracteriza por ser el País con mayor nivel de bajas laborales entre los analizados"*

²⁵ Ramos Moragues, F, *El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012*, Francis Lefebvre, 2013.

²⁶ *Blog tu asesor laboral. Principales conclusiones del informe sobre el impacto de la nueva reforma laboral. diciembre2013.*

Social la indemnización correspondiente, de 45 días de salario por año de servicio, con el tope de 42 mensualidades, dentro de los dos días hábiles siguientes al despido.

En efecto, se compensaba la cuantía indemnizatoria del despido improcedente, no tan elevada cuando afectaba a trabajadores con escasa antigüedad, con importantes ventajas para el empresario, como la no necesidad de probar la causa extintiva, la rapidez con que se ponía fin a la situación conflictiva que supone todo despido, evitando su judicialización (lo que ahorra el coste procesal), existiendo además la certidumbre, desde el momento inicial de su coste, circunscrito al monto de la indemnización de la improcedencia²⁷.

La razón principal de la supresión de los denominados despidos exprés es la pérdida de su objeto inicial, y sus consecuencias contrarias a la flexiseguridad, ya que, por una parte, genera inseguridad en el trabajador, al vincularse más a su antigüedad que a la disciplina, la productividad o la necesidad de sus servicios, y además, la propia exposición de motivos considera que *“el “despido exprés” es un comportamiento empresarial económicamente irracional”*.

En este sentido, tampoco para los empresarios esta práctica era un comportamiento económicamente racional, ya que no se tenía en cuenta criterios de productividad del trabajador y era mucho más costoso que un despido procedente ya que en lugar de abonar el coste de un despido procedente objetivo, la empresa acababa por pagar el coste de un despido improcedente.

Ahora bien, en mi opinión, frente a la exposición doctrinal, la supresión del despido exprés no es más que una consecuencia lógica de la eliminación de los salarios de tramitación, ya que al no devengarse, el reconocimiento de la improcedencia dentro de un plazo determinado pierde su razón de ser, por lo que el denominado despido exprés pasará a ser totalmente innecesario.

No obstante, tampoco ha sido expresamente prohibido por la legislación, quedando al arbitrio del empresario la opción de reconocer inmediatamente la improcedencia de su decisión extintiva acompañando con la carta del despido la indemnización legalmente prevista para tales casos. Asimismo, resulta evidente, a mí entender, que las partes

²⁷ Cruz Villalón, J, “ Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012”, diciembre 2012.

siempre podrán llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización, con el fin de zanjar el conflicto del despido de forma amistosa, no siendo necesario, por tanto, la judicialización en todos los supuestos. En cualquier caso, declarada la improcedencia, el coste para la empresa será el mismo tanto si la indemnización se abona en el momento del despido, como si se produce tras su declaración judicial, salvo en aquellos supuestos en los que la empresa opte por la readmisión del trabajador.

6. Consecuencias económicas del despido.

En lo que afecta al coste del despido con la reforma laboral de 2012, se produce su reducción, mediante la eliminación de los salarios de tramitación y la minoración de la indemnización legal a abonar en caso de despido improcedente.

Los salarios de tramitación, son aquellos que se devengan desde el día siguiente al despido, hasta que se reconoce o declara su improcedencia o su nulidad.

Efectivamente, según el Estatuto de los Trabajadores, el despido puede ser declarado procedente, improcedente o nulo. Con anterioridad a la reforma, existía la obligación de abonar los salarios de tramitación en los dos últimos supuestos, esto es, cuando el despido era declarado improcedente o nulo. Tras la reforma laboral de 2012, los salarios de tramitación permanecen en los casos de despido declarado nulo y en determinados casos de despido improcedentes, a saber: Cuando el empresario opte por la readmisión, en lugar del pago de la indemnización (artículo 56.2 ET) o cuando se trate de despidos a los representantes de los trabajadores o delegados sindicales.

La nueva redacción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que *"En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación."*

El diferente tratamiento que tienen los salarios de tramitación en casos de indemnización y readmisión resulta razonable, teniendo en cuenta la diferente consecuencia que se produce en un caso y en otro. En el primero, dado el carácter constitutivo de la decisión empresarial, se entiende que la extinción se produjo en el momento del despido, mientras que en el segundo, esta no ha llegado a producirse propiamente, habiendo el trabajador permanecido durante la sustanciación del proceso

sin prestar sus servicios a causa de la decisión empresarial, lo que debe ser resarcido por quien las tomó²⁸.

Este razonamiento es el que ha permitido a la jurisprudencia constitucional excluir que el diferente tratamiento de los salarios de tramitación, según el sentido de la opción empresarial, resulte contrario al principio constitucional de igualdad. Tema que ya había sido tratado y continuamente debatido durante la breve vigencia de la reforma estatutaria introducida por el RDL 5/2002 de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, en el que resultó aplicable un régimen similar al comentado y por la que el TC descartó también la existencia de desigualdad (STC 84/2008, de julio).

Por todo ello, y en relación con lo comentado en el epígrafe anterior, si con anterioridad a la reforma, el llamado “despido exprés” obligaba al empresario a ofrecer la indemnización al trabajador en el momento de producirse el despido si no quería pagar los salarios de tramitación, en la actualidad, todos los despidos serán objetivos (con 20 días por año de compensación). Luego, si el trabajador quiere ir a juicio, podrá hacerlo y si gana en los tribunales, la empresa deberá pagarle la indemnización correspondiente al despido improcedente, sin que se le pueda condenar a abonar los salarios de tramitación, es decir, hasta ahora, la empresa quería evitar a toda costa el juicio (salvo que estuviese segura de ganar), porque si perdía, a la indemnización se sumaba el abono de los salarios de tramitación. Desde este momento, no pierde nada por ir a los tribunales: lo peor que le puede pasar es que tenga que pagar el coste del despido improcedente.

Sobre la posible aplicación de un régimen transitorio a los salarios de tramitación en despidos producidos con anterioridad al 12 de febrero de 2012, se ha abierto un cierto debate en la doctrina de instancia y de suplicación, considerándose en algunos pronunciamientos directamente aplicable el nuevo artículo 56.1 ET, de modo que la sentencia dictada con posterioridad a la reforma respecto de un despido anterior al 12 de febrero no puede condenar a los salarios de tramitación, siempre que el empresario opte por indemnizar (SJS nº2 de León de 20 de febrero de 2012, autos 937/2011.) y en otros casos que procede el abono de los salarios de trámite, en este sentido la TSJ País Vasco

²⁸Cruz Villalón, J, “ *Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012*”, diciembre 2012.

de 12 de febrero de 2012 (Rec. 221/12,) entiende que ante el silencio de la norma en este sentido, debe aplicarse la regla vigente en el momento del despido, por lo que los despidos ocurridos antes del 12 de febrero de 2012 si darían derecho al devengo de salarios de tramitación, ya que la norma anterior si preveía dicha consecuencia jurídica)²⁹.

Como ya se ha comentado, la reforma de 2012 reduce significativamente la protección en caso de calificación jurídica de improcedencia del despido, abaratándose el monto de la indemnización y limitándose el reconocimiento de salarios de tramitación básicamente a los supuestos de readmisión.

Esta medida ha sido una de las más debatidas de las adoptadas con la reforma laboral de 2012, llevándose a cabo numerosos intentos de negociación, en los que por un lado la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) solicitaba al Gobierno que la indemnización por despido improcedente se rebajase a 20 días de salario por año trabajado, mientras que los sindicatos reclamaban como un derecho básico y adquirido de los trabajadores la tradicional indemnización de 45 días de salario por año de servicio con el tope de 42 mensualidades.

Mediante el RDL 3/2012 y la posterior Ley 3/2012, se llega a una solución “intermedia”, en la que se reduce la indemnización por despido improcedente por debajo de los 45 días de salario por año de servicio con el tope de 42 mensualidades, y se adopta una serie de medidas transitorias para los contratos de trabajo que se encuentren formalizados con anterioridad a la reforma³⁰.

De este modo, las indemnizaciones tras la reforma, quedaría del siguiente modo. Con los contratos formalizados después del 12 de febrero de 2012, en caso de despido improcedente, la indemnización sería de 33 días de salario por año de servicio con el tope de 24 mensualidades, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El cálculo de las indemnizaciones que correspondan a estos contratos parece no

²⁹ JS León (Castilla y León), núm. 2, núm. 72/2012 de 20 febrero. (AS 2012\215) No procede al abono de los salarios de tramitación a un despido efectuado con anterioridad a la reforma operada por el RDL 3/2012, porque no existe derecho transitorio y porque se entiende que hacerlo así no es aplicación retroactiva de una norma desfavorables, además considera que esta es la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la normativa pues en definitiva toda ella pretende, de manera urgente e inmediata en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente.

³⁰ Toscani Giménez, D, *Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012*. Octubre 2012.

plantear dudas interpretativas de aplicación, ya que las normas de cálculos son exactamente iguales que las que han regido hasta el 12 de febrero de 2012, con la única salvedad de la reducción en su cuantía.

La exposición de motivos de la Ley 3/2012 considera que esta medida es necesaria para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, acercando los costes del despido a la media de los países europeos. La reforma opta por rebajar la indemnización a los contratos indefinidos en caso de improcedencia, aproximando el monto del despido objetivo procedente que no se modifica, al del improcedente, perdiéndose así el elemento disuasorio de incurrir en ilegalidad³¹.

En cuanto a los contratos formalizados antes del 12 de febrero de 2012, La indemnización de los trabajadores para los casos de despido improcedente se calculará según los dos siguientes tramos. Un **primer tramo**, desde la fecha de contratación y hasta el 11 de febrero de 2012, en el que se le aplica la indemnización previa a la reforma (45 días por año de servicio), y un **segundo tramo**, desde 12 de febrero de 2012 hasta la fecha del despido, en el que se le aplica la nueva indemnización de 33 días de salario por año de servicio.

En cuanto al importe indemnizatorio total, no puede superar los 720 días de salario para los contratos celebrados tras la reforma, salvo que del cálculo de la indemnización por el primer tramo resultase un número de días superior a 720, en cuyo caso se aplica dicho tope como importe indemnizatorio máximo, pero sin que a su vez dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

El cálculo de los topes indemnizatorios está en función de la fecha de formalización del contrato del trabajador despedido, con tres posibilidades:

1) Trabajadores que han sido contratados el 12/ de febrero de 1984 o antes (trabajadores con una antigüedad de 28 años o superior a 12/02/2012): el tope sería de 42 mensualidades (1.260 días), consolidando el tope máximo de la regulación anterior.

³¹ Sanchez-Uran Azaña, Y, *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*, Nº 154, 2012.

2) Trabajadores contratados entre 13 de febrero de 1984 hasta el 12/de febrero de 1996, el tope se ubicará entre una horquilla entre 42 y 24 mensualidades, según antigüedad a 12 de febrero de 2012. Para estos trabajadores, aunque acumulen más antigüedad tras la entrada de la reforma, el tope no varía, al haber alcanzado ya o superado, los 720 días o 24 mensualidades³².

3) Trabajadores contratados desde el 13 de febrero de 1996, el tope será en todo caso de 24 mensualidades, es decir, 720 días.

Para el cálculo de las indemnizaciones de contratos de trabajo celebrados con anterioridad al 12 febrero de 2012 surgen dudas interpretativas en cuanto a la fórmula de cálculo de la indemnización y sobre todo para el caso del **redondeo mensual** de los periodos inferiores al año. Por un lado en la disposición transitoria 5º del RDL 3/2012 no se hace referencia expresa a que tramo se le ha de aplicar el redondeo mensual al alza. Por otro, solo en el artículo 56 ET contempla que debe procederse al prorrateo por meses de los tiempos inferiores al año³³.

Por ello y porque el prorrateo por meses ha de afectar al tramo segundo, por ser éste en el que se produce el despido, y por tanto donde deben quedar incluidos los días que han de redondearse al mes, debe entenderse que el redondeo al mes por tiempos inferiores a un año, deberán ser aplicables al segundo tramo³⁴.

³²Sanchez-Uran Azaña, Y, *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*, N° 154, 2012,

³³JS n°3 de Pamplona núm. 75/2012 de 1 marzo. (AS 2012\284). En el caso del cálculo de la indemnización por despido hasta la entrada en vigor del RDL 3/2012 en fecha 12 de febrero, el cálculo de la indemnización de x días al año prorrateando por mese los periodos inferiores a un año, debe realizarse únicamente en uno de los dos tramos computables, y en concreto, en el tramo final que se corresponde con la fecha extintiva del contrato.

³⁴Sanchez-Uran Azaña, Y, *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*, N° 154, 2012,

7. Los efectos de la reforma laboral de 2012

El objetivo principal que se perseguía con la elaboración de la reforma laboral de 2012, era facilitar la adopción de medidas alternativas al despido e impulsar una negociación colectiva más dinámica y adecuada a las circunstancias del entorno. El objetivo es la conservación del empleo en momentos bajos del ciclo y favorecer la creación de empleo estable y de calidad cuando se produzcan las necesarias condiciones de crecimiento económico. Entendiendo que, el uso del mecanismo de flexibilidad externa, por tanto, debe ser el último recurso de ajuste al que recurran las empresas antes situaciones de crisis. Trascurridos ya dos años desde la aprobación del Real Decreto 3/2012 en febrero de 2012, se pueden analizar los primeros efectos que se han ido desplegando, a través de datos estadísticos, si bien es cierto que la totalidad de los cambios impulsados por una reforma tan importante como la de 2012 se irán percibiendo con el transcurrir del tiempo.

El conjunto de medidas tomadas por el Ejecutivo han traído consigo una serie de reacciones muy dispares, existiendo una gran disparidad en los informes de mercado de trabajo. La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han aplaudido las medidas tomadas, mientras que los principales sindicatos definen la reforma como un error.

Como ya se ha expuesto en los primeros epígrafes, la tasa de paro existente al inicio de 2012 era del 22,85%, según datos de la EPA. Dos años después se ha situado en el 26,03%, es decir, 3,18 puntos por encima. Asimismo, entre el cuarto trimestre de 2011 y el mismo trimestre de 2013, la economía española destruyó 1.049.300 empleos, un 5,9%, hasta situarse el número de ocupados en 16.758.200³⁵.

El contexto económico en el que se aprobó la reforma laboral no es el actual, razón por la que el Gobierno esgrime que ahora es cuando se comenzará a apreciar sus efectos. Al finalizar 2011, poco antes de la entrada en vigor de la reforma laboral, la economía española acababa de entrar en recesión y mostraba caídas del PIB del 0,4% en términos trimestrales y del 0,6% en valores interanuales, Pues bien, dos años después, la

³⁵ Datos EPA (Encuesta de Población Activa) años 2011/2012/2013/2014.

economía española ha retornado a tasas positivas trimestrales, con un crecimiento del 0,3%, aunque sigue en tasas interanuales negativas (-0,1%)³⁶.

En materia salarial, donde el Ejecutivo observa un impacto positivo de la reforma laboral, se aprecia una moderación notable de los sueldos pactados en convenio durante los dos últimos años. Así, mientras que 2011 se cerró con una subida salarial media del 1,98%, en 2013 los salarios han crecido una media del 0,57%.

El Gobierno señala que en la moderación de los salarios ha tenido mucho que ver la reforma laboral al introducir una mayor flexibilidad en la negociación colectiva, facilitando entre otras cosas los descuelgues de convenios y la modificación de las condiciones laborales. De hecho, la reforma laboral ha permitido a las grandes empresas bajadas medias de sueldo del 10%.³⁷.

Sin embargo, UGT y CC.OO denuncian que la reforma laboral no ha generado empleo y lo ha precarizado, el Ejecutivo defiende que su reforma laboral ha ayudado a frenar la destrucción de puestos de trabajo. En concreto, en un informe elaborado al año de cumplirse la reforma laboral, el Gobierno concluía que la reforma logró evitar la destrucción de 225.800 empleos en su primer año de aplicación. *"La reforma ha logrado contener la destrucción del empleo, aumentar la flexibilidad y reducir la dualidad. Está cumpliendo con sus objetivos iniciales"*. Para argumentar esta idea, el Ejecutivo se agarra a los datos de expedientes de regulación de empleo (ERE), que muestran un descenso de los trabajadores afectados y un mayor uso de las suspensiones de contrato y reducciones de jornada, frente a los despidos colectivos. Es verdad que, aunque hoy sigue acudiéndose a los despidos como principal medida de ajuste económico, todos los procesos de negociación en las empresas empiezan por despidos y terminan por otras medidas de flexibilidad interna. La mayor facilidad que da la norma para que éstas intenten ajustarse sin llegar a despedir, está provocando ya que muchas empiecen a olvidarse de los despidos, lo que sin duda es un éxito³⁸.

³⁶Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Informe de evaluación del impacto de la reforma laboral*, 2013.

³⁷ Fundación Sagardoy, el Club de la Excelencia en Sostenibilidad y Adecco, *'Observatorio de Seguimiento de la Reforma Laboral'*, 2013.

³⁸ UGT. *Dos años de reforma laboral evolución del empleo, la contratación, los despidos y la negociación colectiva*, 2014.

Los sindicatos no son los únicos que hacen un balance negativo de la reforma laboral, como tampoco el Gobierno se queda en solitario a la hora de defender la norma. En estos dos años, son varias las entidades e instituciones que han analizado los efectos de la reforma laboral, al cumplirse el primer año de funcionamiento de la norma, el Banco de España constataba que la reforma había profundizado en el proceso de moderación salarial y había logrado un cierto impacto positivo sobre el empleo neto, aunque no apreciaba grandes cambios en la dualidad del mercado laboral³⁹. Funcas (Fundación de las cajas de ahorros), por su lado, ha publicado recientemente un informe en el que también lamenta que la reforma no haya resuelto el problema de la dualidad entre fijos y temporales, al tiempo que calificaba de "poco alentadores" sus resultados en relación con el empleo y el paro.

Por su parte, la Fundación Sagardoy ha destacado que *“los despidos improcedentes han perdido peso gracias a la reforma laboral”*,⁴⁰ mientras que la OCDE, en el informe que le encargó el Gobierno sobre la norma, concluyó que, destacan sus aspectos positivos, y entienden que *“se debe seguir avanzando en medidas de flexibilidad que garanticen avances en la capacidad de adaptación de las empresas y que posibiliten la creación de empleo tan pronto se produzca la recuperación económica”*.⁴¹

En mi opinión, frente a la disparidad de los informes de mercado de trabajo que ya he comentado sobre los efectos y consecuencias que la reforma laboral de 2012 han tenido en nuestro mercado de trabajo, entiendo que es cierto que los resultados que se pueden alcanzar están sujetos a un elevado grado de incertidumbre, debido al limitado tiempo transcurrido desde la aprobación de la reforma, entendiéndolo que algunas de las modificaciones de carácter estructural solo podrán manifestar plenamente sus efectos en un horizonte de medio plazo una vez que los agentes participantes hayan internalizado el nuevo marco institucional. No obstante lo anterior, no puede desconocerse el hecho evidente de que si bien los despidos improcedentes se han visto reducidos, no puede decirse lo mismo de otras medidas extintivas como lo son el despido por causas objetivas (indemnizado con 20 días por año) que se ha incrementado un 49%, los expedientes de regulación de empleo, que han aumentado un 66%, ello sin obviar que

³⁹ Izquierdo, M. Lacuesta, A. Puente, S. *La reforma laboral de 2012: un primer análisis de algunos de sus efectos sobre el mercado de trabajo*. Banco de España. 2013.

⁴⁰ Fundación Sagardoy, el Club de la Excelencia en Sostenibilidad y Adecco, *'Observatorio de Seguimiento de la Reforma Laboral'*, 2013.

⁴¹ Estudio de la OCDE sobre la reforma laboral de 2012. Diciembre 2013.

los sueldos han perdido poder adquisitivo a medida que pasaban los meses merced a los descuelgues salariales promovidos por las empresas al amparo de la nueva normativa. Según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ha habido 30.000 trabajadores afectados por la inaplicación de los convenios. Según datos del Informe de Evaluación del Impacto de la Reforma Laboral elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, entre los meses de marzo y diciembre de 2012, teniendo en cuenta que la reforma entró en vigor en julio, 748 sociedades no aplicaron las cláusulas salariales del convenio por razones económicas, habiéndose visto afectados 29.352 trabajadores. Sin embargo, en el año 2013 esa cifra se ha visto incrementada a 2.512 empresas, con un total de 159.550 trabajadores afectados. Y todo indica que este año se igualará o superará esa cifra, ya que durante los tres primeros meses de 2014 son ya 806 las empresas las que se han acogido al descuelgue laboral, es decir, un número equivalente al 30% de todo 2013, según reflejan los datos del Ministerio de Empleo. Ello implica que en el 2014, 33.624 trabajadores no podrán beneficiarse de una mejora de sus relaciones laborales debido a la situación económica de sus empresas, pese a que así lo ordene un convenio de ámbito superior. De la lectura e interpretación de estos datos se extrae que de las inaplicaciones de convenio presentadas, el 93,2% se han descolgado de la cuantía salarial pactada. De las 806 presentadas, el 64,4% solo se han descolgado de la cuantía salarial y el 13,3%, además de la cuantía, han dejado de aplicar también el sistema de remuneración⁴².

La lectura que puede hacerse de los datos anteriormente expuestos es variada y depende del prisma conservador o socialista que se utilice para su traducción: ya que la moderación salarial era uno de los objetivos que perseguía la reforma laboral como medio para lograr una mayor competitividad de las empresas en el mercado exterior, habrá quien entienda que con los datos salariales anteriormente señalados «se ha cumplido» con este cometido. Así lo ha entendido, Santiago Soler, director general de Adecco, quien aseguró que *«la mayor parte del ajuste en salarios está hecho»*, una opinión que se hace eco de la transmitida por el Gobierno ante los requerimientos del FMI de bajar más los salarios como receta para asegurar a España la salida de la crisis.

Por último y a modo de conclusión, coincido con el balance de la Reforma Laboral realizado por Iñigo Sadargoy de Simón (Abogado. Profesor Titular de Derecho del

⁴²Informe de Evaluación del Impacto de la Reforma Laboral elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2013.

Trabajo de la Universidad Francisco de Vitoria), al señalar que son muchas las críticas que esta reforma laboral ha tenido desde el momento de su promulgación, bien por defecto (una reforma “insuficiente”) bien por exceso (una reforma “excesiva”), a nadie deja indiferente. Igual sucede con sus virtudes, más ensalzadas desde fuera de nuestras fronteras que dentro de España. Lo cierto es que la nueva normativa, transformadora de un modelo obsoleto de relaciones laborales, ha sido la deseada y deseable para la situación que atravesábamos en el mercado de trabajo español.

Si bien es cierto, la reforma laboral de 2012 ha ocasionado un gran desequilibrio en la relación laboral en favor del empleador, ya que este, ha pasado a tener un gran poder en la configuración de las condiciones de trabajo, tanto en lo que se refiere a la modificación de las condiciones de trabajo (distribución de la jornada y reducción de salarios), como en materia de despidos, individuales o colectivos. En todo caso, el aspecto más visible de la reforma laboral ha sido el aumento de los despidos de trabajadores amparados en razones empresariales. Esta actuación ha sido la preferida por el empresario, y no la consistente en modificar las condiciones de trabajo para evitar justamente esos despidos. Por otra parte, aunque hayan bajado las indemnizaciones por despidos, el mercado de trabajo sigue con la tendencia de contratar a los trabajadores con contratos temporales y no indefinidos.

A pesar de todo ello, entiendo también que lo que se perseguía con la reforma laboral era sentar las bases para la futura creación de empleo cuando mejore la situación económica, que la mayor flexibilidad del despido se traducirá en un menor temor del empresario a la hora de contratar y en una reducción del número de empresas en quiebra.

Lo que está claro, es que las medidas adoptadas en esta reforma laboral de 2012, han ocasionado y ocasionarán un importante incremento de la litigiosidad, puesto que quedan abiertas muchas cuestiones y en algunos casos se han suprimido requisitos de aprobación previa.

