

## **LOS CAMBIOS EN MATERIA DE EXTINCIONES INDIVIDUALES EN LA REFORMA LABORAL DE 2012**

Jesús Cruz Villalón  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla

### Resumen

El trabajo analiza desde una perspectiva global y amplia el conjunto de medidas incorporadas por la reforma laboral de 2012 en materia de extinción individual del contrato de trabajo, desde la perspectiva del incremento de las facultades empresariales resolutorias. De este modo, no se centra exclusivamente en las reglas relativas al despido, sino que incorpora en esa visión global las reglas que dan pie a la extinción contractual a través de las facultades de desistimiento empresarial durante el período de prueba, de denuncia empresarial de contratos temporales, de despido indirecto por la vía de las modificaciones sustanciales o descuelgues de condiciones pactadas en contrato de trabajo, de jubilación obligatoria a través de cláusulas de convenios colectivos, de expedientes de regulación de empleo o de dimisiones incentivadas. El análisis de las medidas adoptadas en esta materia por la reforma de 2012 manifiesta la profundidad global de las mismas, a pesar de lo cual no es previsible que las mismas corrijan las distorsiones que tradicionalmente se observan derivadas de una utilización desviada de las diferentes instituciones previstas al efecto. La actual dualidad entre contratación temporal e indefinida, que parece centrar la atención de la reforma para actuar sobre el régimen del despido, previsiblemente no se vea alterada con la reforma, sino que incluso podría verse acentuada por la aparición de figuras formalmente diversas pero que materialmente desembocan en escenarios asimilados de elevada rotación contractual y segmentación del mercado de trabajo. En los mismos términos, las distorsiones cualitativas advertidas en otros ámbitos es previsible que pervivan, como a título de ejemplo ha venido sucediendo con el denominado despido “expres”.

### Índice

- 1.- Consideraciones introductorias: una noción amplia del régimen extintivo
- 2.- Cambios en las causas justificativas de extinción
  - 2.1. Ampliación de los supuestos de descausalización de la resolución contractual
  - 2.2. Ampliación causal en los despidos por causas empresariales
  - 2.3. Despido por falta de adaptación a las modificaciones técnicas
  - 2.4. Corrección de los requisitos del despido por excesiva morbilidad
  - 2.5. La prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria
  - 2.6. Novedades en los despidos indirectos
- 3.- Novedad en la calificación del despido
- 4.- Reformas en materia de costes del despido
  - 4.1. Supuestos con ausencia de abono de indemnizaciones
  - 4.2. La indemnización por despido improcedente
  - 4.3. Los salarios de tramitación
  - 4.4. Reformas en la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial
  - 4.5. Topes a la indemnización de altos directivos
- 5.- Valoraciones conclusivas

## 1.- Consideraciones introductorias: una noción amplia del régimen extintivo

El régimen jurídico del despido constituye una de las materias centrales objeto de tratamiento por parte de la reforma laboral de 2012<sup>1</sup>, tanto por lo que afecta al número de aspectos modificados por la norma de referencia como por el impacto que ello presenta sobre el conjunto del equilibrio de posiciones entre el trabajador y el empleador en el desarrollo del contrato de trabajo. La doctrina que ha tenido la oportunidad de estudiar con cierta profundidad el alcance de la presente reforma en lo que se refiere al despido en general ha tenido ocasión de resaltar la trascendencia de los cambios producidos en este ámbito<sup>2</sup>. Sin embargo, por paradójico que ello resulte, el legislador en su justificación de la reforma y al resaltar sus objetivos principales, pretende que ello pase inadvertido o, cuando menos, pretende enfocar la reforma hacia otras medidas diferentes de las contenidas en la misma, sin perjuicio de que también aborde con cierta precisión las razones que le determinan a efectuar los correspondientes cambios en lo que afecta al régimen de extinción contractual. Es cierto que ello suele ser un fenómeno bastante común en la generalidad de las reformas que en nuestro país abordan el régimen del despido, como si se tratase de un tabú, que impide explicitar que uno de los focos de atención y preocupación del legislador es el impacto del régimen del despido sobre el desarrollo de la contratación laboral. Sin embargo, probablemente en esta reforma se trata de un fenómeno mucho más acentuado, a la vista de la trascendencia de los cambios que se producen en esta materia. De este modo, cuando el preámbulo de las leyes correspondientes identifica los objetivos más sobresalientes de la presente reforma procede a colocar en último lugar aquello que afecta a la extinción del contrato de trabajo y, sobre todo, utilizando cierto tipo de expresiones eufemísticas, al objeto de no tener que utilizar términos que refieran a la regulación del despido. En concreto, cuando se menciona la extinción del contrato de trabajo, la misma no se presenta como un objetivo en sí mismo, sino como un elemento instrumental para el logro de otros resultados; así, se viene a afirmar que con la misma se pretende “finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo (capítulo IV)”. Complementariamente a ello, el capítulo de la Ley donde se incluyen las medidas que más directamente afectan al régimen del despido lleva un título que inicialmente no permite intuir que el mismo se va precisamente a dedicar a modificar el régimen del despido, desde el instante en el que se denomina “medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral”.

Por añadidura, la propia doctrina laboral, al efectuar determinado tipo de diferenciaciones dogmáticas sobre las instituciones que integran el régimen jurídico del

---

<sup>1</sup> Primero, a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; sucesivamente sustituido por la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; teniendo presente igualmente las novedades en esta materia incorporadas por el RDL 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 de julio), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

<sup>2</sup> Por todos, M. F. Fernández López, La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes, en RDS nº 57 (2012), pgs. 199 ss. J. Aparicio Tovar, Las causas de despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, en RDS nº 57 (2012), pgs. 145 ss. J. M. Görlich Peset, La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución, en AA. VV. (I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina dir.), La regulación del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid, julio 2012. J. Gorelli Hernández, La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo, en TL 115 (2012), pgs. 275 ss. A. Blasco Pellicer, La reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012, Tirant lo blanch, Valencia 2012.

contrato de trabajo, provoca involuntariamente un cierto efecto reductivo de las regulaciones que afectan al régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo. Se trata de diferenciaciones que provocan en la práctica el efecto derivado de no tomar en consideración determinadas medidas reformadoras que, al situarlas sistemáticamente la doctrina en otras instituciones, no se consideran propias del tratamiento de la extinción contractual; se trata de una mecánica que igualmente sigue al legislador, con lo cual no se puede tener una visión de conjunto, por cuanto que con ello se reduce el número de medidas que afectan a las facultades extintivas empresariales y, en parte, se pierde el alcance general de la reforma. A la postre, se desenfoca incluso la interpretación que se le debe otorgar a ciertos cambios.

Me refiero, sobre todo, a una distinción a mi juicio artificial y poco correcta entre medidas de flexibilidad de entrada y de flexibilidad de salida. Suele ser habitual en la doctrina emplear esta distinción para referirse a la flexibilidad de salida en todo lo que afecta al régimen de extinción contractual, utilizando por contraste la expresión flexibilidad de entrada para tratar las diversas modalidades de contratación laboral previstas legalmente, con particular atención a la mayor o menor facilidad empresarial para utilizar mecanismos de contratación temporal. Por tanto, estudio de la contratación temporal como fórmula de flexibilidad de entrada y de las facultades empresariales de resolución del contrato de trabajo como flexibilidad de salida. Afirmando que se trata de una dualidad artificial y distorsionadora por cuanto que las calificadas como flexibilidad de entrada lo que incluyen materialmente son medidas de flexibilidad de salida, con lo que a la postre todo es flexibilidad de salida y acaba configurando el mapa general de facultades de extinción del contrato de trabajo. Por expresarlo con mayor precisión, la regulación de las causas legales de extinción del contrato de trabajo (art. 49 ET) contiene una relación precisa de causas, que si bien constituye una lista cerrada, algunas de las que contempla exigen que para su puesta en práctica vengan acompañadas de la correspondiente recepción como cláusula específica en el contrato de trabajo, que son precisamente las causas de contratación temporal; la contratación temporal no es otra cosa que la incorporación dentro del clausulado del correspondiente contrato de una causa adicional de extinción del contrato de trabajo, naturalmente siempre dentro del marco de lo legalmente permitido. Por tanto, la diferencia entre contratos por tiempo indefinido y contratos temporales, no reside en otra cosa que en los primeros se pueden extinguir por las causas sobrevenidas previstas legalmente, en tanto que los segundos además de las anteriores también se pueden extinguir conforme a la condición resolutoria adicional o término pactados en el propio contrato de trabajo. En suma, también refiere la contratación temporal a la flexibilidad de salida y no tiene relación alguna con la flexibilidad de entrada, por cuanto que la libertad de contratación y de selección de trabajadores a contratar es la única materia que incide sobre la flexibilidad de entrada. Siendo esto así una ampliación o reducción de los requisitos de contratación temporal lo que está incidiendo es sobre la flexibilidad de salida y, por tanto, materialmente está regulando el régimen de extinción del contrato de trabajo. En los mismos términos, una mayor o menor permisividad de la facultad empresarial de desistimiento por vía de la regulación del período de prueba, materialmente lo que está regulando de igual forma es el régimen de extinción contractual y las facultades empresariales de flexibilidad de salida.

Las consideraciones precedentes no sólo permiten una visión más amplia de las reformas adoptadas en materia de extinción contractual, sino incluso ello presenta consecuencias también de identificación de los condicionantes respecto de la regulación

de tales materias. En efecto, en la medida en que estas instituciones funcionalmente inciden sobre la esfera de las facultades resolutorias empresariales, las mismas se encuentran condicionadas por el principio general de causalidad del despido, tanto en los términos que éste viene tutelado constitucionalmente como por parte de la normativa europea.

Así, entendemos que debe efectuarse una lectura finalista de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando ésta reconoce el derecho a protección en caso de “despido injustificado” (art. 30), que es la forma de inserción en el texto comunitario del principio de causalidad del despido. Una lectura teleológica del precepto debe conducir a entender que en el mismo el término “despido” no puede ser interpretado de manera formalista para lo que con discrecionalidad cada legislación nacional interprete por despido, sino a la tutela frente a decisiones unilaterales empresariales extintivas injustificadas, pues de lo contrario bastaría que en un Estado miembro se otorgase una plena facultad de desistimiento descausalizada para vaciar por completo de contenido la tutela comunitaria frente al despido injustificado y, por tanto, vaciando por completo de contenido el principio de causalidad del despido.

Mucho más clara al respecto puede resultar la lectura en esa clave del convenio nº 158 de la OIT sobre terminación del contrato de trabajo. Se trata de un texto que por un lado se refiere genéricamente a la extinción del contrato de trabajo y no específicamente al despido, precisando de forma expresa que “las expresiones terminación y extinción de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador” (art. 3); al tiempo que establece de forma directa la exigencia de la causalidad en la terminación del contrato “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (art. 4).

Es, por tanto, a partir de las consideraciones precedentes que cabe reforzar la conclusión de arranque, de valoración del fuerte impacto que esta reforma presenta sobre la regulación del régimen de extinción contractual y, en particular, que lo podemos apreciar más fácilmente a partir del análisis sucesivo de las medidas contempladas en la citada reforma de 2012.

## **2.- Cambios en las causas justificativas de extinción**

### **2.1. Ampliación de los supuestos de descausalización de la resolución contractual**

A partir de las consideraciones precedentes es cómo cabe arrancar por resaltar que la medida más importante en materia de extinción del contrato de trabajo de la presente reforma se encuentra oculta tras una ampliación de los supuestos contractuales que facultan a la empresa para resolver el contrato de trabajo, sin necesidad de alegación de causa; es decir, fenómenos relevantes de descausalización de la resolución contractual.

El primero y más significativo de ellos se presenta a través del establecimiento de un período de prueba de un año de duración para la nueva modalidad del contrato

para pequeñas empresas<sup>3</sup>. Materialmente la medida consiste en el reconocimiento al empresario de una facultad de desistimiento durante el primer año de vigencia del contrato, que implica la posibilidad de extinción del contrato de trabajo sin causa alguna. Esta descausalización de la extinción de la presente modalidad contractual, por este simple elemento, la presenta como más atractiva para las empresas no sólo comparativamente respecto de cualesquiera otras de las opciones contractuales al alcance del empleador, tanto respecto del resto de la contratación indefinida como de cualquiera de las manifestaciones de contratación temporal, desde el instante en que puede proceder por mero desistimiento a la resolución contractual, mientras que tanto contratación indefinida como temporal requieren la concurrencia de una específica causa. En estos términos, no es previsible que con ello se altere la gran brecha existente entre nosotros de segmentación dual del mercado de trabajo. Como efecto derivado puede que lo que se produzca sea un desplazamiento estadístico de la contratación temporal hacia la contratación con periodo de prueba por un año que formalmente se presenta como por tiempo indefinido. Lo relevante no es la formalidad jurídica del tipo de contrato que celebra, sino la mayor o menor inseguridad del contratado frente a una posible pérdida del empleo, a cuyos efectos pervivirá la dualidad de la contratación laboral, desde el instante en que los trabajadores con período de prueba son tanto o más inestables que los contratados temporales y, por tanto, no puede incluirse dentro del grupo de trabajadores con estabilidad en el empleo, por mucho que técnicamente hayan celebrado un contrato por tiempo indefinido. En suma, el objetivo afirmado por la reforma de superación o corrección de la dualidad en el mercado de trabajo no es previsible que se produzca en tanto que pueda celebrarse con tal amplitud el contrato con periodo de prueba de un año.

A pesar de lo anterior, debe dejarse constancia también de que en los meses transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma hasta el momento actual, y aunque no existan datos oficiales publicados de forma precisa al respecto, la impresión es que el número de contratos celebrados bajo esta modalidad contractual resulta muy reducido, no confirmándose las previsiones de que se produciría un desplazamiento de elevada intensidad desde las modalidades de contratación temporal más importantes (obra y servicio y eventual) hacia el contrato de trabajo indefinido para pequeñas empresas. Aparte del escaso tiempo transcurrido, de cautela hasta ver el resultado final de su regulación en el texto de la Ley ordinaria, habría que intentar indagar las razones que han determinado esta parece que pobre acogida por parte de las empresas de esta modalidad contractual, a pesar de las grandes ventajas que la misma ofrece. Al respecto no es pensable que la atonía de contratación existente en el conjunto del mercado de trabajo resulte determinante al efecto, por cuanto que estamos efectuando una prospección del motivo por el que no se produce un desplazamiento del alto número de contratos temporales que se celebran hacia esta nueva modalidad contractual. Téngase en cuenta que actualmente se siguen registrando en las oficinas públicas como media en torno a 1,2 millones de contratos de trabajo, de los cuales en torno 1,1 millones de contratos los son temporales, sin que se precie ni un incremento significativo de los indefinidos ni una reducción perceptible de los temporales; no existiendo datos específicos para esta concreta modalidad contractual, la impresión global es que la misma no está impactando sobre las grandes cifras de la contratación en nuestro país.

---

<sup>3</sup> Art. 4 Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio).

Dos posibles razones podrían explicar este resultado, en términos tales que de ser así, podemos encontrarnos con un escenario de pervivencia de la estructura contractual tradicional. Primera explicación, que se hayan difundido entre los gestores del empleo en nuestro país las sospechas de inconstitucionalidad de la imposición de un período de prueba tan dilatado, que haga poco aconsejable a las empresas correr con el riesgo de que sucesivos desistimientos contractuales por este motivo acaben desembocando en declaraciones judiciales de improcedencia de las correspondientes extinciones contractuales. Segunda explicación, que la cultura de la temporalidad se encuentra tan asentada en las prácticas contractuales de las empresas, que determinen un rechazo empresarial a la incorporación de un empleado por primera vez a través de la nueva modalidad contractual, por mucho que su carácter de indefinido se encuentre intensamente relativizado a resultas de la amplia capacidad de desistimiento contractual a lo largo de los doce primeros años de prestación de servicios por parte de ese nuevo empleado. Más aún, los canales cada vez más asentados de progresiva selección del personal en la empresa y de inicio a través de fórmulas “extracontractuales” de prácticas de empresa primero, contratos formativos después y contratos temporales en tercera fase previa a la consolidación como trabajadores por tiempo indefinido pueden mantener incluso períodos globalmente más dilatados de inestabilidad contractual y, por ende, preferidos por las empresas comparativamente con esta nueva modalidad de contratación con un período de prueba de un año.

Medida paralela, aunque de impacto menor, se encuentra en la mayor permisividad en la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje, que a la postre supone ampliación de los supuestos de lícita celebración de contratos temporales acausales; es decir, de nuevos procedimientos de extinción contractual a la conclusión del contrato sin necesidad de alegación de causa. En este caso se trata desde la perspectiva que estamos tratando de un cambio de segundo orden por dos razones. De un lado, porque la ampliación consistente en que la misma empresa pueda volver a contratarlo sujeto a la misma modalidad contractual cuando se trate de la obtención de una distinta cualificación profesional no es previsible que tenga un gran alcance en términos cuantitativos (art. 11.2.c ET); algún mayor alcance puede tener la permisividad de celebración de esta modalidad contractual hasta los 30 años (disp. trans. 9ª Ley 3/2012, de 6 de julio). De otro lado, porque la importante deriva producida en nuestro mercado de trabajo hacia la incorporación de los jóvenes a través de sistemas de prácticas de empresa o de becas de formación provoca que funcionalmente se reduzca el espacio real de esta modalidad de contratación, siendo bastante elocuente al respecto las pobres cifras de contratación vía esta modalidad ofrecida por las estadísticas oficiales. A todo ello se añade, una vez más, el fuerte aliciente antes descrito del nuevo contrato para pequeñas empresas con amplio período de prueba, que igualmente juega materialmente en términos de competencia desleal con los contratos formativos donde la duración temporal acausal deja de tener el incentivo para las empresa que ofrecía anteriormente cuando no existía esta modalidad contractual.

## **2.2. Ampliación causal en los despidos por causas empresariales**

Las causas justificativas de los despidos en base en razones de deterioro de la evolución de la empresa, derivado de circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas constituyen un factor de atención recurrente en las últimas reformas laborales, incluso objeto de modificaciones desde tiempo atrás, arrancando por la ya

lejana reforma de 1994. Una vez más, el legislador retoca la definición de tales causas, de nuevo con una pretensión ampliatoria, es decir, de mayor permisividad para la resolución contractual por parte de la empresa, de modo que la carga probatoria de la concurrencia de la causa justificativa del despido se reduce notablemente y, por efecto derivado, se reduce igualmente la capacidad de control judicial de la procedencia o improcedencia del despido.

En todo caso, se mantiene el criterio incorporado en los últimos años de unificar la definición de tales causas con independencia del procedimiento de despido empleado, es decir, al margen de que se tenga que acudir al procedimiento de los despidos colectivos como si se trata de despidos individuales objetivos basados en las mismas circunstancias. En estos términos, en la regulación de los despidos individuales no se recoge la definición de dichas causas, sino que el texto legal se limita a efectuar una remisión a la establecida para los despidos colectivos: “cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley...” (art. 52.c ET).

En lo concreto, los cambios se centran en la definición de las causas económicas, consistiendo en lo siguiente: la causa económica puede venir determinada no sólo en la reducción de ingresos (como hasta el presente) sino además también en la reducción de ventas; que la reducción de ingresos se precisa que deben ser los “ordinarios”, mientras que antes no figuraba esta aclaración; que se entiende legalmente que la disminución de ingresos o de ventas resulta persistente si “durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”; se suprime la exigencia de que la empresa deba 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”.

Estas novedades han provocado un importante debate, sobre todo, en torno a la pervivencia de la exigencia de una relación de causalidad entre la situación de la empresa determinante de la decisión empresarial y las medidas extintivas adoptadas a resultas de ello; y, conectado con ello, si adicionalmente esa relación de causalidad mantiene la exigencia de proporcionalidad, es decir, de correspondencia entre la intensidad de la causa justificativa y el número de trabajadores a despedir. En estos términos, la discusión se concentra esencialmente en la supresión a la que nos hemos referido al final del párrafo anterior respecto de la carga probatoria impuesta al empleador. El objetivo amplio del presente trabajo, dirigido a una consideración general del conjunto de las reformas incorporadas en materia de extinción individual, nos impide un comentario en profundidad respecto del mencionado debate, por lo que nos vemos obligados a limitarnos a una valoración de los elementos más sobresalientes de la supresión efectuada con ocasión de esta reforma.

A tales efectos, lo más evidente es que el legislador procede a eliminar una precisión del alcance de la prueba de acreditación impuesta al empleador y, especialmente, a aquella que conecta la decisión de reducción de empleo con los efectos previsibles de superación de la situación de dificultad económica en la que se encuentra la empresa; dicho de otro modo, lo que se elimina de manera directa es la prueba finalista de las consecuencias derivables de la medida empresarial de reducción del

empleo. Eso sí, la cuestión a suscitar es si, además, la supresión de la acreditación de los resultados esperables de la medida, conduce también a la inexigibilidad de la prueba de la causa eficiente de la situación económica y de su intensidad en conexión con la decisión extintiva. Dicho de otro modo, una cosa es suprimir la prueba de futuro (efectos de la decisión extintiva) y otra cosa es suprimir además la prueba causal, en otras palabras, probar hasta qué punto el deterioro económico de la empresa se debe a un excedente de plantilla o si por el contrario las causas de la dificultad económica no traen su fundamento en las dimensiones de la plantilla de la empresa; y, complementariamente a ello, cuál es la intensidad del excedente de plantilla y, por tanto, la proporcionalidad entre la intensidad de la causa económica provocada por la paralela intensidad del sobredimensionamiento del empleo en la empresa.

A nuestro juicio, lo eliminado formal y directamente por la norma es sólo la prueba de futuro, pero sin pronunciamiento respecto de la eliminación o no de la prueba causal de conexión y de proporcionalidad. Bien es cierto que al no efectuarse precisión respecto de lo que debe probar ahora la empresa, pudiera abrirse la interpretación a considerar que la norma a partir de ahora sólo está exigiendo la prueba de la situación económica negativa de la empresa, bastando con ello y al margen de que tal situación encuentre su causa o no en un sobredimensionamiento del empleo en la empresa. Eso sí, a nuestro juicio, tal lectura del precepto comportaría eliminar un elemento consustancial a la exigencia de causalidad del despido y, como tal, sería contrario al modo cómo tal exigencia viene impuesta desde el texto constitucional a partir del reconocimiento del derecho al trabajo (art. 35.1 CE). En suma, una lectura constitucional de la causa prevista legalmente desemboca a nuestro juicio en la ineludible pervivencia de la relación de causalidad entre la situación económica de la empresa y que la misma encuentra su origen en un excedente de empleo en la empresa, así como la necesaria proporcionalidad en intensidad en esa constatación de relación de causalidad.

### **2.3. Despido por falta de adaptación a las modificaciones técnicas**

Entrando ya más directamente en los supuestos de despidos individuales, el primer cambio en las causas de despidos objetivo se presenta en relación con la variante de la ineptitud, consistente en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo (art. 52.b ET). Se trata de una causa muy singular, que marca antes que nada el alcance de las obligaciones de reciclaje profesional del trabajador, así como las cargas impuestas al empleador en ese contexto de cambios tecnológicos. Dicho de otro modo, aunque se trata de una materia regulada sistemáticamente dentro del régimen del despido, resulta más trascendente desde la perspectiva de las obligaciones de las partes en el marco de cambios sobrevenidos en la empresa de carácter tecnológico. En estos términos, se puede afirmar que en la práctica, desde la perspectiva de la extinción, no suele ser una causa de habitual uso por parte de las empresas, de modo que las reformas introducidas en esta causa no tiene un impacto significativo sobre el ejercicio de las facultades resolutorias del empleador. A mayor abundamiento, las novedades introducidas en esta materia por parte de la reforma laboral de 2012, son de tono menor, presentan más bien un sesgo estrictamente técnico y de clarificación del supuesto a los efectos de otorgar una mayor seguridad jurídica en la materia. En todo caso, al objeto de dejar constancia del total de novedades introducidas procedemos a su enumeración e identificación de su significación.



En primer lugar, se impone que el empresario en todo caso debe ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación de las modificaciones técnicas operadas, mientras que con anterioridad se trataba de una mera posibilidad de carácter potestativo para el empleador. A resultas de ello, ha de entenderse que si se produce un despido en base a la presente causa, sin que el empresario haya ofrecido al trabajador el correspondiente curso de reciclaje no concurre la causa justificativa en todos sus elementos y, por ende, el despido debe calificarse como improcedente.

En correspondencia con ello, se corrige el error técnico en el que incurría la regulación anterior caracterizando a ese tiempo dedicado al seguimiento del curso de reciclaje como un periodo de suspensión del contrato de trabajo, cuando ello era una incorrección a la vista de que se le reconocía en paralelo el derecho del trabajador a seguir percibiendo el salario durante el desarrollo de dicho curso. Si existe un derecho a la percepción del salario, no puede entenderse que exista suspensión de la relación laboral (art. 45.2 ET); y, al propio tiempo, si se mantiene el derecho a la percepción del salario lo es porque al trabajador se le impone un deber de seguimiento con provecho del curso de reciclaje: su obligación de ejecución del contrato de trabajo consiste precisamente en hacer todo el esfuerzo y poner toda la diligencia necesaria en el reciclaje profesional, por lo que no hay suspensión de las obligaciones mutuas; la única especialidad es que el total o parte de la jornada de trabajo en lugar de destinarse a un esfuerzo directamente productivo se dedica a un aprendizaje en beneficio de la empresa. Por ello, con toda corrección la nueva redacción del precepto establece que el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará el salario medio que viniera percibiendo, omitiéndose el antiguo error de calificar la situación de suspensión de la relación laboral.

Sin embargo, la norma no precisa en modo alguno la duración que debe tener el mencionado curso de reciclaje, ni siquiera por aproximación, establece una duración mínima exigible a dicho curso, elemento que este sí es criticable por cuanto que provoca una indudable inseguridad jurídica y dificulta notablemente el control judicial, no sólo relativo al cumplimiento del presente requisito, sino que por está estrechamente unido a la causa igualmente dificulta el control judicial del despido mismo. Debe a estos efectos llamarse la atención que con anterioridad la norma exigía un período mínimo desde la introducción del cambio, de modo que el despido no se podía producir hasta que hubiesen transcurrido dos meses desde que se introdujo la modificación; por contraste la nueva regulación, aunque mantiene literalmente esta previsión legal, añade alternativamente que también ha de contabilizarse el tiempo de duración del curso de reciclaje profesional: “La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación” (art. 52.b ET). La redacción forzando su interpretación podría dar juego a varias interpretaciones posibles, pero a nuestro juicio la única realmente plausible es que, al establecer los dos cómputos temporales en términos alternativos, que no acumulativos son válidos cualquiera de los dos: el despido puede efectuarse tanto si han transcurridos dos meses sin concluir el curso de reciclaje como si ha terminado de impartirse el curso de reciclaje sin pasar aún los mencionados dos meses. En estos términos, lo criticable no es sólo que se permite por vía una reducción indirecta de este tiempo de espera para constatar la efectiva falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo, sino que por añadidura no se conoce el tiempo mínimo que puede durar el curso de reciclaje y, por efecto derivado, se abre una fuerte incertidumbre en cuanto al tiempo necesario

mínimo desde que se verifica el cambio tecnológico y el momento a partir del cuál el empresario puede proceder a despedir en base a la presente causa.

A la postre, todo ello abre un amplio margen de comprobación por parte del órgano judicial en torno a la idoneidad del curso para propiciar la adaptación del trabajador y, en base a ello, la razonabilidad de la duración del curso exigido en función de la intensidad de los cambios tecnológicos producidos que obligan al trabajador a la correspondiente movilidad funcional por mucho que la misma se materialice sin cambiar de puesto de trabajo.

#### **2.4. Corrección de los requisitos del despido por excesiva morbilidad**

La segunda de las causas donde se producen cambios se sitúa en el conocido habitualmente como despido objetivo por excesiva morbilidad, es decir, para aquellos supuestos en los que el trabajador, aunque justificadamente, se ausenta con reiteración por períodos muy corto de tiempo, concentrado el supuesto casi exclusivamente en las bajas por enfermedades de corta duración (art. 52.d ET)<sup>4</sup>.

La primera modificación consiste en concreto en que hasta el presente se exigía, además de un número mínimo de ausencia personales por parte del trabajador a despedir, la concurrencia adicional de un porcentaje mínimo de absentismo en la empresa. Ese nivel de absentismo general en la empresa se encontraba cifrado durante largo tiempo en el 5 %, siendo reducido al 2,5 % con ocasión de la reforma laboral de 2010 y ahora suprimido por completo como requisito adicional. En suma, a partir de ahora el requisito exclusivo se situará en el nivel personal de absentismo, al margen de cuál sea el correspondiente globalmente a la empresa o al centro de trabajo. El cambio no requiere de mayor explicación, por cuanto que no parece presentar duda alguna de interpretación, al margen de que desde el punto de vista de sus efectos tampoco parece que vaya a ser relevante. Aunque no existan estadísticas concretas del uso de esta causa de despido en la práctica empresarial, por el número de asuntos judiciales al respecto parece que se trata de una causa marginal, sin que sea previsible que este panorama se vea alterado por la supresión de este requisito de absentismo global. El dato clave es la forma de cómputo del absentismo personal, aparte de que se trata de una regla que provoca el natural efecto de toma en consideración de los trabajadores del máximo de ausencias de corta duración, aun justificadas, permitidas a estos efectos por la legislación vigente, de modo que la presencia de un trabajador especialmente enfermizo tiende a provocar bien la pérdida de empleo por otras vías o bien la prolongación por parte de dicho trabajador de la baja superando los veinte días excluidos legalmente del cómputo.

Otra corrección de detalle es que cuando se computan las ausencias individuales con dos alternativas (20 % en los dos últimos meses consecutivos o 25 % en cuatro meses discontinuos a lo largo de un año) para la primera de las alternativas se añade que en todo caso el trabajador ha de superar un 5 % de las jornada hábiles en el año anterior. Dicho de otro modo, ahora no basta con un 20 % en los dos últimos meses, sino que además ese trabajador al menos ha debido computar un 5 % de absentismo en el total del año precedente. Asimismo, se matiza como otra novedad que tampoco se

---

<sup>4</sup> Cfr. M. M. Ruiz Castillo, La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012.

computarán dentro de las ausencias que justifican este despido aquellas que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Tampoco parece que estos cambios de matiz incrementen en demasía los requisitos exigidos legalmente a las empresas, por lo que tampoco parece que desde esta perspectiva se vayan a producir cambios de trascendencia en la práctica de las empresas.

## **2.5. La prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria**

Otra novedad de última hora, que no se recogía en el Real Decreto-Ley pero que se incorpora al final de la tramitación parlamentaria de la aprobación de la Ley ordinaria, consiste en la incorporación de una tajante prohibición de las hasta el presente muy extendidas cláusulas en los convenios colectivos relacionadas con la jubilación obligatoria de los trabajadores en el momento de la superación de la edad ordinaria para el reconocimiento de la pensión contributiva de la Seguridad Social: “se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas” (disp. adic. 10ª ET).

Es cierto que la presente disposición legal ha experimentado multitud de cambios y matices a lo largo de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores, si bien nunca ha presentado una redacción tan tajantemente prohibitiva de una práctica tan extendida en nuestra negociación colectiva dentro del marco de las políticas de incentivo del cambio generacional en las plantillas de las empresas y de rejuvenecimiento de las mismas. Sobre todo es sorprendente una prohibición de esta naturaleza cuando la jurisprudencia tanto de nuestro Tribunal Constitucional<sup>5</sup> como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>6</sup> han avalado su adecuación tanto al mandato de reconocimiento del derecho al trabajo como de prohibición de tratamientos discriminatorios por razón de edad.

Lo especialmente llamativo es que hasta el momento presente la normativa estatal había establecido un amplio espacio al contenido de la negociación colectiva, con tendencia ampliatoria con el paso del tiempo, sin perjuicio de que como salvaguarda de intereses generales hubiese estimado oportuno establecer condicionantes o limitaciones a la regulación de las condiciones de trabajo y de empleo contenidas en la misma. Salvo error u omisión, con excepción de la tradicional prohibición de las cláusulas de traslación al empleador de las cargas fiscales y de Seguridad Social impuestas a los trabajadores (art. 26.4 ET), por obvias razones de orden público, hasta el presente no se recogía una prohibición expresa e incondicionada a la negociación colectiva para establecer reglas adicionales o complementarias a las previstas en la legislación estatal. No se admiten excepciones de ningún tipo a la prohibición de referencia, lo que acentúa más si cabe el alcance de la prohibición legal.

A mayor abundamiento, cuando menos en la literalidad del precepto, la prohibición legal no sólo se extiende a las cláusulas directas por medio de las cuales se

---

<sup>5</sup> SsTC 58/1985, de 30 de abril, BOE de 5 de junio; 95/1985, de 29 de julio, BOE de 14 de agosto; 280/2006, de 9 de octubre, BOE de 16 de noviembre; y 341/2006, de 11 de diciembre, BOE de 16 de enero de 2007.

<sup>6</sup> Por todas, SsTJUE de 12 de octubre de 2010, asunto Rosenblat C-45/09; 13 de septiembre de 2011, asunto Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach/Deutsche Lufthansa AG, C-447/09.

viene a establecer la jubilación obligatoria de los trabajadores cuando concurren los requisitos previstos en la previsión correspondiente, sino incluso a reglas de mero incentivo o facilitación de la jubilación del trabajador más allá de la edad ordinaria. Conviene llamar la atención sobre la expresión legal prohibitiva, que se refiere en concreto a la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que “posibiliten” la extinción. Por tanto, no sólo aquellas que “provoquen” o “determinen” la extinción, sino meramente aquellas que la “posibiliten”. Y posibilitar por interpretación lógica nos incluye formalmente también las meras reglas de fomento, incluso de compensación por la libre decisión del trabajador de desistimiento contractual a resultas de su voluntad de jubilarse. Llevada hasta sus últimas consecuencias, la dicción del precepto conduciría a calificar como nulas las simples reglas que, como medida de seguridad social complementaria, contemplan un premio por jubilación del trabajador; en efecto, tales premios qué duda cabe que “posibilitan” la extinción del contrato para jubilarse el trabajador. Diferente es que se proceda a efectuar una lectura finalista y contextual del precepto, que nos permita una interpretación menos rígida de la prohibición legal, en términos tales que interpretemos teleológicamente el precepto, de tal forma que deduzcamos que la voluntad del legislador era meramente la de cerrar el paso a las consolidadas cláusulas de jubilación obligatoria recogidas en la negociación colectiva en el marco de una determinada política de empleo.

Lo que parece fácil intuir es que la regla no pretende tanto actuar en el ámbito de la limitación de la capacidad empresarial de reducción del empleo cuanto en imponer todas las consecuencias normativas derivadas de una política preocupada por los efectos del envejecimiento general de la población sobre el equilibrio financiero de la Seguridad Social. Y, por ende, impedir las prácticas que dificulten el retraso de la edad de jubilación de la población ocupada, incluso más allá de la edad ordinaria de reconocimiento del derecho a la pensión contributiva de jubilación. Eso sí, al decantarse la norma con tal intensidad por favorecer la prolongación de la edad de jubilación, resulta una regla escasamente equilibrada para ponderar el conjunto de intereses en juego en esta materia. La regla que se deroga a resultas de esta prohibición, por el contrario, sí que incorporaba las debidas cautelas de atención a la suficiencia de ingresos económicos de las personas de edad más avanzada que se podrían jubilar a resultas de las cláusulas hasta ahora permitidas en materia de jubilación, junto a la exigencia de inserción de la medida dentro de objetivos empresariales de política de empleo, con un juego a nuestro juicio más equilibrado de los diferentes intereses en presencia.

El peligro que tienen este tipo de prohibiciones tan tajantes, yendo a contracorriente de lo que vienen siendo las prácticas empresariales asentadas a lo largo de tantos años, es que no logren sus pretendidos objetivos de postergación de la edad de jubilación. Dicho de otro modo, que al final sigan primando las expectativas empresariales de rejuvenecimiento de sus plantillas, que adopten medidas que aboquen al mismo resultado de jubilación forzada de los trabajadores a esas edades, pero con tutelas de garantías inferiores a las existentes hasta el momento presente. De un lado, téngase en cuenta que si se les cierra esa puerta a las empresas, las mismas podrán incrementar las prácticas de ofertas de bajas voluntarias incentivadas por la vía individual. De otro lado, téngase presente que nada impide que las empresas procedan a poner en marcha procedimientos de regulación de empleo, a través de los cuales en el momento de la selección de los trabajadores afectados por los correspondientes

despidos opten por acudir a los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria para obtener la pensión contributiva de Seguridad Social.

A tener de todo lo anterior, habría que preguntarse si la medida prohibitiva y, sobre todo, la intensidad con la que se establece legalmente, no atenta contra el derecho constitucional a la negociación colectiva, que naturalmente ha de entenderse que se extiende como una de sus manifestaciones esenciales a la libertad por parte de los negociadores a decidir las materias respecto de las que negocian, siempre que las mismas sean respetuosas con las reglas de orden público que limiten razonable y proporcionalmente el presente derecho a la negociación colectiva.

Por último, advertir que la regla general se complementa con una específica previsión de derecho transitorio, para atender al impacto de la prohibición sobre las cláusulas de los convenios colectivos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la reforma que contuviesen los correspondientes mecanismos que posibilitasen la jubilación de los trabajadores. En concreto, la regla se puede resumir diciendo que se respeta la vigencia de los convenios colectivos precedentes a la reforma, si bien su pervivencia se mantiene sólo hasta la conclusión de la vigencia ordinaria del respectivo convenio; dicho en sentido contrario, no se admite su juego en la fase de ultraactividad del convenio colectivo<sup>7</sup>.

## 2.6. Novedades en los despidos indirectos

Con esta visión de conjunto de las medidas de reformas que impactan sobre la extinción del contrato de trabajo, es necesario incorporar los cambios que se producen en materia de flexibilidad interna y, en particular, de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que por su resultado resultan tan perjudiciales para los trabajadores que los abocan a resolver su contrato de trabajo. Esta perspectiva de la resolución, formalmente a instancias del trabajador, fue presentada en estos términos por parte de la doctrina laboral desde hace bastante tiempo cuando a estas manifestaciones de la extinción contractual vino a calificarlas como denuncia modificativa o como despidos indirectos.

La novedad probablemente más significativa, pero al propio tiempo la que puede pasar más inadvertida, deriva de la traslación al régimen del descuelgue de los convenios colectivos estatutarios del conjunto de las modificaciones de condiciones de trabajo, cuando hasta el presente el precepto de referencia se encontraba circunscrito a la inaplicación salarial. Recordar que hasta el presente la inaplicación de las condiciones de trabajo diversas de las correspondientes a la cuantía salarial se tramitaba a través del procedimiento general de las modificaciones de condiciones de trabajo (art. 41 ET) mientras que a resultas de la reforma se trasladan al mecanismo del descuelgue de

<sup>7</sup> “1. Lo establecido en la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada a la misma por la presente ley, se aplicará a los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de esta ley.

2. La citada disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores se aplicará a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley en los siguientes términos:

a) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca después de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización.  
 b) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha” (disp. trans 15ª Ley 3/2012, de 6 de julio).

condiciones cuando afectan a inaplicación de lo pactado en convenio colectivo estatutario (art. 82.3 ET). Es cierto que la traslación inicialmente sólo se presenta como una ordenación más sistemática de las diversas instituciones, sin gran afectación a las reglas de procedimiento, desde el instante en que uno y otro precepto discurren por canales en cierto modo paralelos. Eso sí, con importantes diferencias destacadas por todos, como son que los procedimientos articulados por la vía del art. 41 ET desembocan siempre en la facultad empresarial de modificación o inaplicación unilateral, en tanto que la vía del art. 82.3 ET desemboca en mecanismos arbitrales aun cuando resulten complejos en su desarrollo por el carácter finalmente obligatorio del mismo.

En todo caso, desde la perspectiva que queremos resaltar en estos momentos, es decir, en lo que afecta a la extinción del contrato de trabajo, la novedad se sitúa en el dato de que con la regulación anterior la inaplicación del convenio colectivo de condiciones diversas a la cuantía salarial se presentaba como una causa justificativa de resolución contractual. Es cierto que la reforma de 2010 introdujo un cambio interno dentro del propio artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, que podía dar lugar a ciertas dudas interpretativas respecto de la viabilidad en tales casos de proceder a optar por la resolución contractual, si bien una interpretación sistemática y contextual abundaba con fuerza a deducir que se mantenía a todos los efectos la facultad resolutoria con derecho a la percepción de la correspondiente indemnización en estos casos. Sin embargo, a partir de la reforma de 2012 resulta claro que, excluyéndose la aplicación a estos efectos del régimen del art. 41 ET y, por tanto, aplicándose exclusivamente el régimen del art. 82.3 ET, el trabajador no ostenta derecho alguno a la resolución contractual; o, por ser más preciso, ahora en tales supuestos al trabajador sólo le cabe proceder a la dimisión no indemnizada, si entiende que la medida inaplicativa o modificativa le fuerza a extinguir su contrato de trabajo<sup>8</sup>.

El cambio a estos efectos puede provocar diferencias de tratamiento bastante contradictorias y, por ello, difícilmente comprensibles en la lógica funcional de las diversas instituciones; me refiero en concreto a la circunstancia de que a partir de la reforma un descuelgue de condiciones pactadas en un convenio colectivo extraestatutarios puede permitir la resolución contractual indemnizada, al aplicarse el art. 41 ET, mientras que ello no es viable cuando se trate de descuelgue de condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario, al aplicarse lo previsto en el art. 82.3 ET. Carece de coherencia, porque en ambos casos se produce idéntico perjuicio al trabajador, en la medida en que similares por no decir idénticas son las condiciones que pueden ser objeto de modificación; del mismo modo que carece de coherencia, por cuanto que en ambos casos la modificación se verifica contra la voluntad del trabajador afectado, pudiendo en ambos casos ser el resultado del acuerdo como del desacuerdo entre la dirección de la empresa y la representación colectiva de los trabajadores. A resultas de ello, habría que valorar hasta qué punto es posible aplicar el principio jurídico general conforme al cual deben rechazarse las conclusiones que conducen a resultados absurdos, si bien la gran dificultad a estos efectos es que la literalidad de los mencionados preceptos es clara en esta materia: cuando el legislador ha deseado que el régimen jurídico previsto en el precepto correspondiente a las modificaciones sustanciales (art. 41 ET) se aplique igualmente a los descuelgues de condiciones de convenios estatutarios (art. 82.3 ET) así lo ha establecido expresamente, de lo que

---

<sup>8</sup> Cfr. Sobre el particular, W. Sanguinetti Raymond, La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanente, RDS nº 57 (2012), pgs. 143-144.

deriva una fuerte presunción a interpretar que los silencios que aparecen en otro sentido manifiesta una voluntad en sentido contrario por parte del legislador.

De otra parte, novedad más resaltada por la doctrina que ha comentado la reforma se sitúa en el dato de que entre las causas justificativas de la resolución causal a instancias del trabajador se encontraba la modificación de condiciones de trabajo que provocaba un perjuicio de la formación profesional del trabajador, causa que ahora desaparece en la nueva regulación (art. 50.1.a ET). Quiere ello decir que, en la hipótesis de que una modificación sustancial de condiciones de trabajo incida negativamente en la formación profesional del trabajador, ello no constituirá causa justificativa para resolver el contrato con derecho a percibir la indemnización equivalente al despido improcedente (art. 50.2 ET). Por ser más precisos técnicamente, el cambio no afecta estrictamente a las causas justificativas de resolución contractual, cuando a la cuantía indemnizatoria. En efecto, en estos supuestos de perjuicio a la formación profesional ya no cabe obtener la cuantía correspondiente a los despidos improcedentes (33 días de salario por año de antigüedad) sino exclusivamente la cuantía prevista para la resolución reconocida por el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, que viene a ser la similar al despido objetivo procedente (20 días de salario por año de antigüedad con el tope de 9 meses).

Más aún, otro cambio que puede pasar algo más inadvertido y que comporta una enorme trascendencia en cuanto a alcance que puede tener es que respecto del perjuicio grave que se mantiene legalmente, el relacionado con el perjuicio a la dignidad del trabajador, se observa otra relevante novedad. Hasta ahora, cualquier tipo de modificación sustancial de condiciones de trabajo que comportase un perjuicio a la dignidad del trabajador facultaba a que éste pudiera proceder a solicitar la resolución contractual con derecho a obtener la indemnización correspondiente al despido disciplinario. A partir de ahora, no basta con que el trabajador sufra un trato vejatorio, sino que además es imprescindible que éste se haya efectuado “sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley” (art. 50.1.a ET). Dicho de otro modo, parecería como si la norma indicase que cuando el empleador sigue el régimen y tramitación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, aunque ello redunde en perjuicio de la dignidad del trabajador, no cabe la resolución contractual del art. 50 ET. Téngase en cuenta, por añadidura, que la laxitud de la causa justificativa de las modificaciones sustanciales, tal como se encuentra recogida a partir de ahora en el precepto correspondiente (art. 41 ET) no se conecta en modo alguno con la repercusión que ello tiene para el trabajador, bastando con que la medida se encuentre relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa; en definitiva, la causa puede concurrir y provocar un perjuicio a la dignidad del trabajador. Interpretado literalmente el precepto (art. 50.1.a ET), si concurre la causa en esos términos de laxitud y el empleador cumple con los trámites procedimentales exigidos por el precepto en cuestión (art. 41 ET) nunca cabrá proceder a solicitar la resolución contractual en base al art. 50 ET, por mucho que dicha modificación redunde en perjuicio de la dignidad del trabajador. Por muy absurda que esta lectura resulte, la misma parece confirmarse, a mayor abundamiento a resultas de otra novedad que aparece en el propio art. 41 ET. Me refiero ahora al dato de que el precepto previamente cuando regulaba la facultad resolutoria en el artículo 41 ET, especificaba que ello procedía “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a)”. Esa precisión ha desaparecido por completo del art. 41 tras la reforma, lo cual no debe ser inocuo, sino que debe manifestar una precisa voluntad del legislador con tal supresión: antes el trabajador afectado por una modificación sustancial, por muy lícita que la misma fuese,

al provocar un perjuicio simple demostrable podía proceder a resolver el contrato con la indemnización equiparable al despido objetivo, mientras que si por añadidura suponía un perjuicio grave, por ejemplo incidiendo negativamente sobre la dignidad del trabajador, daba paso a la posibilidad de proceder a resolver el contrato de trabajo con la indemnización superior al despido improcedente, sin exigirse ante que ello se produjese sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET. Por añadidura, se produce el escenario paradójico de que sigue siendo causa de resolución contractual con derecho a indemnización equivalente al despido improcedente “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario” (art. 50.1.c ET); y es muy probable que de forma pacífica cualquiera valorara que no hay mayor incumplimiento grave empresarial que dar lugar a un tratamiento vejatorio, contrario a la dignidad del trabajador. Eso sí, esta última valoración, no deja de chocar con la literalidad del art. 50.1.a ET, que exige el requisito adicional de no respetar lo previsto en el art. 41 ET.

En esta tesitura, la única respuesta posible es de índole constitucional: la obligada lectura constitucional del texto estatutario, obliga a recordar que la dignidad de la persona constituye fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), por lo que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE); sin olvidar tampoco que ello se traslada al específico ámbito de las relaciones laborales cuando se establece que “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho...e) al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad” (art. 4.2.e ET). A tenor de ello, a nuestro juicio resulta obligado una reinterpretación del texto legal en términos tales de entender que una modificación sustancial de condiciones de trabajo que menoscabe la dignidad del trabajador resulta ilegal, por inconstitucional, por mucho que concurren las causas justificativas del art. 41 ET y se hayan seguido los trámites procedimentales del mencionado precepto; en suma, la modificación que presenta carácter vejatorio necesariamente se lleva a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 ET, por adecuación constitucional del precepto, y por ende, da derecho a resolver el contrato de trabajo con derecho a obtener la indemnización correspondiente al despido disciplinario. Naturalmente, todo ello, sin perjuicio de que el trabajador siempre tenga abierta la posibilidad de reclamar judicialmente en tutela de sus derechos fundamentales reclamando la “restitutio in integro”, es decir, la reincorporación del trabajador a las condiciones previas al tratamiento vejatorio; mecanismo que de nuevo abriría paso a la resolución contractual con derecho a la indemnización correspondiente (art. 50.1c ET).

En otro orden de cosas, la regulación del procedimiento de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo amplía el listado de supuestos que habilita para proceder a la resolución contractual a iniciativa del trabajador si éste demuestra verse perjudicado por la medida, con el indicado derecho a la percepción de la indemnización de los 20 días de salario por año de antigüedad. En efecto, con anterioridad la facultad resolutoria sólo se contemplaba para los tres primeros supuestos del listado de modificaciones sustanciales: a) jornada de trabajo, b) horario y distribución del tiempo de trabajo y c) régimen de trabajo a turnos. A partir de la reforma, manteniéndose estos tres supuestos, se añaden otros dos: d) sistema de remuneración y cuantía salarial y f) funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del propio Estatuto de los Trabajadores. La ampliación realmente novedosa es la relacionada con la retribución, por su importancia y porque ahora no sólo abarca los aspectos cualitativos vinculados al sistema de remuneración sino además ahora incluyendo especialmente los cuantitativos vinculados con el montante del salario que



se incluye como materia nueva entre las condiciones modificables por este vía. Por contraste, la incorporación de los cambios funcionales tiene un alcance de signo diverso, dado que por su intensidad ha de interpretarse que los mismo repercuten negativamente sobre la formación profesional del trabajador, lo que significaba que con anterioridad también permitían la resolución del contrato a iniciativa del trabajador, eso sí con la diferencia de que ello se articulaba a través de la causa resolutoria del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores; el resultado práctico no es otro que antes las modificaciones sustanciales en las funciones facultaban para una resolución con derecho a percibir la indemnización correspondiente a los despidos improcedentes, en tanto que ahora facultan igualmente a la resolución pero con derecho a una indemnización inferior, la equivalente al perjuicio de tipo menor: 20 días de salario por año de antigüedad con el tope de los 9 meses.

Por lo demás, también conviene dejar constancia que la superior amplitud establecida para las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, provoca igualmente una indirecta ampliación de los posibles supuestos de despidos indirectos. Recuérdese que conforme a la regulación precedente la modificación sustancial requería cuando menos que la misma propiciase una mejora de la situación de la empresa, en tanto que ahora la previsión es mucho más genérica, si cabe, bastando con que la misma esté relacionada con la competitividad, la productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Pudiera pensarse que las precedentes medidas son de escaso alcance y no tienen por qué alterar las prácticas empresariales y las reacciones de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, probablemente debidas a su conjunción con otras medidas adoptadas en otras materias, el resultado que parece constatar en términos estadísticos a partir de la reforma es un significativo incremento porcentual de las extinciones contractuales derivadas de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; al menos las cifras relativas a las vías de acceso al reconocimiento de la prestación por desempleo así lo parecen mostrar.

### **3.- Novedad en la calificación del despido**

Los cambios en materia de procedimiento se centran fundamentalmente en el ámbito de los despidos colectivos, mientras que son prácticamente marginales los que afectan a los despidos individuales y, en general, al conjunto de las extinciones individuales del contrato.

Por dejar cuando menos constancia de la única que se refleja en el nuevo texto legal, referirnos al cambio en la determinación de la procedencia o improcedencia del despido objetivo. Con procedencia la norma se limitaba a precisar cuándo se consideraba que el despido merecía la calificación de improcedente, mientras que ahora arranca estableciendo los requisitos para la declaración del despido como 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”), especificando a continuación que en caso contrario el despido se considerará improcedente (art. 53.4.c ET). A nuestro juicio, se trata de un mero cambio formal, de simple presentación del régimen del despido partiendo de la referencia al supuesto que se considera fisiológico (procedencia del despido) para postergar a un segundo lugar el

supuesto que se contempla como patológico (improcedencia del despido). Eso sí, en todo caso, entiendo que se trata de un mero cambio “estético”, sin la más mínima repercusión en las situaciones que determinan la procedencia o improcedencia del despido, que siguen siendo las mismas, naturalmente más allá del cambio ya analizado en lo que afecta a las causas del despido y que, por tanto, inciden en el espacio correspondiente en la práctica de la procedencia e improcedencia del despido.

#### **4.- Reformas en materia de costes del despido**

La reforma de 2012 efectúa cambios de notable calado en las responsabilidades económicas derivadas de los despidos y resto de extinciones contractuales, con un nuevo encaje de influencia mutua de las nuevas normas, que merece la pena desmenuzar en sus diferentes elementos. Y, de nuevo, conviene presentar con una visión de conjunto y no meramente centrada en las estrictas reglas establecidas para las indemnizaciones por despido

##### **4.1. Supuestos con ausencia de abono de indemnizaciones**

Para comenzar, resaltar que al propiciarse la celebración de una nueva modalidad contractual dirigida a las pequeñas empresas, con un dilatado período de prueba, se amplían notablemente los espacios de la facultad de desistimiento empresarial en el curso del período de prueba. Desistimiento empresarial que, desde la perspectiva que estamos analizando en estos momentos, comporta la presencia de un supuesto de extinción unilateral por decisión empresarial que no da derecho a la percepción de indemnización alguna por el trabajador. Este desistimiento durante el período de prueba no sólo se caracteriza por la ausencia de acreditación de causa justificativa precisa, sino, por añadidura, por la falta de imposición al empleador de obligación de indemnización por los posibles daños y perjuicios sufridos por el trabajador a resultas de la pérdida de su empleo. Ninguna extinción del contrato durante el período de prueba da derecho a percibir indemnizaciones compensatorias a resultas del desistimiento (art. 14 ET), circunstancia que se extiende, pues, también para la modalidad específica del contrato de trabajo indefinido para pequeñas empresas. A partir de ello, interesa resaltar de nuevo la diferencia comparativa con los contratos temporales causales más significativos (obra o servicio y eventual), cuya denuncia sí que da derecho en todo caso a percibir una indemnización ponderada en función de la antigüedad del trabajador que pierde su empleo<sup>9</sup>. Constituye este un elemento adicional de ventaja comparativa entre el contrato indefinido para pequeñas empresas y los contratos temporales causales.

##### **4.2. La indemnización por despido improcedente**

Se ha modificado la cuantía de la indemnización por despido improcedente, cuando se opta por el mantenimiento de la extinción contractual como alternativa a la reintegración del trabajador, en términos tales que se ha generalizado y convertido en definitiva la cuantía en su día incorporada exclusivamente para los contratos indefinidos

---

<sup>9</sup> En estos momentos equivalente a 9 días de salario por año de antigüedad, con incremento progresivo hasta llegar a los 12 días de salario por año de antigüedad a comienzos de 2015 (disk. trans. 13ª ET).

para el fomento de la contratación indefinida<sup>10</sup>. En correspondencia con ello, se procede a la derogación de esta modalidad contractual indefinida, ya que la misma carece de todo sentido y espacio regulativo diferenciado. A partir de ahora, se establece una cuantía única para la indemnización por despido improcedente, de forma incluso más extensiva, por cuanto que con anterioridad dicha cuantía más reducida para la modalidad de contratación de fomento lo era exclusivamente para la improcedencia derivada de despidos objetivos, en tanto que ahora no sólo se generaliza para el total de los contratos sino que se extiende a todos los despidos, tanto objetivos como disciplinarios, tanto directos como los indirectos derivados de resoluciones contractuales a iniciativa del trabajador, incluida también la declaración de improcedencia en el caso de los despidos colectivos. Para todos y cada uno de estos supuestos la previsión legal a partir de ahora será la equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades (arts. 56.1, 55.3, 50.2 ET y art. 110.1 LRJS).

Reglas especiales se establecen para el caso de despidos respecto de trabajadores contratados con precedencia a la reforma, a través de una previsión de derecho transitorio que se resume en abonar para el período de antigüedad acumulado desde el inicio de la relación laboral hasta la entrada en vigor de la reforma por el equivalente de la cuantía de la indemnización prevista con anterioridad (45 días de salario por año de antigüedad) y para el período de antigüedad acumulado a partir de la entrada en vigor de la reforma por la nueva cuantía indemnizatoria (33 días de salario por año de antigüedad). En todo caso, rige el tope máximo indemnizatorio de las 24 mensualidades para todos los trabajadores y, en especial, para la suma de los dos métodos de cálculos respecto de los trabajadores que se encontraban contratados en el momento de entrada en vigor de la reforma; salvo que con una antigüedad muy elevada el trabajador despedido superase esa cuantía en el período de cómputo previo a la reforma, en cuyo caso se reconoce el derecho a percibir hasta el precedente tope máximo de las 42 mensualidades<sup>11</sup>.

Más allá de la reducción de la cuantía indemnizatoria para el despido improcedente cuando se opta por la indemnización, a mi juicio resulta de mayor trascendencia el cambio producido desde la perspectiva comparada con la indemnización correspondiente al despido objetivo procedente. En efecto, la clave a estos efectos no se encuentra en el coste del despido aisladamente considerado para cada supuesto, sino al diferencial cuantitativo entre uno y otro; por decirlo de otro modo, lo importante es que a resultas de la reforma se reduce el diferencial entre el

---

<sup>10</sup> La regulación de dicha modalidad contractual se encontraba recogida en la disp. adic. 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), modificada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE 30 de diciembre), Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre) y RDL 10/2011, de 26 de agosto (BOE 30 de agosto).

<sup>11</sup> “1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012.

2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

3. En el caso de los trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida, se estará a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de esta Ley” (disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio).

despido improcedente y el procedente: antes de 25 días de salario por año de antigüedad (45-20), ahora sólo de 13 días de salario por año de antigüedad (33-20); también en los topes máximos: antes 30 mensualidades (42-12), ahora sólo 12 mensualidades (24-12). Dicho con cierta simplicidad, al final el empleador efectuará un simple cálculo de costes, computando qué le resulta más costoso, si el despido improcedente con 33 días o el despido procedente con 20 días más abono de los costes de tramitación judicial (defensa judicial más informe económico justificativo de la concurrencia de la causa), sin desmerecer la trascendencia siempre otorgada al cálculo del riesgo de incertidumbre de la respuesta judicial. Las cantidades precedentes variarían de tomarse en consideración las cantidades que antes y a partir de la reforma asume o deja de asumir el Fondo de Garantía Salarial, como detracción de costes para el empleador, en los términos que describiremos en apartado sucesivo; pero, en todo caso, el resultado comparativo a resultas de la reforma sería el mismo --reducción del diferencial de costes entre la procedencia y la improcedencia--, con lo cual se podrían mantener similares criterios de valoración de costes diferenciales por parte del empleador.

### 4.3. Los salarios de tramitación

El preámbulo de la Ley viene a centrar la ineficiencia del régimen hasta el momento presente en esta materia en la presencia muy generalizada del denominado despido “expres”, que se venía produciendo por vía del reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa, sea en el acto de conciliación preprocesal o antes de ello. Para el preámbulo dicha fórmula se considera disfuncional tanto para el interés de los trabajadores como para el de las empresas<sup>12</sup>. Ciertamente gran parte del diagnóstico efectuado por la exposición de motivo de la norma puede resultar compatible de manera pacífica por la mayoría de los analistas, siendo esta práctica del despido “expres” una de las manifestaciones más señaladas de las disfunciones aplicativas de nuestro régimen del despido, aunque posiblemente no sea la única. Diferente es que con las medidas acometidas por la reforma vayan a cambiar las prácticas de gestión de las empresas y se vayan a abandonar este tipo de métodos de actuación a los efectos de reducir empleo. Ahora bien, a pesar de que la norma contempla medidas de muy variado tenor y en muchos elementos del régimen jurídico del despido, puede que finalmente ninguna de ellas provoque efecto relevante sobre el mecanismo tan asentado ya entre nosotros a favor del despido expres, que puede seguir subsistiendo con idéntica presencia a como ha sucedido hasta el momento presente.

<sup>12</sup> “El denominado «despido expres» se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despedidos colectivos y objetivos. Más allá de los beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas, el «despido expres» se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de «flexiseguridad».

El «despido expres» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurran conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Asimismo, desde el punto de vista empresarial, el éxito del «despido expres» también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. No constituye un comportamiento económicamente racional —el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial— despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica. La razón de ello se residencia en los costes adicionales que acarrearán los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciando, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos monetarios y de tiempo, más razonables”.

Varios elementos pueden mantener esta práctica empresarial, siempre más ágil, acelerada, segura y de cierre definitivo de un posible litigio entre las partes, garantizando en todo caso la ausencia de dilación derivada de que queda conjurado el riesgo de sucesiva intervención judicial.

De un lado, juegan los cálculos comparativos económicos antes referidos en lo indemnizatorio entre el despido procedente e improcedente. De otro lado, juega la reaparición de las incertidumbres jurídicas en torno a las causas justificativas del despido en los términos descritos también con anterioridad: por mucho que la reforma haya ampliado las causas justificativas del despido por motivos económicos, la regla ha acentuado aún más si cabe la dosis de incertidumbre jurídica y de la respuesta de control judicial al efecto; la práctica judicial en el breve tiempo transcurrido de aplicación de la reforma parece confirmar esta hipótesis.

Finalmente, ni siquiera el nuevo régimen de los salarios de tramitación, por mucho que la voluntad del legislador haya sido diferente, llega a favorecer el abandono de la práctica empresarial a favor del despido “exprés”, a resultas del juego combinado de los dos factores precedentes y de que el empresario no ve alterado su régimen de tratamiento legal respecto de los salarios de tramitación proceda o no a reconocer la improcedencia del despido. Es cierto que la Ley uniforma el tratamiento legal respecto de los salarios de tramitación, pero ello a nuestro juicio no es suficiente como para romper con una práctica empresarial tan asentada como es la propia del despido “exprés”<sup>13</sup>.

En efecto, la Ley elimina el trámite de reconocimiento de la improcedencia del despido en momentos sucesivos a la notificación de la carta, reconocimiento siempre previo al acto de juicio, que provocaba la eliminación o reducción de los salarios de tramitación. Eso sí, el sistema viene sustituido por la eliminación plena de los salarios de tramitación cuando el empleador opta por el mantenimiento de la opción extintiva a resultas de la sentencia declarativa de la improcedencia del despido. Dicho de otro modo, al empleador no le resulta necesario a partir de ahora efectuar el reconocimiento de la improcedencia al objeto de eliminar el abono de los salarios de tramitación, pues el efecto se produce siempre cuando opta por la no readmisión, lo haga en fase previa a la tramitación procesal reconociendo la improcedencia o a resultas de la sentencia condenatoria declaratoria de la misma. Es cierto que con ello no se incentiva al reconocimiento de la improcedencia a partir de ahora, de modo que el empresario podría jugar con la expectativa de que judicialmente se le reconozca la procedencia del despido. Ahora bien, jugando los dos elementos antes apuntados en términos de costes comparativos del despido y de incertidumbre por el resultado final del fallo judicial, no se ofrecen en el nuevo modelo legal alicientes suficientes como para romper con la práctica del despido “exprés”, cuando menos en los términos de generalización deseables.

Por lo demás, dejar constancia de que aunque sea residualmente, el abono de los salarios de tramitación pervive en dos supuestos singulares: uno, cuando el empresario a resultas de la declaración judicial de la improcedencia opta por la readmisión del trabajador (art. 56.2 ET); dos, cuando se trata de un representante de los trabajadores que ostenta la facultad de opción entre la readmisión y la extinción indemnizada, tanto

---

<sup>13</sup> Cfr. Gorelli Hernández, La reforma laboral de 2012..., op. cit., pgs. 289 ss.

cuando opta por lo uno como por lo otro se mantiene el derecho a percibir los salarios de tramitación (art. 56.4 ET). Aparte de ello, igualmente permanece sin cambios el derecho al abono de los salarios de tramitación cuando procede la readmisión en todo caso a resultas de la declaración del despido como nulo (art. 55.6 ET).

De todo ello, lo más sorprendente es la diferencia de tratamiento cuando el despido es declarado improcedente y el empresario ostenta la facultad de opción, por cuanto que se establece una diferencia de tratamiento en términos tales que cuando se opta por la extinción indemnizada no proceden los salarios de tramitación mientras que sí se imponen cuando el empresario opta por la readmisión. Sobre todo, se ha resaltado que ello comporta un peor tratamiento de la opción más favorable al mantenimiento de empleo y a la “*restitutio in integrum*” frente a la opción compensatoria económica de daños. Por ello, no dejan de suscitarse interrogantes de posible inconstitucionalidad de la medida en cuanto se pudiera incurrir en un tratamiento discriminatorio vedado por el texto constitucional. En esa línea se ha presentado alguna cuestión de inconstitucionalidad frente a la mencionada medida<sup>14</sup>.

Eso sí, en los dos primeros supuestos, es decir en aquellos en que procede el abono de los salarios de tramitación en caso de improcedencia del despido, pervive igualmente la regla relativa a que parte de dicha cuantía indemnizatoria corresponde asumirla al Estado cuando el tiempo de tramitación procesal exceda de lo considerado normal, incurriéndose en dilación indebida del proceso. En tales casos, el empresario abona el total de los salarios de tramitación, pudiendo sucesivamente reclamar al Estado el tiempo de exceso considerado como funcionamiento anormal de la justicia. Eso sí, en el marco general de la reducción del déficit público de las Administraciones Públicas, se ha efectuado una corrección legal en términos de reducción del alcance de la responsabilidad del Estado a estos efectos: mientras que desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, la dilación indebida de la tramitación judicial se fijaba en la superación de los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda hasta que se dicta la sentencia, dicho plazo se fija a partir de ahora en los noventa días hábiles<sup>15</sup>.

#### **4.4. Reformas en la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial**

Para concluir con este rápido análisis de las novedades introducidas en materia de costes por despido y otras extinciones individuales, también se producen cambios en el alcance de las responsabilidades del Fondo de Garantía Salarial, que inciden igualmente sobre la misma.

Como es sabido, el Fondo viene asumiendo desde la primera regulación estatutaria parte de la indemnización debida en los despidos por causas económicas, con la notable especialidad de que ello se produce con independencia de la situación de solvencia o no de la situación de la empresa, sin que posteriormente el Fondo se subrogue en la deuda, por tanto la asume a fondo perdido con un mecanismo que en términos prácticos comporta una reducción parcial del coste del despido para las empresas. En otros términos, en esta ocasión el Fondo asume una responsabilidad

---

<sup>14</sup> Cfr. Sobre el particular, J. Cruz Villalón, Una primera cuestión de inconstitucionalidad frente a la reforma laboral de 2012, en Aranzadi Social nº 6/2012, BIB 2012\2764.

<sup>15</sup> Art. 57 ET, a resultas de la reforma introducida por el RDL 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 de julio), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

personal, lo que significa que no se produce posterior subrogación crediticia alguna y, por tanto, sin posibilidad de repetición de dichas cantidades frente a la empresa. La reciente reforma de 2012 en resumidas cuentas se retrotrae en lo esencial a la regulación previa a la reforma de 2010. Recordar que esta última reforma había introducido un sistema que conducía a una convergencia entre los costes del despido y la indemnización correspondiente por extinción de contratos temporales como mecanismo de superación de la dualidad de nuestro mercado de trabajo<sup>16</sup>. La reforma de 2012, si bien mantiene alguna de las reglas que se dirigían a lograr tal objetivo (especialmente la relativa al incremento progresivo de la indemnización por denuncia de los contratos temporales) elimina otras que no completan del todo aquel objetivo final (especialmente centradas en este ámbito de las responsabilidades a cargo del Fondo de Garantía Salarial).

En concreto, la regla a partir de ahora se simplifica notablemente en los siguientes términos (art. 33.8 ET)<sup>17</sup>: 1) el abono de la indemnización queda restringido a las empresas de menos de 25 trabajadores, mientras que con anterioridad también quedaba abierto al resto de las empresas; 2) el abono se concentra en los casos de extinción de contratos de carácter indefinido, requisito que la reforma de 2010 no exigía para las empresas de menos de 25 trabajadores y a partir de ahora sí que se introduce para ellas, que son las únicas con derecho al reintegro; 3) la responsabilidad del Fondo se extiende a todos los supuestos de despidos objetivos, es decir a todas las causas extintivas contempladas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, mientras que con anterioridad se centraba exclusivamente en los despidos objetivos por amortización de puestos de trabajo, es decir en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas; todo ello, dejando al margen la inclusión también de abarcar a los despidos colectivos y en situaciones concursales que no experimentan ningún cambio con la reforma; 4) el Fondo sólo responde por tales cantidades cuando se trata de despidos declarados procedentes, estando a cargo del empresario el importe íntegro de la indemnización cuando el despido se declare como improcedente, mientras que la reforma de 2010 lo extendía a ambas situaciones, aunque posteriormente la modificación de 2011 sí que lo restringió exclusivamente a los despidos procedentes; 5) la cuantía a abonar se somete en todo caso a los topes establecidos con carácter general para el abono de las indemnizaciones por despido, que con anterioridad no se imponían para determinado tipo de extinciones. Como elementos que permanecen inalterados destacaríamos que la cantidad a fondo perdido a abonar equivale al 40 % de la indemnización, sin cambios a estos efectos en ningún momento; es decir, correspondiendo al final en caso de despido objetivo procedente abonar a la empresa el equivalente a 12 días de salario por año de antigüedad y al Fondo 8 días de salario por año de antigüedad, sumando el total de la indemnización prevista a favor del trabajador equivalente a 20 días de salario por año de antigüedad. Al mismo tiempo y aunque no lo diga expresamente el precepto, desde el punto de vista procedimental ha de interpretarse que se mantiene la regla conforme a la cual el empresario debe abonar al trabajador la totalidad de la indemnización, debiendo ser posteriormente el propio empresario quien se dirija al Fondo para reclamarle el abono de la cantidad que le corresponde.

---

<sup>16</sup> Por todos, J. Cruz Villalón, *Algunas claves de la reforma laboral de 2010*, en TL nº 107 (2010), pgs. 36 ss.

<sup>17</sup> Comparar la versión actual a resultas de la Ley 3/2012, de 6 de julio, con las versiones precedentes, tanto del propio precepto en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, como en su disposición transitoria 3ª de esta última Ley, así como de su modificación a resultas del RDL 10/2011, de 26 de agosto (BOE 30 de agosto).

Por lo demás conviene advertir que el nuevo régimen establecido al efecto procede a aplicarse plenamente desde la entrada en vigor de la reforma de 2012. A diferencia de lo que hemos visto respecto de otras materias, en esta ocasión la derogación del régimen precedente es completa desde el primer instante de vigencia de la reforma, sin previsión de régimen transitorio alguno para los contratos celebrados y vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

También es oportuno dejar constancia de que recientemente se ha reducido el tope máximo de la indemnización a abonar por parte del Fondo de Garantía Salarial, al que ya se ha aludido con anterioridad, tope que actúa tanto cuando el Fondo abona tales cantidades en situaciones de insolvencia empresarial con la correspondiente subrogación en el crédito frente a la empresa, como cuando lo abona a fondo perdido como mecanismo de reducción parcial de costes por despido para las empresas de menos de 25 trabajadores. Permanece el tope general de abono máximo de una anualidad, pero ahora sin que pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, mientras que antes lo era sin que pudiera exceder del triple de dicha cuantía (art. 33.2 ET)<sup>18</sup>.

Finalmente, señalar que no se produce cambio cuantitativo absoluto en el tope de la cantidad que se abona en caso de resolución contractual a iniciativa del trabajador por las causas previstas en el art. 50 ET, que tanto antes como ahora se fijaba en 30 días de salario por año de servicio (art. 33.2 ET). Eso sí, en términos comparativos respecto del total de la indemnización, el porcentaje asumido por el Fondo pasa a ser superior, en la medida en que la indemnización prevista para estos supuestos ha pasado de los precedentes 45 días de salario por año de antigüedad, a los actuales 33 días de salario por año de antigüedad; dicho de otro modo, ahora pasa a abonar la práctica totalidad de la indemnización, pues sólo deja de hacer frente a 3 días de salario por año de antigüedad, mientras que antes el diferencial era de 15 días.

#### **4.5. Topes a la indemnización de altos directivos**

Aunque parezca situarse en otros terrenos diversos de preocupaciones públicas, la reforma también ha actuado sobre las indemnizaciones de los altos directivos, para evitar efectos perversos de las fórmulas muy extendidas de contratos blindados entre estos empleados, especialmente centrados en aquellos que prestan servicios en el sector público o bien en entidades de créditos que han requerido de importantes ayudas públicas para su replotamiento o reestructuración.

En estos términos, se prevé que para el sector público estatal la extinción por desistimiento del empresario, de los contratos mercantiles y de alta dirección únicamente dará derecho a la indemnización legal, es decir, a los 7 días de salario por año de antigüedad de la retribución mensual en metálico, con un máximo de seis mensualidades<sup>19</sup>. Comporta ello, por tanto, una prohibición y, por ende, consideración como nulos cualesquiera pactos contractuales que incrementen la indemnización legalmente establecida; nulidad de pactos que se extiende no sólo a los que se puedan celebrar a partir de la entrada en vigor de la reforma, sino también a los precedentes a la

---

<sup>18</sup> RDL 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 de julio), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

<sup>19</sup> Disp. dic. 8ª Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio).



misma. Además, se establece que no se tendrá derecho a indemnización alguna cuando se trate de trabajadores que ostenten la condición de funcionarios de carrera o sea empleado de entidad integrante del sector público con reserva de puesto de trabajo; es decir, de empleados que no pierden su empleo, pues se reintegran a su puesto de origen en la Administración Pública o en cualquier otra entidad pública. No obstante, a pesar de ser clara la voluntad del legislador a estos efectos, no debe dejarse de llamar la atención de que la redacción desde el punto de vista técnico presenta ciertas deficiencias, en términos tales que podrían encontrarse algunos vericuetos para mantener cuantías indemnizatorias superiores pactadas contractualmente; por ejemplo, por si las mismas se contemplan respecto de otros procedimientos o causas extintivas diferentes a la del desistimiento por iniciativa del empleador, lo que obligaría a analizar en cada caso hasta qué punto con ello se incurre en una conducta fraudulenta dirigida a sortear el presente límite legal.

De otra parte, para las entidades de crédito participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), no podrán satisfacerse en ningún caso indemnizaciones por terminación de contrato que excedan, según los casos, de 300.000, 600.000 euros, o bien de dos años de la remuneración fija estipulada. Además, en los supuestos de extinción del contrato a resultas de sanciones en materia de disciplina e intervención de las entidades de crédito, las personas que ejerzan cargos de administración o dirección en una entidad de crédito no tendrán derecho a indemnización alguna por dicha extinción, cualquiera que sea su cuantía o su forma, y con independencia de la norma jurídica, contrato, acuerdo o pacto laboral individual o de origen colectivo y contrato, acuerdo o pacto de naturaleza civil o mercantil donde esté prevista el pago de la indemnización<sup>20</sup>.

## 5.- Valoraciones conclusivas

Merece la pena efectuar unas consideraciones conclusivas de resumen, aun cuando con ello podamos incurrir en reiteraciones respecto de lo dicho a lo largo del presente trabajo.

En estos términos, conviene recordar que la presente reforma legislativa inserta las modificaciones en materia de despido dentro del objetivo de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral. Así, afirmará la exposición de motivos que “con el objetivo de incrementar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, el capítulo IV de esta Ley recoge una serie de medidas que van referidas esencialmente a la extinción del contrato”. Eso sí, al margen de que se pueda compartir este objetivo sin la más mínima reserva, la duda es hasta qué punto con las medidas acometidas por la reforma vayan a cambiar las prácticas de gestión de las empresas y se vayan a abandonar los métodos de actuación que han funcionado en la práctica cotidiana, más allá de las previsiones formales de la norma. Así, desde un punto de vista más cualitativo del funcionamiento del modelo, el principal problema reside en que el modo a través del cual las empresas reducen empleo, adaptando las dimensiones de sus plantillas a su situación económica y productiva, no responde a lo que está previsto en el diseño legal de los diferentes canales y procedimientos de resolución

---

<sup>20</sup> Disp. dic. 7ª Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio). Con más detalle para estos supuestos, M. Godino Reyes, Comentario a la Ley 3/2012, de 6 de julio, disposición adicional séptima, normas aplicables en las entidades de crédito, en AA.VV., La regulación del mercado laboral..., op. cit., pgs. 403 ss.

contractual de la relación laboral: por un lado discurre la programación de la norma laboral y por otro bien diferente las prácticas de actuación por parte de los gestores de personal en el seno de las empresas. Indiscutiblemente se trata de un asunto nada fácil de reconducir, resulta ciertamente difícil establecer una sintonía entre régimen legal y prácticas empresariales, por cuanto que el asunto se viene considerando entre nosotros desde tiempo atrás y por añadidura no es algo exclusivo de nuestro sistema de relaciones laboral sino que concurre en muchos otros países<sup>21</sup>.

Apuntemos, pues, los elementos disfuncionales más destacados al efecto y el posible mantenimiento o superación de los mismos a resultas de la presente reforma laboral.

En primer lugar, las reducciones de empleo por causas empresariales responden a una situación atinente a la empresa que requiere de medidas de reestructuración laboral adoptadas desde esa perspectiva de globalidad. Dicho de otro modo, siendo una causa común para responder a la situación de la empresa, lo coherente es que prime el canal del despido colectivo frente a medidas adoptadas de manera individualizada. Sin embargo, el uso del despido colectivo en nuestro país resulta estadísticamente muy reducido comparativamente con los procedimientos individualizados de extinción del contrato de trabajo. En ello influyen factores de muy diversa naturaleza, unos sobre los que no actúa la norma reformadora, otros sobre los que no puede actuar, como son los derivados de las reducidas dimensiones de las empresas y su falta de adecuación de los procedimientos de despido colectivo. La única regla que podría incidir al respecto dentro de la reforma sería la relativa a la supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos y, con la misma, unas expectativas de aligeramiento de controles que pudiera provocar que las empresas no desviaran determinadas decisiones extintivas hacia las vías individualizadas. Habrá que estar a la expectativa de la aplicación práctica de la reforma y el impacto que esta modificación pudiera tener sobre la dualidad individual-colectivo, aunque puede presumirse que esta medida no será suficiente para garantizar un desplazamiento en bloque desde una vía hacia la otra.

En segundo lugar, la presencia de la dualidad contractual entre contratos temporales y contratos indefinidos ha provocado que en los momentos de excedentes de personal en las empresas, éstas comiencen por reducir el número de trabajadores contratados temporalmente, denunciando los correspondientes contratos temporales a su vencimiento, sin necesidad de acudir a los procedimientos de despidos. De este modo, la temporalidad se utiliza en muchas ocasiones en nuestro mercado de trabajo no como mecanismo de atención a circunstancias coyunturales de empleo, sino como bolsa de regulación de empleo. De ahí que la propia norma conecte la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo con la corrección de la dualidad del mercado de trabajo. A estos efectos no se aprecia una actuación directa que pueda incidir sobre este particular, sin medidas relevantes que puedan afectar a la práctica de la contratación temporal injustificada. La única medida de impacto que puede mencionarse al efecto es la introducción como novedoso del contrato indefinido para empresas de menos de 50 trabajadores. Como ya indicamos en su momento, de tener resultados de verdadero impacto esta nueva modalidad contractual, ello puede provocar un desplazamiento de la contratación temporal por tiempo inferior a un año en estas empresas por este contrato indefinido con período de prueba de un año de duración. Sin embargo, de verificarse

---

<sup>21</sup> Cfr. Al respecto, AA. VV. (J. Cruz Villalón editor), La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2012.

este resultado, la consecuencia será meramente formal, pues lo previsible será que se produzca un mantenimiento a todos los efectos de la dualidad; la única novedad será el modo a través del cual se conforma jurídicamente la mencionada dualidad laboral: hasta ahora sería preferencia en la selección de los temporales en el momento de reducir empleo, a partir de ahora será preferencia en la selección del desistimiento de los contratados con un período de prueba de un año en el momento de reducir empleo.

En iguales términos, no es descartable que con precedencia al uso de los mecanismos de despidos, se siga acudiendo a las fórmulas de jubilación en sus diferentes variantes (forzosa, anticipada o prejubilación) antes de adoptar las medidas de resolución contractual por vía de despidos. Si bien en esta materia es relevante la novedosa tajante prohibición de las cláusulas en los convenios colectivos de jubilación obligatoria, no es descartable que las empresas exploren vías alternativas a las mismas que en la práctica produzcan idénticos resultados, incluso como hemos advertidos con menores dosis de protección de los perjudicados al dejar de jugar los contrapesos de compensación exigidos en el pasado a las mencionadas cláusulas de los convenios colectivos.

Finalmente, cuando se acude a los procedimientos de despido individual es donde aparece el fenómeno tan diáfano explicado por el preámbulo de la norma reformadora del despido exprés, por vía del reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa, en momentos previos al acto de juicio. Ahora bien, a pesar de que la norma contempla medidas de muy variado tenor y en muchos elementos del régimen jurídico del despido, puede que finalmente ninguna de ellas provoque efecto relevante sobre el mecanismo tan asentado ya entre nosotros a favor del despido exprés, que puede seguir subsistiendo con idéntica presencia a como ha sucedido hasta el momento presente. Por ello mismo puede que se mantenga el dato apuntado por el preámbulo de la norma, indicando que “las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido”. A nuestro juicio, no hay ninguna novedad significativa en el nuevo régimen del despido que apunte a un cambio de tal entidad que pueda provocar una modificación en este criterio; es decir, es previsible que se sigan efectuando las opciones selectivas de los empresarios atendiendo al coste del despido, incluso puede suceder que con ciertos aspectos de la reforma ello se vea acentuado aún más si cabe.

A la postre todos estos cálculos de costes pueden resultar especialmente influyentes en las decisiones empresariales allí donde se trate de trabajos de baja cualificación profesional o donde quepa una amplia fungibilidad de los trabajadores por cuanto que sus competencias personales y profesionales pasen a segundo plano en el momento de la selección por parte de la dirección de la empresa. Sólo cuando se trate de otro tipo de trabajadores, que desempeñen actividades donde haya un valor añadido profesional específico de tales empleados, cabrá que los criterios selectivos sean de orden diverso. Del mismo modo, en la medida en que vayamos hacia un modelo de crecimiento económico configurado sobre la base de empleos en los que prime más la innovación y el desarrollo, por tanto, donde el capital humano sea cualitativamente decisivo por razón de su empleabilidad, en mayor medida perderán peso los criterios tradicionales selectivos basados exclusivamente en el dato mecánico de la antigüedad del trabajador.