

LA REFORMA LABORAL DE 2012 Y SU IMPACTO EN LOS DESPIDOS INDIVIDUALES Y OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO:

Palabras clave: Reforma laboral, extinción del contrato de trabajo, despido, indemnización por despido.

Una de las cuestiones esenciales en la reciente reforma laboral introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, ha sido la relativa a la extinción del contrato de trabajo. Las reformas han afectado al despido colectivo, que ha sufrido una drástica reforma, pero también al despido disciplinario y al objetivo. En cuanto al despido disciplinario, se ha procedido a una drástica reducción del coste, de manera que se ha reducido a sólo 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo de duración inferior al año y con un tope de sólo 24 meses. Además, se ha procedido a la práctica supresión de los salarios de tramitación, que ya solo van a abonarse en situaciones realmente residuales. Junto a esta reducción de costes directo e indirectos, también resalta la aparente supresión del despido “exprés”, figura que está perfectamente viva en nuestro ordenamiento.

Junto con la regulación del despido disciplinario, el objetivo ha resultado también ampliamente afectado por la reforma: junto a las modificaciones que afectan a esta modalidad de despido (fundamentalmente en relación con ciertas causas, existe todo un conjunto de alteraciones indirectas, o modificaciones que afectan a otras modalidades de despido.

Por último, hemos analizado también algunos supuestos de extinción individual que no se encuadran dentro del despido disciplinario o del despido objetivo.

ABSTRACT:

Key Words: Reform of labor legislation, termination of contract of employment, dismissal, dismissal compensations.

One of the key issues in the recent labour reforms introduced by Real Decreto-Ley 3/2012, has been on the termination of the contract. The reforms have affected the collective dismissal but also affects individual dismissal (disciplinary and objetivo). About disciplinary dismissal, it have proceeded to a drastic reduction in the cost, so that is down to only 33 days' salary per year of service prorated for months the time periods shorter than a year up to a limit of only 24 months, and the practice of wage suppression processing, which will be paid only in situations really waste. The objetivo dismissal has been also widely affected by the reform: with changes that directly affect this type of discharge (primarily in relation to certain grounds for dismissal as excessive morbidity and firing workers lack of adaptation to new techniques introduced by the company). There is a whole set of indirect alterations, over all, the new configuration of economic cause in the collective dismissal.

Finally, we also analyzed some cases of individual species do not fall within the disciplinary dismissal or objetivo dismissal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO UNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA REFORMA DE 2012
2. REFORMAS AL DESPIDO DISCIPLINARIO: LA REDUCCIÓN DEL COSTE DEL DESPIDO
 - 2.1. Líneas generales de la reforma y su significado
 - 2.2. Nuevas reglas sobre la cuantificación de la indemnización por despido disciplinario impropio: la reducción de su cuantía
 - 2.3 Crítica a la reducción del coste del despido impropio
 - 2.4. Los salarios de tramitación como indemnización residual: la involución del Derecho del Trabajo
 - 2.5. Salarios de tramitación y despido exprés: ¿supresión o mutación?
 - 2.6. Supresión de los salarios de tramitación y desprotección de los trabajadores temporales o de pocos años de servicio en la empresa
 - 2.7. De nuevo sobre la naturaleza de los salarios de tramitación. Otras novedades en la regulación procesal de los salarios de tramitación
3. REFORMAS AL DESPIDO OBJETIVO
 - 3.1. Perspectiva general
 - 3.2. El despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo
 - 3.3. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador
 - 3.4. Otras alteraciones a la regulación del despido objetivo
4. REFORMAS DE MECANISMOS EXTINTIVOS INDIVIDUALES QUE NO SON DESPIDOS
 - 4.1. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y el período de prueba
 - 4.2. La extinción del contrato a instancias del trabajador en caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la rescisión contractual ex art. 41.3 ET y la resolución a instancias del trabajador ex art. 50.1 a) ET

1. INTRODUCCIÓN: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO UNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA REFORMA DE 2012.

Las reformas introducidas por el RD-Ley 3/2012 han afectado a ámbitos tremendamente diferenciados dentro del ordenamiento jurídico laboral, pero consideramos que es absolutamente innegable que las modificaciones a la regulación del despido ocupan un lugar preferente en dicha reforma; es con toda seguridad el corazón de la misma, su núcleo esencial.

Sobre esta cuestión debemos subrayar cómo el legislador se ha planteado, a la hora de introducir una amplia reforma del ordenamiento jurídico laboral, que uno de los aspectos esenciales que debían cambiar dentro del Derecho del Trabajo es la extinción del contrato. Ciertamente, de un estudio de las reformas que se han introducido, se podría afirmar que excepto en situaciones excepcionales, no se ha modificado la estructura fundamental de la extinción del contrato de trabajo, pudiendo afirmarse que, en cuanto a las líneas generales o fundamentales, tras la reforma la normativa actual es homologable estructuralmente a la nueva regulación. La excepción más importante a lo que acabamos

de afirmar es, como no, el despido colectivo, pues la reforma ha supuesto un cambio radical, no de concepto, pero sí en el papel que asumen los sujetos y más concretamente la Autoridad laboral, que no tiene ya el papel de conceder autorización administrativa para despedir por esta vía.

Sin embargo, aún cuando los cambios no afecten aparentemente a las estructuras fundamentales, lo cierto es que el conjunto de elementos que han sido alterados provoca un cambio muy relevante en la orientación de la normativa reguladora de la extinción del contrato de trabajo. La nueva regulación supone sobre todo facilitar la extinción de los contratos de trabajo al empresario: reducciones en los costes de los despidos, lo cual es especialmente grave en materia de despido disciplinario, pero también, aun cuando no sea una novedad, por la asunción de una buena parte de los costes extintivos por parte de los poderes públicos ex nueva redacción del art. 33.8 ET, supresión de la autorización administrativa, simplificación y generalización de las causas de despido objetivo y de despido colectivo, mantenimiento de la facilidad extintiva como mecanismo de fomento del empleo indefinido, ampliación de la duración de ciertos contratos temporales, etc.

Lo anterior supone, desde un punto de vista de los fines tradicionales del Derecho del Trabajo, un profundo desequilibrio contractual entre trabajador y empresario. Desequilibrio que favorece las posiciones empresariales. Desde este punto de vista, la regulación sobre extinción del contrato de trabajo, la verdadera Sala de Máquinas del Derecho del Trabajo, se ha visto afectada de manera directa, por un golpe dirigido al corazón, que implica una profunda mutación de los objetivos perseguidos por la regulación laboral con esta materia. En este sentido tradicionalmente hemos venido explicando que las reglas sobre extinción del contrato de trabajo, obedecía a una lógica en la que debía protegerse al trabajador como contratante débil, frente al empresario, que al estar dotado de una superior capacidad económica podía acudir a la extinción con enorme libertad. Desde este punto de vista el *leit motiv* de la regulación es el de favorecer la estabilidad en el empleo: causalidad del despido, regulación de indemnizaciones económicas ante la falta de causa o ante los despidos por causas no vinculadas a los incumplimientos del trabajador, mecanismos por los que se convierte el contrato temporal en indefinido, sin que pueda darse por extinguido por el agotación de su vigencia, límites a la posibilidad de pactar condiciones resolutorias del contrato, etc.

Esta situación queda absolutamente cuestionada con la regulación vigente en nuestro país: a todos los efectos la facilitación de la extinción contractual al empresario supone incrementar exponencialmente su poder en la empresa, dado que ahora tiene más posibilidades de dar por extinguido el contrato, una mayor su capacidad de agredir la vida del contrato, aún cuando no carezca de causa alguna para provocar la extinción. Lógicamente ello supone también un incremento de la subordinación, pues el hecho de que se reconozca más poder

al empresario, especialmente a la hora de extinguir el contrato, genera un mayor desequilibrio contractual¹.

De una regulación que tenía como objetivo la protección del trabajador y de estabilidad en el empleo, se está pasando a una regulación en que el objetivo pasa a ser el contrario: facilitar la extinción. En buena medida ello es consecuencia de la existencia de un auténtico nuevo principio general del Derecho que está cuestionando la interpretación clásica del ordenamiento laboral: el ordenamiento jurídico laboral debe garantizar el beneficio empresarial, para, a partir de ahí y siempre y cuando el empresario lo considere conveniente para sus intereses, crear empleo. Todo ello genera un nuevo Derecho del Trabajo, el de la hiperflexibilidad laboral, que no solo lo aleja de la visión tradicional de nuestra disciplina, sino también incluso de planteamientos como la flexiseguridad (entendida en sentido estricto), pues el resultado es un derecho absolutamente flexible en el que no existen verdaderos elementos de seguridad en el empleo.

2. REFORMAS AL DESPIDO DISCIPLINARIO: LA REDUCCIÓN DEL COSTE DEL DESPIDO

2.1 Líneas generales de la reforma y su significado

Uno de los temas estrella de la reforma laboral ha sido, sin lugar a dudas, la nueva redacción del art. 56 ET, que implica una importante reducción de los costes extintivos que el despido improcedente tiene para el empresario. Creo que si hay una medida estrella en la reforma, es justamente esta. La reforma será conocida por ser la que redujo la protección frente al despido improcedente o carente de causa.

Siguiendo lo establecido en la nueva redacción del art. 56 ET, declarada la improcedencia del despido, el empresario tiene el derecho de optar entre la readmisión del trabajador con el abono de los salarios de tramitación, o bien el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año, con el máximo de 24 mensualidades. En este caso el despido producirá efectos extintivos originarios, es decir, en la fecha del cese efectivo del trabajo.

Se mantiene el plazo de opción del empresario en los cinco días, así como la regla de que transcurrido dicho plazo no se efectúa opción expresa, se entiende que opta por la readmisión del trabajador.

Para el caso del despido de los representantes de personal (miembros de comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales), la opción le pertenecerá al representante. Este deberá ejercerla en el mismo plazo de cinco

¹ Baylos Grau, A. y Perez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid 2009, páginas 169-170..

días y si no la efectúa en dicho plazo se entenderá que lo hace por la readmisión. En todo caso, con independencia de optar por readmisión o la indemnización, tiene derecho a los salarios de tramitación.

El legislador ha suprimido la posibilidad del despido exprés regulado bajo la redacción anterior en el art. 56.2 ET. Ahora bien, hay que señalar que ello no supone alivio alguno para los trabajadores, pues tal como hemos señalado antes, la reforma supone la supresión radical de los salarios de tramitación, excepto para el supuesto de la readmisión de los trabajadores y en el caso de despidos improcedentes de representantes de los trabajadores. Más aun, tal como vamos a comprobar, en realidad se ha suprimido la regulación del despido exprés, pero no la figura en sí misma, por lo que en realidad hoy día es más fácil este tipo de despido y se genera una mayor inseguridad jurídica para los trabajadores con esta nueva regulación.

Con esta regulación es evidente que el legislador ha optado por una drástica reducción del coste del despido improcedente: se ha reducido en doce días la indemnización por despido improcedente, que pasa de 45 a 33 días de salario por año de servicio en la empresa; es decir, se han reducido los costes de la indemnización básica en más de una cuarta parte respecto de la regulación anterior; además, dicha reducción de la cuantía se incrementa por el hecho de que el tope establecido por el legislador también es reducido de manera drástica, pasando de 42 mensualidades a sólo 24; es decir, se ha reducido casi a la mitad, en un 43% el tope de la indemnización máxima².

A lo anterior hay que sumar la práctica supresión de los salarios de tramitación. Si ya la reducción de los costes indemnizatorios es una cuestión especialmente importante, el hecho de que prácticamente se hayan suprimido los salarios de tramitación supone una importante limitación a los costes indirectos de extinción. Según la actual regulación, tan sólo se abonan los salarios de tramitación cuando se produce la readmisión del trabajador, ya sea en los casos de despidos improcedentes cuando se opta por la misma, o en despidos nulos (en estos casos se abonan como consecuencia de que el contrato no se ha extinguido) y en el caso de despido de representantes de los trabajadores, con independencia de que opte por la readmisión o por la indemnización.

Ciertamente los salarios de tramitación estaban ya tremendamente degradados a consecuencia de la regulación sobre el despido exprés que se es-

² Simplemente a título de ejemplo ello va a suponer que un trabajador con antigüedad de dos años, pase a percibir 66 días de indemnización frente a los 90 anteriores. A los cinco años de antigüedad, va a percibir 165 días de indemnización frente a los 225 anteriores. A los diez años percibirá 330 días de salario como indemnización frente a los 450, cifras que se duplicarán a los 20 años (660 días frente a los 900 anteriores). Además, mientras que con la regulación anterior el tope de la indemnización estaba aproximadamente en los 28 años de servicio, con la regulación ahora vigente va a estar en los 22 años de servicio.

tablecía en la anterior redacción del art. 56.2 ET, que permitía dejar de abonar estos salarios de tramitación cuando el empresario reconocía la improcedencia del despido. Las consecuencias de la supresión de los salarios de tramitación no son sólo económicas, en el sentido de que la cuantía indemnizatoria final será más reducida, sino también hay importantes consecuencias jurídicas, pues la práctica desaparición de los salarios de tramitación hace innecesaria la regulación sobre el despido exprés. La regulación sobre el despido exprés ya no es necesaria pues no hay ya, en la práctica, salarios de tramitación a favor de los trabajadores.

A tenor de estos dos elementos, reducción de la indemnización básica y práctica liquidación de los salarios de tramitación, hemos de señalar que en la actualidad el despido disciplinario improcedente, es decir, aquel despido sin justa causa, ilegal, fraudulento, abusivo o contrario al ordenamiento jurídico (llamemos a las cosas por su nombre y no escondamos la realidad tras una terminología jurídica), es mucho más barato que en la regulación precedente. Incluso puede llegar a ser extremadamente barato en el caso de despido de trabajadores sin antigüedad o con contrato temporal.

2.2 Nuevas reglas sobre la cuantificación de la indemnización por despido disciplinario improcedente: la reducción de su cuantía

La principal novedad que aporta la nueva regulación del despido disciplinario improcedente es la reducción de la indemnización: de 45 días por año de servicio se pasa a sólo 33 días por año de servicio. Probablemente esta reforma pasará a la historia del Derecho del Trabajo como aquella que supuso un abaratamiento de las indemnizaciones de despido; abaratamiento que en la práctica se convierte en el icono que define a esta reforma laboral. No obstante, también debemos señalar que desde un punto de vista de técnica jurídica esta regulación es la que contiene menos problemas jurídicos, pues se mantiene la estructura básica: fijar una cuantía básica de cálculo en base al salario diario del trabajador en el momento del despido, y a partir de ahí aplicarle un elemento multiplicador determinado en función de los años de servicio del trabajador. Obtenida la cuantía se aplica un tope máximo calculado en base a un número determinado de meses de salario.

La diferencia entre la nueva y la anterior regulación estriba nada más (y nada menos desde el punto de vista del resultado final de la cuantía indemnizatoria) que en el hecho de que al determinar la cuantía básica de cálculo se reduce el número de días de indemnización que configuran dicha cuantía: con la regulación anterior debía cogerse el salario de cuarenta y cinco días, tras lo cual se multiplicaba por el número de años de servicio. El resultado de la ope-

ración debía compararse con el tope 42 mensualidades de salario, de modo que si la cuantía lo superaba, sólo se abonaba dicho tope. Con la regulación actual, debe calcularse el valor de 33 días de salario (cuantía básica de cálculo), que se multiplicará por el número de años de servicio en la empresa. Realizado el cálculo, compararemos la cantidad con el tope máximo que ahora es de sólo 24 mensualidades.

Hay que plantear cuál puede ser el efecto de esta nueva regulación: lógicamente que se van a reducir los costes de extinción por despido improcedente. Ahora bien, hay que ir un poco más allá y ver la consecuencia que puede proyectar una regla de este tipo. Desde mi punto de vista, la indemnización por despido existente en nuestro ordenamiento desde 1980 implica un sistema tasado (lo cual beneficia al empresario que, a priori, antes de despedir, ya conoce lo que le costaría un determinado despido improcedente), pensado para proteger a trabajadores estables que tengan una cierta (amplia) antigüedad en la empresa, pues a más años de servicio, más indemnización. Ciertamente la reducción afecta a todos los trabajadores en la misma proporción, pero lo relevante es que en la práctica la reducción de la indemnización afecta más a los trabajadores con un elevado número de años de servicio que a los trabajadores temporales o de poca antigüedad en la empresa; o dicho de otra manera, los trabajadores con antigüedad van a perder más que los trabajadores con pocos años de servicio. Es decir, el resultado de la reforma es que se facilita el despido de los trabajadores que tengan adquirido un importante número de años de servicio. A este respecto merece la pena señalar que de los dos elementos que utiliza el legislador para provocar una indemnización más baja, puede llegar a tener más trascendencia el relativo al tope máximo, pues tal como hemos señalado *supra*, pasar de 45 a 33 días significa perder poco más de la cuarta parte de la indemnización; sin embargo, la reducción del tope máximo significa que éste se baja casi en un 50%; por lo tanto, es evidente que el trabajador con más antigüedad está hoy día en una situación de mayor inseguridad en el empleo.

El procedimiento para el cálculo de la indemnización es, por lo tanto, el mismo con esas dos diferencias que hemos mencionado: que se reduce la cuantía básica de cálculo, pues ahora deja de calcularse sobre los 45 y pasa a sólo 33 días de salario. Por otra parte, se reduce el tope máximo de 42 mensualidades a sólo 24 mensualidades. En conclusión, la estructura es idéntica y en la fórmula de cálculo se han alterado los factores para que el resultado final de la indemnización sea más reducida.

Los problemas interpretativos, pues, son hoy día comunes a la regulación anterior³. Por ejemplo, a la hora de determinar la cuantía básica de cálculo,

³ Vid. estos problemas en Gorelli Hernández, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, CARL, Sevilla 2010, páginas 309 y ss.

los 33 días de salario, sólo debemos tomar aquellas cuantías económicas de naturaleza salarial (y como es lógico aquí los problemas pueden ser múltiples, si bien no tienen que ver con la institución de despido, sino con la regulación conceptual del salario); refiriéndolas al salario del momento del despido (el último percibido por el trabajador), en su cuantía bruta. También aquí existen múltiples problemas interpretativos (reducciones de jornada de trabajo previas al despido que repercuten sobre la cuantía del salario, percepciones salariales de vencimiento periódico superior al mes, incrementos particulares que perciba el concreto trabajador por encima de lo pactado en convenio, etc, retribuciones de carácter absolutamente irregular en su cuantía aún cuando se perciban mensualmente –los incentivos, las stock options–, reducciones más o menos fraudulentas producidas antes del despido). De otro lado, la determinación del elemento multiplicador, los años de servicio, también existen problemas interpretativos de relevancia: diferencia entre años de servicio y antigüedad del trabajador, momento inicial y final en el cálculo de los años de servicio, problemática derivada de los períodos de suspensión, excedencia o descansos, el fenómeno del encadenamiento de los contratos, etc.

Probablemente el principal problema interpretativo de esta regulación lo vamos a encontrar en la regulación de carácter transitorio en relación al cálculo de la cuantía de la indemnización por despido. Recordemos a este respecto que la Disp. Trans. 5ª del RD-Ley 3/2012 ha establecido un conjunto de reglas relativas al cálculo, tomando como punto de partida el hecho de que en el ordenamiento jurídico laboral la nueva normativa tiene eficacia retroactiva, si bien “*in mitius*” (o retroactividad débil); es decir, que la nueva regulación se aplica tanto a las relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a la reforma, como a las nacidas con anterioridad a la reforma, si bien a estas últimas tan sólo desde su entrada en vigor, sin que sus efectos se retrotraigan hacia atrás en el tiempo.

Teniendo en cuenta dicho principio, la Disp. Trans. 5ª señala en su apartado primero que la indemnización por despido de trabajadores contratados con posterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012. Por lo tanto, los trabajadores que sean objeto de nuevos contratos recibirán una indemnización por despido de 33 días por año de servicio.

En cuanto a los trabajadores que ya tenían un contrato de trabajo antes de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012, la Disp. Trans. 5ª.2 establece que las indemnizaciones se van a determinar en base a dos períodos de cálculo diferentes: el período de servicio que va desde la contratación del trabajador hasta la fecha de entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 (12 de febrero de 2012), utilizará como base de cálculo los 45 días de salario por año de servicio en ese período; mientras que el período de contrato posterior a la entrada en vigor del RD-Ley se calculará sobre la base de 33 días de salario por año de servicio en dicho período. Sumadas las dos cuantías se obtendrá la indemnización por despido.

Aparentemente la regla anterior supone que el legislador va a respetar los derechos de los trabajadores contratados con anterioridad a la reforma, de manera que sus períodos de contrato anteriores no sufrirán merma alguna en materia de indemnización por despido. La reducción de la cuantía indemnizatoria les afectará a partir de la entrada en vigor de la reforma. Esto supone, además, que en puridad la reforma no comienza a afectarnos de manera inmediata, sino que sus efectos van a manifestarse realmente a medio plazo, cuando haya transcurrido un plazo suficientemente largo para constatar una reducción cuantitativa de las indemnizaciones por despido por afectar a nuevos trabajadores, o bien a trabajadores contratados con anterioridad a la reforma que hayan trabajado un número de años suficientemente relevante tras la reforma como para ver mermada sustancialmente su indemnización.

No obstante lo anterior, esa apariencia de que la reforma ha intentado ser exquisitamente neutra con la situación de los trabajadores que ya tenían contrato a la entrada en vigor de la misma, no es cierta; y el efecto limitativo de las indemnizaciones va a comenzar a sentirse mucho antes: en el cálculo de la indemnización no sólo hay que tener presente la cuantía básica del número de días de salario, y el elemento multiplicador de los años de servicio; hay otro elemento trascendental, me refiero al tope máximo de la indemnización. Pues bien, respecto de esta cuestión señala la misma Dips. Trans. 5^a.2 in fine que el importe indemnizatorio no puede ser superior a 720 días de salario (cuantía equivalente a las 24 mensualidades que se establece con carácter general como límite con la nueva regulación⁴), salvo que al calcular la indemnización por el período anterior a la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012, ya resulte una indemnización “X” superior a los 720 días de tope. En este caso el tope pasa a ser la cuantía de la indemnización “X” calculada para el primer período. Todo ello, por supuesto, sin que el importe final pueda ser superior a las 42 mensualidades que se establecía como tope máximo en la regulación anterior. Pues bien, calculada la indemnización en estos términos, ello supone que superado en el primer período de cálculo de la indemnización el tope de los 720 días, no se recibirá un solo céntimo de euro de indemnización por el segundo período (desde el 12 de febrero de 2012 en adelante). O dicho de otra manera: los trabajadores con contrato anterior a 1990⁵ no van a recibir más que una indemnización calculada sobre 45 días por año de servicio, computándose esos años de servicio sólo hasta el 12 de febrero de 2012. A partir de ahí, sus años de servicio no se utilizarán como elemento multiplicador

⁴ Aparentemente hubiese sido más fácil haber establecido las 24 mensualidades como tope; pero probablemente el legislador ha intentado disimular el verdadero tope, evitando su mención expresa, de ahí que se pase de meses a días.

⁵ Señalamos este momento de 1990, pues el tope de los 720 días se supera con un poco menos de 22 años de servicio en la empresa: si a el 12 de febrero de 2012 le restamos 22 años de servicio, el resultado es justo ese momento de 1990.

de la indemnización por despido improcedente, ni este segundo período tendrá relevancia sobre la indemnización a percibir por el trabajador.

Para terminar con el análisis de las nuevas reglas sobre cuantificación de la indemnización una última advertencia relativa al establecimiento de una nueva regulación sobre cálculo de la indemnización por despido cuestiona algo de lo se ha venido sosteniendo a lo largo de las últimas reformas en materia de despido, y más concretamente a partir de la Ley 35/2010. Recordemos que esta última regulación planteaba la posibilidad de regular un fondo de capitalización en caso de despido. Uno de los argumentos esenciales que se ha venido utilizando para defender el fondo de capitalización como instrumento indemnizatorio, es el hecho de que al crearse dicho fondo deja de tener relevancia para el trabajador la conservación de los derechos adquiridos en materia indemnizatoria (al basarse la indemnización en los años de servicio para el concreto empresario). Un sistema de estas características facilitaría, por tanto, la movilidad de los trabajadores, pues no perderían derecho alguno. Pues bien, la reducción de los 45 a 33 días como base de cálculo y el hecho de que exista un cálculo de la indemnización en base a dos períodos diferentes en el caso de trabajadores con contrato previo a la reforma (período anterior y posterior a la entrada en vigor de la reforma) supone en la práctica incentivar a los trabajadores a que permanezcan en su empresa para no perder los derechos a una indemnización calculada (en parte) sobre 45 días. Si cambian de empresa y son despedidos en el futuro, su indemnización sólo se calculará sobre 33 días.

2.3 Crítica a la reducción del coste del despido improcedente

La reducción de los costes de extinción, de una manera tan drástica, obedece a un posicionamiento de la patronal, que ha venido defendiendo la necesidad de reducir los costes económicos como mecanismo para facilitar la creación de empleo y superar la dualidad del mercado de trabajo, aproximándonos, de paso a la regulación de algunos países europeos⁶. Este guión que está escrito desde hace ya bastante tiempo es el que sigue el RD-Ley 3/2012 para justificar esta reducción⁷.

⁶ Vid. sobre la cuestión Gorelli Hernández, J.: *El coste económico* (...), op. cit., páginas 231 y ss.

⁷ Tal como señala la Exposición de Motivos, “Las medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo se refieren también a las indemnizaciones y otros costes asociados a los despidos. Así, se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos. La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación”.

En la práctica todo este argumento no es sino otra más de las manifestaciones por las que se culpabiliza al Derecho del Trabajo de todos los posibles males de la empresa y del mal funcionamiento de la economía; todo lo cual redundaría en el hecho de que los empresarios se resistan a la contratación y repercute sobre el anómalo funcionamiento del mercado de trabajo. En consecuencia, para crear empleo, lo más adecuado, es el despido barato. Para romper esa dualidad del mercado de trabajo no hay que volver a una causalidad del contrato de trabajo temporal, sino acercar los costes del despido a los de la extinción del contrato temporal (por la vía de reducir los costes del primero)⁸. Se pretende resaltar así que España es uno de los países en los que el coste del despido es más elevado de toda Europa, lo que incide no sólo sobre el paro, sino sobre la competitividad de la economía española⁹. Es innegable que estos planteamientos también han hecho mella en la doctrina laboral española, pues no faltan autores que los han asumido y han defendido que nuestro ordenamiento en este punto es excesivamente rígido¹⁰.

En todo caso, esta no es mi opinión, no creo que el despido improcedente barato sea un instrumento favorable a la creación de empleo, ni creo que sea esencial en el favorecimiento de la superación de la dualidad del mercado de trabajo, de la misma manera que tampoco estimo que nuestra ya suprimida regulación sobre el despido sea tremendamente más cara respecto de otros países europeos.

De entrada, en cuanto al hecho de que nuestro ordenamiento consagre un despido mucho más caro que en el resto de Europa, hay que señalar que otros estudios económicos lo desmienten¹¹. Pero sobre todo, cuando se afirma que

⁸ Tal como manifestaba Eguidazu, F., Presidente del Comité de Política Económica del Círculo de Empresarios, en ABC de 13 de julio de 2005, “El distinto grado de protección derivado de esas diferencias en el coste del despido introduce una fuerte rigidez que, a su vez, se manifiesta en uno de los rasgos distintivos del mercado de trabajo español: la elevada tasa de temporalidad, muy superior a las de nuestro entorno (...). La inclinación que las empresas españolas han mostrado hacia el contrato temporal no se debe al mero capricho, ni a aviesas intenciones, sino que es el resultado lógico de una normativa que establece para los contratos indefinidos unas condiciones de terminación excesivamente rígidas y costosas”.

⁹ Así el informe “Doing Business in 2006” del Banco Mundial, afirma que España es el cuarto país donde el coste del despido es más alto, tras Alemania, Grecia y Portugal, informe que resalta que tras Grecia y Francia, España es el país con una mayor rigidez en el empleo. El más reciente “Doing Business 2009”, señala que España ocuparía el puesto 160 de 181 economías nacionales en el ranking de flexibilidad, sería por lo tanto un indicador de alta rigidez.

¹⁰ Gil y Gil, J.L.: “La indemnización por despido improcedente”, en AA.VV., coordinados por José Luis Gil y José Manuel del Valle, *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Editorial Cinca, Madrid 2009, páginas 411 a 413. En similares términos Gil y Gil, J.L. y Sagardoy de Simon, I.: *La protección contra el despido disciplinario*, Ediciones Cinca, Madrid 2007, página 85.

¹¹ Bentolila, M.: “Costes de despido: una panorámica”, *Revista de Economía Pública* nº 5 (1989), página 70.

el despido es caro en nuestro país, se hace desde un concreto dato: los 45 días de indemnización. Ahora bien, se obvia otro dato que es esencial: que la cuantía básica para el cálculo está formada por la propia cuantía de salario, que evidentemente es muy diferente entre los distintos países de la UE. Todo ello al margen de que no se tienen en cuenta otros posibles costes de la extinción que no estén fijados por la regulación legal, sino por la negociación colectiva; costes que no son frecuentes en nuestro país, pero sí en otros estados europeos y que suponen un importante incremento al coste del despido. En definitiva, parece que esta manera de enfocar la cuestión (hay que asimilar el ordenamiento español al de otros países europeos), no es precisamente muy acertado¹².

Por otra parte, En cuanto a que un despido barato implique la creación de empleo, hay que señalar que aún cuando este es un argumento recurrente, jamás se ha podido aportar una prueba suficiente sobre la certeza de tal afirmación¹³. De otro lado, hay que puntualizar que existen estudios alternativos que ponen de manifiesto cómo los costes por despido no tienen un gran efecto sobre la decisión de contratar, dependiendo de otras variables o elementos; de manera que altos costes de despido no implican necesariamente que se reduzca el nivel de empleo¹⁴. Más aún, la prueba de fuego de esta afirmación la vamos a tener durante este mismo año 2012, pues según todas las opiniones, a pesar de la profunda reforma, lo que va a acontecer es justamente una profunda pérdida de empleo. Recordemos que justamente con la normativa derogada es cuando nuestro país ha alcanzado las mejores cifras de empleo¹⁵, lo cual es tremendamente paradójico para los que reclaman la reducción de los costes de despido como mecanismo de creación de empleo. De otro lado, teniendo en cuenta que en el mejor de los casos un despido barato puede crear empleo en fase de economía expansiva, mientras que en economía recesiva lo que realmente va a hacer es destruir ese mismo empleo; al final, el resultado es que el efecto de creación queda neutralizado a medio plazo. Debemos admitir, por tanto, que el coste de despido es una variable que no tiene tanta incidencia sobre el empleo como algunos preconizan¹⁶.

¹² Llobera, M.: “Algunos apuntes sobre la «flexiseguridad» desde la perspectiva comunitaria: el imperativo de la competitividad y el empleo en las reformas del despido en España y en Europa”, en AA.VV. dirigidos por Francisco Pérez Amorós, *La extinción del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete 2006, página 516.

¹³ En este sentido Ramos Quintana, M.I.: “Debates en torno al despido en España y amortización objetiva y colectiva de puestos de trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 47, páginas 22 y 23. De igual manera Gallino, L.: *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2008, páginas 45 y ss.

¹⁴ Malo Ocaña, M.A.: “Las indemnizaciones por despido un problema de negociación”, ACARL, Madrid 1998, página 17.

¹⁵ Por ejemplo, en 2007 estábamos en el 9% de desempleo, vid. el Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo (EPA-19), en www.mtin.es/estadisticas/bel/EPA/epa19_top_HTML.htm.

¹⁶ Así lo han reconocido los propios estudios económicos, como Jimeno, J.F. y Toharia, L.: “El despido y sus costes: ¿qué reformas?”, *Economistas* nº 55 (1992), página 252.

Por último, en cuanto a los efectos del coste del despido sobre la contratación temporal, hemos de tener en cuenta que el proceso de reducción de los costes de despido no es precisamente algo novedoso en nuestro país: prácticamente cada una de las reformas laborales que se han producido desde 1980 en adelante en nuestro país ha tenido como repercusión, de una u otra manera, una reducción de los costes de extinción. Sin embargo, si comparamos ese proceso de reducción de costes con la contratación temporal, encontramos que nunca ha llegado a afectar de una manera mínimamente importante a la contratación temporal; desde luego, la contratación temporal no ha bajado del 90% del total de los contratos registrados, salvo en momentos puntuales. Por lo tanto, la experiencia anterior no evidencia que una reducción del coste del despido implique la limitación de la contratación temporal y el incremento de la contratación indefinida¹⁷. Si queremos plantear el análisis de la contratación temporal desde el punto de vista de su vinculación con los costes de despido, hemos de concluir que en realidad la responsabilidad del mantenimiento de una tasa de temporalidad tan alta es consecuencia directa, no del elevado coste del despido, sino del reducido coste de la contratación temporal. No se trata de formular una tautología, sino de evidenciar donde está el problema: desde mi punto de vista, por mucho que se abarate el despido, siempre será más apetecible para el empresario la contratación temporal; y ello por una sencilla razón de carácter estrictamente económica: el contrato temporal es más barato. Si el empresario puede obtener el mismo servicio con dos costes diferentes, siempre elegirá el de menor coste. Consecuentemente una reducción de los costes de despido, aún cuando sea drástica, no va a suponer el fin de la dualidad, pues el contrato temporal sigue siendo mucho más barato. Lo que debe plantearse el legislador no es abaratar el despido, sino encarecer el contrato temporal y desde mi punto de vista es mucho más eficaz el incremento de las cotizaciones de este tipo de contrato, que establecer una tasa por su utilización en forma de indemnización por finalización de contrato. Todo ello nos lleva a entender que resulta realmente paradójico que se reduzca la cuantía de la extinción por despido, cuando nada tiene que ver con la dualidad del mercado de trabajo, y que además, se utilice como justificación esa misma dualidad. Más aún, si realmente resultase que el coste del despido es responsable de la dualidad del mercado, caería por su propio peso la crítica de que el despido es caro en España: dado que hay una tercera parte de la población ocupada con contrato temporal, a la que no se aplica el despido como solución extintiva, es evidente que los efectos económicos del despido tienen un ámbito muy limitado de actuación.

¹⁷ Sobre la cuestión puede verse Gorelli Hernandez, J.: *El coste (...)*, op. cit., página 241 y ss.

2.4. Los salarios de tramitación como indemnización residual: la involución del Derecho del Trabajo

Junto con la reducción de la indemnización básica de despido, nos vamos a encontrar que el RD-Ley 3/2012 establece otro mecanismo que está dirigido a reducir los costes de la extinción: la práctica supresión de los salarios de tramitación. Concretamente el procedimiento utilizado por el legislador consiste en mantener el abono de los salarios de tramitación sólo en tres situaciones, que en realidad son residuales, suprimiendo el principal supuesto en que el empresario estaba obligado a su abono. Más concretamente, se ha suprimido el deber de abonar los salarios de tramitación en caso de despidos improcedentes con opción por la indemnización.

Bajo la regulación actual existen tres situaciones en las que se cobran salarios de tramitación: en primer lugar, cuando declarado el despido improcedente, el empresario opta por la readmisión (art. 56.2 ET). En segundo cuando se trata de un despido improcedente de los representantes de los trabajadores, sea representación legal o delegado sindical (art. 56.4 ET), y ello con independencia de cuál sea la opción del representante de los trabajadores (readmisión o indemnización). Por último, cuando estamos ante un despido nulo, el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación como consecuencia del mantenimiento de la relación laboral. En el resto de situaciones los salarios de tramitación han desaparecido tal como hemos señalado.

De entrada hay un primer efecto que tiene esta regulación y que debemos mencionar pues es relevante: con esta supresión se está abaratando la extinción y encareciendo (comparativamente) la readmisión; o dicho de otra manera, se incentiva legalmente la extinción del contrato frente a la readmisión de los trabajadores. Teniendo en cuenta que nuestro país era ya el que ostentaba el índice más bajo de readmisión de trabajadores en el mundo civilizado, es evidente lo inapropiado de esta regulación¹⁸.

Los salarios de tramitación son una institución de rancio abolengo en nuestro ordenamiento, pues la primera vez que se estableció una regulación sobre los mismos fue a través del art. 17.6 del Real Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1926, de la Organización Corporativa¹⁹; precepto que establecía la obligación del patrono consistente en abonar al trabajador “el importe íntegro de los jornales correspondientes a los días que hubiesen mediado entre el despido y la readmisión, o, en su caso, entre el despido y el día que el obrero se

¹⁸ Vid. al respecto Gomez Abelleira, F.J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2009, páginas 26 y 26, citando datos del informe OCDE “Employment Outlook, 2004”, en www.oecd.org.

¹⁹ Vid. Gorelli Hernández, J.: *El coste (...)*, página 60.

hubiere colocado nuevamente”, abono que debía realizarlo con independencia de que se readmitiese o no al trabajador²⁰.

El profesor Duran López señaló tiempo atrás que la regulación sobre el despido ha venido describiendo desde sus orígenes hasta hoy una parábola imperfecta: desde la regulación establecida por la codificación inspirada en el Código napoleónico, la parábola ha ido ascendiendo con normas jurídicas que han ido introduciendo mecanismos de tutela del trabajador, alcanzando su punto máximo de ascenso con la Ley de Relaciones Laborales de 1976; a partir de ahí, la parábola comienza a descender, disminuyendo los estándares de tutela de los trabajadores, descenso que no se ha frenado con el Estatuto de los Trabajadores²¹. Pues bien, desde mi punto de vista, en materia de salarios de tramitación esta parábola es más que evidente, estando hoy día mucho más atrás que con la regulación originaria de 1926. Ello hace que nos preguntemos si en este punto estamos realmente ante una evolución del Derecho del Trabajo, o ante una involución del Derecho del Trabajo.

Cuestión importante, y no resuelta expresamente por el RD-Ley 3/2012, es la relativa a la regulación transitoria en materia de salarios de tramitación. A diferencia de la reducción de la indemnización por despido improcedente, el legislador no ha previsto expresamente la transición entre la regulación anterior y la desaparición de los salarios de tramitación. Es claro que en los despidos improcedentes producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, si el empresario opta por el abono de la indemnización, no tendrá que pagar además los salarios de tramitación. El problema reside en los despidos producidos con anterioridad a la reforma y no resueltos judicialmente a la entrada en vigor de esta. Desde mi punto de vista hay que aplicar la regulación vigente en el momento en que se produjo el despido, con independencia de la fecha de presentación de la demanda, y por supuesto, con independencia de la fecha en que se dicte sentencia.

2.5 Salarios de tramitación y despido exprés: ¿supresión o mutación?

Ciertamente bajo la anterior regulación del art. 56.2 ET ya se había introducido en nuestro ordenamiento un mecanismo para liquidar los salarios de tramitación, consistente en el depósito de la indemnización con reconocimiento de la improcedencia y que vulgarmente se denominó despido exprés. Tal como

²⁰ En todo caso hay que aclarar que se trata de la redacción de dicho art. 17 dada por el Real Decreto de 22 de julio de 1928, que modificaba al Real Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926 en relación a los Comités paritarios, especialmente en cuanto a su competencia en los despidos (Gaceta de 5 de agosto).

²¹ Duran Lopez, F.: “El despido objetivo: causas, forma y efectos (En torno a los artículos 52 y 53)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100 (2000), páginas 1090 a 1092.

ya hemos señalado esta regulación ha desaparecido del ordenamiento laboral, pues es absolutamente innecesaria con la radical supresión de los salarios de tramitación. Este mecanismo suponía un importante ahorro para el empresario, una reducción de la litigiosidad, pero también implica importantes peligros desde la perspectiva jurídica, pues suponía un despido sin control judicial. A tenor de la exposición de motivos, esta modalidad extintiva es absolutamente deleznable, merecedora del repudio absoluto, afirmando que incluso esta regulación suponía limitar las posibilidades de impugnación judicial, motivos por los que debe ser suprimido, de hecho se reclama su supresión como un gran éxito de la reforma laboral de 2012²².

Ahora bien, el hecho de que la regulación contenida en la anterior redacción del art. 56.2 ET haya sido suprimida, no implica, ni mucho menos, la desaparición del despido exprés. Lo que ocurre es que despojado esta figura de sus elementos formales (el reconocimiento expreso de la improcedencia, el depósito judicial de la indemnización), el despido exprés permanece agazapado, oculto; pero la potencialidad del mismo incluso se ha acrecentado.

En realidad, lo esencial de lo que hemos venido denominando como despido exprés era que el ordenamiento favorecía que no se demandase por la vía de desincentivar la demanda limitando el acceso a los salarios de tramitación. El hecho del reconocimiento por escrito y el depósito de la indemnización no son sino elementos realmente accesorios en esta figura. Esa limitación de los salarios de tramitación hacía que el trabajador nada tuviese que ganar en el proceso laboral, lo que facilitaba que el trabajador aceptase la indemnización y el empresario podía imponer el despido sin control.

Pues bien, si el elemento esencial de este mecanismo consiste en limitar la posibilidad de la demanda judicial por la vía de no generar salarios de tramitación, es evidente que la reforma supone justamente eso: en la inmensa mayoría de los casos de despido sin causa, se opta por la indemnización (la experiencia lo demuestra); y a partir de la reforma de 2012 se establece, no como posibilidad, sino como mandato legal, que no se abonan salarios de tramitación en este caso. Esto supone que en la mayoría de los casos de despido, el trabajador no tendrá aliciente alguno para demandar al empresario; más aún, va a percibir que el empresario le está haciendo un favor si le reconoce la improcedencia y le abona la indemnización; pues no va a tener gastos derivados de un litigio.

²² Afirma la Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 que “El «despido exprés» 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”.

En puridad, con la nueva regulación se estaría incentivando comportamientos similares a los que ya estábamos acostumbrados con el despido exprés: ante un despido en el que el empresario conoce que carece de causa suficiente, dado que ya no hay salarios de tramitación (si se opta por la indemnización), el empresario ofrecerá en conciliación (o directamente en el momento del despido) la indemnización legal, con el aliciente de que no tenga que sufrir costes procesales. En estos casos, el trabajador no tiene nada que ganar con el proceso de despido, y si tiene la posibilidad de suprimir los costes del litigio. Todo ello, insistimos, sin control judicial. ¿Sigue existiendo o no el despido exprés?

Merece la pena destacar que en esta nueva versión del despido exprés estamos ante una situación mucho más favorable al empresario, pues ni tan siquiera se tiene que aplicar el conjunto de cautelas reguladas en la anterior redacción del art. 56.2 ET: no hay que reconocer expresamente la improcedencia del despido, bastando con ofrecerla al trabajador; no es necesario depositar la indemnización, sino abonarla cuando el trabajador acepte la propuesta. Además, los trabajadores no van a tener la ventaja que ofrecía el art. 105.3 LRJS, pues ha sido derogado expresamente por la Disp. Derogatoria del RD-Ley 3/2012. Dicho art. 105.3 sólo ha tenido una vigencia de dos meses entre la entrada en vigor de la LRJS y el RD-Ley 3/2012, y daba solución a una cuestión que había venido planteando como especialmente problemática: si una vez reconocida la improcedencia por el empresario, si pese a ello el trabajador demandaba, el empresario podía defender la procedencia del despido ante el juez de lo social. Existía un buen número de autores que habían considerado el carácter constitutivo del reconocimiento empresarial, de modo que éste no podía ir en el juicio en contra del reconocimiento de la improcedencia²³. Pues bien, la LRJS optó expresamente por esta solución, al regular en el mencionado precepto que si el empresario reconocía la improcedencia del despido en base al art. 56.2, dicho reconocimiento vinculaba al empresario, de manera que no podía defender posteriormente la procedencia del despido. Esta regla desaparece del ordenamiento; por lo que ante la falta de formalidad que ahora va a tener la mutación del despido exprés, será muy difícil llegar a la misma conclusión.

²³ En similar dirección Blasco Pellicer, A.: *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, página 21; de igual modo Baylos Grau, A. y Perez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid 2009, páginas 169 y 170; Esteve Segarra, A.: *Los salarios de tramitación*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona 2009, página 143; Lujan Alcaraz, J. y Rios Mestre, J.M.: “Despido y salarios de tramitación”, en AA.VV., dirigidos por Antonio Vicente Sempere Navarro, *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2004, página 615; Perez-Beneyto Abad, J.J.: “Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en AA.VV., dirigidos por Juan Gorelli Hernández, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid 2004, página 267; Saiz De Marco, I.: “Cuestiones sobre el depósito del art. 56.2 del ET reformado”, *Actualidad Laboral* nº 12 de 2003, página 233; Gorelli Hernandez, J.: “El coste económico (...)”, op. cit., páginas 370 y ss.

Pero más aún, al haberse suprimido los salarios de tramitación en estos casos, puede ocurrir perfectamente que los empresarios que despidan decidan reducir la cuantía legal de las indemnizaciones por despido: siempre que la reducción sea inferior al coste del litigio por despido, el trabajador puede tener un aliciente en aceptar dicho ofrecimiento, aunque la cuantía indemnizatoria esté por debajo de lo legalmente establecido. Si a todo esto le unimos el colapso que hoy tienen los juzgados de lo social, el panorama de despidos pactados por debajo del coste legal es más que posible. Desde esta perspectiva se comprueba perfectamente cuál era el sentido y objetivo del abono de los salarios de tramitación en la improcedencia con opción por la indemnización: permitir que un trabajador, pueda defender sus derechos judicialmente en caso de despido. Esta posibilidad es, hoy día, cada vez más remota.

Debemos reconocer que la supresión de los salarios de tramitación es una práctica que implica limitar el libre acceso del trabajador al derecho a la tutela judicial, pues se desincentiva la presentación de la demanda²⁴. Ello cuestiona la causalidad del despido²⁵, pues en la práctica implica una evidente falta de control judicial sobre los supuestos de despido. Ciertamente con la regulación previa a la reforma se pretendía resolver los efectos nocivos de la pérdida de los salarios de tramitación en caso de despido expés por la vía de estimar que en estos supuestos estábamos ante una situación legal de desempleo que generaba derecho a la prestación por desempleo²⁶. No obstante, ya he tenido ocasión de señalar en algún trabajo anterior, que la posibilidad de acceder a la prestación por desempleo cuando el trabajador es despedido sin derecho a salarios de tramitación, no implica necesariamente una tutela similar a la que tendría derecho el trabajador en caso de poder cobrar los salarios de tramitación²⁷: el hecho de encontrarse en situación legal de desempleo no garantiza el cobro de la prestación, pues además el trabajador debe haber cubierto el período mínimo de carencia. Esto supone que si el trabajador no ha cotizado lo suficiente, no sólo no tiene derecho a los salarios de tramitación por despido ilícito, sino que además tampoco tiene derecho a la prestación por desempleo²⁸. Además,

²⁴ Sobre la cuestión, Molero Maraño, M.L.: “Salarios de tramitación y régimen de despido”, *Aranzadi Social* Tomo V de 2003, Página 630.

²⁵ Vid. respecto de la regulación anterior, Lahera Forteza, J.: “Los efectos de la reforma del despido”, en AA.VV., dirigidos por P. Gente Castrillo y F. Valdés Dal-Re, *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo*, Editorial Cinca, Madrid 2003, página 181.

²⁶ En este sentido afirma la Exposición de Motivos del propio RD-Ley 3/2012, que “el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva”.

²⁷ Gorelli Hernández, J.: *El coste económico (...)*, op. cit., página 304.

²⁸ En este sentido Carril Vazquez, X.M.: “La regulación legal de los salarios de tramitación”, *Actualidad Laboral* nº 33 de 2002, página 748.

de acceder a la prestación por desempleo, se va a cobrar un porcentaje (70 o 60%) calculado sobre una base reguladora, lo que genera una prestación cuya cuantía es inferior a la del salario, por lo que la protección ofrecida por esta vía es menor²⁹. De otro lado, el hecho de tener que acceder a la prestación por desempleo cuando podría estar cobrando salarios de tramitación supone que se está obligando al trabajador al consumo de la prestación por desempleo³⁰.

2.6. Supresión de los salarios de tramitación y desprotección de los trabajadores temporales o de pocos años de servicio en la empresa

Pero si la reducción de los salarios de tramitación (su práctica desaparición salvo los supuestos residuales) ya es un golpe bastante fuerte a los intereses de los trabajadores en general, su repercusión sobre los trabajadores temporales o con escasa antigüedad es todavía mayor y más relevante. Hemos de recordar que la regulación sobre indemnizaciones en el despido está pensada para relaciones laborales estables y de amplia duración, pues la antigüedad o años de servicio es el elemento multiplicador de la base económica que permite elevar la cuantía de la indemnización. Ahora bien, este sistema indemnizatorio genera una profunda desprotección a los trabajadores inestables o que tengan pocos años de servicio, pues las cuantías indemnizatorias van a ser tremendamente reducidas, aún cuando no haya la más mínima causa de extinción o dicha causa no sea más que una invención para despedir al trabajador. De esta manera es perfectamente posible, incluso no es más que una consecuencia lógica del sistema indemnizatorio, que despidiendo a dos trabajadores por idéntico motivo, uno con contrato indefinido y amplia antigüedad y otro temporal, resultando dicho motivo falso o siendo insuficiente para configurar una justa causa; sin embargo, pese a esa igualdad de partida, los dos trabajadores van a recibir indemnizaciones que son totalmente diferentes.

Hay que subrayar que calcular una indemnización sobre una circunstancia como los años de servicio cuando el trabajador es temporal, no es más que una profunda burla al principio de causalidad del despido. Lo lógico es que las indemnizaciones a favor de los trabajadores con contrato temporal sean muy reducidas, meramente simbólicas o casi inexistentes. La única vía de tutela económica en estos casos eran los salarios de tramitación. Hoy día estos salarios han desaparecido si se opta por la indemnización. Teniendo en cuenta que

²⁹ Garate Castro, J.: “La reforma del régimen jurídico del despido; en particular de los salarios de tramitación”, *Aranzadi Social* Tomo V de 2002, página 825.

³⁰ Garcia-Perrote Escartin, I. y Mercader Uguina, J.R.: “Las reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002”, en AA.VV., dirigidos por Ignacio Garcia-Perrote Escartín, *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid 2002, página 84.

se ha reducido la indemnización básica en su cuantía, si esta indemnización utiliza un elemento multiplicador como los años de servicio y si se suprimen los salarios de tramitación, la causalidad prácticamente deja de existir en estos supuestos. A tenor de esta regulación, la situación de desprotección de estos colectivos de trabajadores es notoria. Consecuentemente creo que es imprescindible retomar el modelo del despido improcedente de estos trabajadores y empezar a plantear alternativas jurídicas que faciliten una mayor protección a los mismos a los efectos de despido: no olvidemos que la tasa de temporalidad está incluso por encima del 30%, y el porcentaje de contratos de trabajo registrados que tienen naturaleza temporal supera desde hace años el 90% anual. Es decir, tenemos una tercera parte de los trabajadores infraprotegidos a los efectos de la regulación de despido; ya lo estaban antes de la reforma, pero la actual regulación implica incrementar esa desprotección.

2.7. De nuevo sobre la naturaleza de los salarios de tramitación. Otras novedades en la regulación procesal de los salarios de tramitación

Por otra parte, teniendo en cuenta la actual redacción del art. 56 ET, creo que es necesario hacer una alusión al tema de la naturaleza de los salarios de tramitación³¹. Como es conocido la jurisprudencia laboral ha venido defendiendo la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación³². Ahora bien, creo que en buena medida ello era justamente debido a que la mayor parte de los casos en los que se abonaban los salarios de tramitación era en los despidos en los que ante la demanda del trabajador, se declaraba la improcedencia con opción por la indemnización. En estos casos, dado que el despido disciplinario producía efectos extintivos originarios, podía defenderse con razón que los salarios de tramitación eran una indemnización (otra cosa es, estimo, en el resto de supuestos). Al haber desaparecido este supuesto podemos plantearnos perfectamente el tema de la naturaleza de los salarios de tramitación.

Sobre esta cuestión recordemos un elemento que introduce la propia reforma y que hemos mencionado supra: el art. 56.1 *in fine* ET afirma con rotundidad que el abono de la indemnización “determinará la extinción del contrato”, produciendo el despido efectos extintivos originarios. Es decir, el legislador ha regulado de manera expresa la eficacia extintiva originaria, sólo en caso de despido improcedente con opción por la indemnización. Esto supone que la improcedencia con opción por la readmisión, supone, o bien la reconstrucción

³¹ Sobre esta cuestión vid. lo señalado por Gorelli Hernández, J.: *El coste económico (...)*, op. cit., páginas 344 y ss.

³² Vid. SS.TS de 13 de mayo de 1991, RJ 1991\397; 14 de julio de 1998, RJ 1998\8544; 28 de abril de 1999, RJ 1999\4668; 10 de julio de 2000, RJ 2000\7175; 26 de octubre de 2002, RJ 2003\2804; 20 febrero de 2006\5489.

de la relación laboral de manera que se subsana el acto extintivo y no produce efecto jurídico alguno; o bien se admite que el despido improcedente con readmisión no produce efectos extintivos. Tanto se defiende una solución o la otra, estamos ante un sólido argumento para defender la naturaleza salarial de los salarios de tramitación. A la misma solución puede llegarse en caso de despidos nulos, incluso en estos casos con mucha más claridad.

En contra de esta conclusión podría argumentarse que en los despidos improcedentes con opción por readmisión, sigue aplicándose la regla de reducción de los salarios de tramitación si el trabajador encuentra otro empleo, regla que sigue permitiendo defender la naturaleza indemnizatoria: si se puede deducir es por el hecho de que los salarios de tramitación son una indemnización por los daños que sufre el trabajador (la pérdida del salario); si estos daños no existen, pues ha encontrado un nuevo empleo, no hay motivo para mantener la indemnización, permitiéndose su reducción. En todo caso, seamos partidarios de una u otra posición sobre la naturaleza de los salarios de tramitación, lo cierto es que la nueva redacción del art. 56.2 ET ofrece una nueva posibilidad para volver a plantearse esta nueva cuestión.

Desde el punto de vista de la cuantificación de los salarios de tramitación, la regla actual es idéntica a la establecida en el viejo art. 56.1 b), manteniéndose, tal como hemos visto supra, el descuento de los salarios percibidos en otro empleo al que haya accedido el trabajador entre el despido y la sentencia. Se mantiene también la posibilidad de pago por el Estado de los salarios de tramitación cuando la sentencia se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda (art. 57.1 ET y arts. 116 y ss LRJS).

Para terminar, hay que hacer referencia a la incidencia de la regulación procesal sobre la cuantía de los salarios de tramitación. De entrada, se ha procedido a alterar lo previsto en el art. 110.1 LRJS. El RD-Ley 3/2010 adapta la normativa procesal a la nueva regulación sustantiva sobre salarios de tramitación, lo que supone una serie de alteraciones de dicho art. 110.1. Pues bien, de esa regulación interesa destacar lo previsto en su letra b). Este precepto señala que en aquellos casos en los que conste no ser posible la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia, y a solicitud del demandante, tener hecha la opción por la indemnización en la propia sentencia. En estos casos, se declarará “extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia”. Pues bien, la redacción originaria de la LRJS en este punto implicaba también que la sentencia condenase al abono de los salarios de tramitación calculados hasta la sentencia. En principio no hay problemas por la eliminación de este último elemento de la sentencia, pues los salarios de tramitación han sido suprimidos de la improcedencia con opción por la indemni-

zación. El problema viene en los despidos improcedentes de representantes de los trabajadores, pues en este caso si existe el derecho a salarios de tramitación: estaríamos ante un supuesto en el que siendo imposible la readmisión, solo cabe la indemnización y a tenor del cambio en la redacción del art. 110.1 LRJS el representante estaría perdiendo el derecho a los salarios de tramitación.

Y ya para terminar con esta cuestión de los salarios de tramitación, recordemos que se ha modificado lo dispuesto en la letra b) del art. 111.1 b) LRJS, adaptando el precepto a la nueva realidad consistente en que en caso de opción empresarial por la indemnización, no se abonan salarios de tramitación, incluso si la sentencia es recurrida: dado que en los casos de improcedencia con opción por readmisión no hay ya salarios de tramitación, lógicamente estos tampoco se abonan en caso de recurso contra la sentencia. De igual manera, en materia de ejecución de sentencia, se establece una adaptación del art. 281.2 b) LRJS, que a tenor de la nueva regulación se remite a las percepciones económicas del art. 56.1 y 2 ET. En ambos casos no se producen realmente alteraciones esenciales, sino que se trata simplemente de adaptar las reglas procesales a los cambios del ordenamiento de carácter sustantivo.

3. REFORMAS AL DESPIDO OBJETIVO

3.1. Perspectiva general

Otro de los ámbitos extintivos donde se han producido modificaciones de relevancia es el despido objetivo. Este instrumento de extinción presenta en su configuración un doble aspecto que lo convierte en un verdadero híbrido: de un lado existe un conjunto de causas, las originarias o individuales, que tienen en común entre sí estar basadas en circunstancias imputables al trabajador, pero no a su voluntad (es decir, que no son incumplimientos contractuales del trabajador): ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, excesiva morbilidad del trabajador o absentismo. En todas ellas el elemento común que las liga no solo es su carácter estrictamente individual, sino el hecho de que en todas estas causas el mantenimiento del contrato de trabajo supone una excesiva onerosidad para el empresario. Como vamos a ver al menos dos de estas causas han resultado afectadas por la reforma introducida por el RD-Ley 3/2012: la falta de adaptación del trabajador y la excesiva onerosidad.

Pero junto a las causas originarias del despido objetivo, nos vamos a encontrar las causas de carácter colectivo o imputables a la propia empresa: económicas, técnicas, organizativas o productivas. Formalmente la regulación del despido objetivo en esta materia no ha sufrido alteración alguna. No obstante,

la delimitación de estas causas está íntimamente relacionadas con el art. 51 ET, con el despido colectivo; no en vano el art. 52 letra c) ET (que regula estas causas en el despido objetivo y que no ha sido modificado) se remite directamente al art. 51.1 ET. Pues bien, es aquí donde debemos resaltar que se ha producido el cambio más importante en cuanto a las causas de despido objetivo, sobre todo en relación al despido por causas económicas: su nueva configuración supone una enorme simplificación para el empresario, facilitando la extinción al configurarse la causa económica como una simple disminución del nivel de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos, aún cuando sigan existiendo beneficios empresariales y estos puedan ser cuantiosos. En todo caso, para el análisis de esta cuestión hemos de remitirnos al estudio correspondiente al despido colectivo en este mismo número monográfico de la revista. Ahora sólo debemos destacar que aún cuando formalmente no se ha producido reforma en el despido objetivo en este punto, es justamente aquí donde se ha producido una reforma de enormes consecuencias. No en vano la mayor parte de los despidos objetivos se realizan a través de esta causa y la mayor parte de los despidos por causas empresariales se reconducen al despido objetivo y no al colectivo. Probablemente el despido objetivo “plural” o por causas colectivas se convierta en la modalidad de despido más utilizada en un futuro inmediato en nuestro país.

Por otra parte, aún cuando formalmente los preceptos del despido objetivo hayan sido alterados sólo en el ámbito de ciertas causas, su regulación se encuentra vinculada o conectada con otras normas que sí han sido profundamente modificadas por la reforma: los efectos del despido improcedente (art. 56 ET), o la asunción por parte del Fondo de Garantía Salarial de una parte de la indemnización (art. 33.8 ET). En el caso de los efectos del despido improcedente remitimos el análisis al despido disciplinario, pero si analizaremos en este epígrafe la reducción del coste del despido objetivo a través del FOGASA.

En todo caso debemos hacer una última advertencia antes de pasar al análisis de la nueva regulación: estamos realizando un comentario de la última reforma laboral que ha azotado a nuestro país, la introducida por el RD-Ley 3/2012, pero es conveniente tener un poco de memoria histórica. No sólo se trata de una reforma aislada, sino que la regulación del despido objetivo ya ha sido previamente alterada por una reciente reforma en el año 2010 (RD-Ley 10/2010 y Ley 35/2010), que ya introdujo una importante flexibilización de esta modalidad de despido, sobre todo desde dos puntos de vista. En primer lugar, por la reducción del período de preaviso, que pasó de 30 a 15 días, rebajando así el coste económico del despido al empresario. De otro lado, se procedió a la supresión de la calificación de nulidad por incumplimientos formales en el despido objetivo. Con esta modificación se produjo una reducción del ámbito de la estabilidad real y se generaliza la improcedencia del despido y

la solución indemnizatoria propia de la estabilidad obligatoria. Desde mi punto de vista ello supuso flexibilizar la regulación sobre el despido, reduciendo el control de la existencia de causa y el coste del despido: lo que se hace es facilitar la extinción del contrato sin readmitir al trabajador para volver a despedirlo, ahorrándose los salarios que deberían abonarse al trabajador desde la readmisión hasta el nuevo despido y la ulterior sentencia en su caso. La nueva reforma viene a ahondar en la misma dirección extremando los efectos de la flexibilidad laboral en el ámbito del despido.

3.2. El despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo

En cuanto a la falta de adaptación del trabajador, se han producido una serie de alteraciones que desde cierto punto de vista introduce una mayor racionalidad en esta causa de extinción de los contratos de trabajo. Con la redacción anterior se establecía que el despido sólo podía producirse transcurridos dos meses desde que se introdujo la modificación, y se planteaba la suspensión del contrato en aquellos casos en los que la empresa ofreciese un curso de reconversión o perfeccionamiento profesional dirigido a capacitarle para la adaptación requerida. Dicha situación de suspensión (y consecuentemente el curso) tendría una duración máxima de tres meses. La existencia de ese doble plazo, de un lado los dos meses y de otro los tres meses, generaba una cierta complejidad que ahora se simplifica.

La nueva regulación establece como causa de despido la falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, si bien dichos cambios deben ser razonables, regla que ya estaba presente en la regulación anterior. Ahora bien, con carácter previo, el empresario deberá ofrecer un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El curso es obligatorio, a diferencia de la regulación anterior, en la que no tenía dicha consideración, sino que era una opción posible para el empresario³³. De otro lado, al ser una actividad obligatoria para el empresario, se evidencia la posibilidad de que judicialmente sea controlable, no solo el hecho de que el trabajador reciba el curso, sino también que por su contenido, calidad y duración facilite o no una verdadera adaptación del trabajador, así como el hecho de que dicho curso sea suficiente para la finalidad perseguida que es facilitar la adaptación: a tenor de la nueva regulación no habría causa de despido no sólo si no se facilita ese curso, además, tampoco sería procedente el despido

³³ No obstante existían discusiones doctrinales entorno a la obligatoriedad de dicho curso. En este sentido vid. Bidon y Vigil de Quiñones, I.: “Falta de adaptación a las modificaciones técnicas”, en AA.VV., coordinados por Juan Gorelli Hernández, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid 2004, página 400.

objetivo por esta causa cuando el curso ofrecido sea insuficiente para facilitar esa adaptación.

Estimo que el hecho de hacer exigible que se desarrolle una actividad formativa supone un elemento positivo en esta regulación, y debe ser bienvenido. Ahora bien, es más criticable la construcción legal relativa a los plazos para proceder al despido (crítica que no debe ocultar que la regulación anterior era igualmente criticable). Con la regulación actual se señala que la extinción sólo puede producirse a partir del plazo de dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizo la actividad formativa dirigida a facilitar la adaptación del trabajador.

Hay que aclarar la relación entre duración del curso y plazo mínimo a partir del cual puede despedirse. Literalmente la duración del curso no condiciona el plazo mínimo a partir del cual es posible despedir, pues los dos meses pueden computarse desde la finalización de la acción formativa o desde la introducción de la modificación. Pero, al contrario, dado que puede despedirse a partir de los dos meses desde la modificación, se podría condicionar la duración de la acción formativa (no podría durar más de los dos meses, pues el empresario puede despedir desde ese momento). Es evidente que hubiese sido más adecuado computar los dos meses desde la finalización del curso, con independencia de la duración del mismo, pues éste ahora tiene ese carácter obligatorio; además, ello sería coherente con la finalidad de comprobar si el curso ha surtido efecto y el trabajador ha podido adaptarse a los cambios del puesto de trabajo.

Ahora bien, hemos de plantearnos qué ocurría en los casos en los que, dada la complejidad de la innovación tecnológica, la acción formativa dure más de dos meses. Pese a que pueda entenderse que dicho plazo afecta a la duración de la acción formativa, lo cierto es que el legislador, en la actual redacción no ha previsto expresamente una duración máxima. Desde nuestro punto de vista parecería ilógico que si el propio empresario establece un curso superior a los dos meses, se le permita la extinción sin que el mismo finalice y sin que el trabajador haya tenido posibilidad alguna de demostrar que se encuentra capacitado para dicha adaptación. Parecería que la única interpretación lógica, pese a la literalidad del precepto, sería la de admitir que el plazo de los dos meses se computan desde la finalización de la actividad formativa; salvo, lógicamente, que se permita caer en una clara contradicción entre la literalidad del precepto y la finalidad perseguida con esta causa despido, que no es sino la de prescindir de aquellos trabajadores que quedan obsoletos y son incapaces de reciclarse pese a los esfuerzos formativos de la empresa.

Para terminar una aclaración: la actual redacción sigue cayendo en el equivoco de considerar que durante el curso formativo el contrato se encuentra en situación de suspensión: no es cierto, por mucho que así lo afirme la letra b)

del art. 52 ET, el mismo precepto afirma (igual que la redacción anterior), que “el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo”. Recordemos que en base al art. 45.2 ET, la situación de suspensión implica que el trabajador cesa en el desarrollo de la prestación laboral y el empresario cesa en su obligación de remunerar el trabajo. En realidad, el legislador ha cometido un exceso en la redacción del precepto, pues en estos casos el trabajador no sufre una inactivación del contrato de trabajo: si bien no desarrolla actividad productiva de manera directa, si realiza actividades que están indirectamente vinculadas con su prestación de trabajo y el empresario recibirá un beneficio por dicha actividad (en forma de mejorar de la capacidad profesional que redundará en la competitividad y productividad de la empresa). Desde este punto de vista el trabajador puede seguir estando sujeto a horario de trabajo y estar sometido al control empresarial de manera directa.

3.3. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador

La letra d) del art. 52 ET también ha sufrido un importante cambio. En realidad, si analizamos el precepto podremos comprobar que en realidad no se ha introducido novedad alguna en el mismo, sino que el legislador se ha limitado a eliminar una frase dentro de la redacción de dicho precepto; el problema es que la frase suprimida es bastante importante para la configuración de esta causa de despido: la nueva redacción supone suprimir el requisito de que se supere un determinado porcentaje de absentismo de la plantilla del centro de trabajo. En la actualidad el empresario puede despedir al trabajador con independencia de cuál pueda ser el índice de absentismo, si es que existe absentismo en la plantilla.

Es evidente el enorme interés por parte del legislador de afrontar el problema del absentismo. Cuestión diferente es si ha exagerado en el instrumento utilizado para ello. Este planteamiento presupone que, con carácter general, los trabajadores de nuestro país son básicamente absentistas, que bordean los límites de la legalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en cuanto a la asistencia al trabajo. Sinceramente creo que este es un fenómeno que tiene bastante que ver con las malas condiciones de trabajo y la repercusión que estas puedan tener. De otro lado, no se ha explorado con seriedad otras posibles alternativas que pueden tener la misma utilidad que un despido de estas características, como la utilización de instrumentos salariales que incentiven la reducción del absentismo.

Recordemos brevemente el proceso de modificaciones: la Disp. Final 3ª del RD-Ley 10/2010 ampliaba los supuestos que no pueden tenerse en cuenta en el cómputo de las faltas de asistencia al trabajo, mencionando expresamente al riesgo durante la lactancia, que bajo la regulación anterior no estaba expre-

samente incluida. Con posterioridad la Ley 35/2010 introdujo una notable diferencia que facilitaba de una manera extraordinaria esta causa de despido: se podrá despedir por faltas de asistencia aún justificadas, cuando estas alcancen el 20% en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos, pero se reducía el índice de absentismo total de la plantilla, de modo que se eliminaba el 5% y se sustituía por el 2,5%. Esta reducción suponía, es evidente, una importante facilitación de esta causa de despido, ampliando enormemente las facultades extintivas empresariales³⁴. Pues bien, el RD-Ley 3/2012, en un ejemplo de que en muchos aspectos la reforma de 2012 ha consistido fundamentalmente en llevar aún más lejos los efectos de las reformas de 2010 y 2011, ampliando las dosis de flexibilidad laboral, procede a suprimir ese índice de absentismo y eliminarlo como requisito para poder despedir por excesiva morbilidad: ahora el despido se puede producir teniendo en cuenta simplemente la situación del trabajador que falta a su trabajo, con independencia de cuál sea la situación de la plantilla del centro de trabajo.

Ciertamente el efecto que tiene esta modificación es el de facilitar aún más la extinción de los contratos de trabajo en estos casos de faltas de asistencia al trabajo, el efecto es indudable: hoy los empresarios tienen una mayor capacidad extintiva gracias a esta modificación, lo cual sumado al resto de alteraciones de la regulación del despido (supresión de la autorización administrativa en el despido colectivo, reducción de los costes del despido improcedente disciplinario y objetivo, mantenimiento de la asunción por el FOGASA de una parte sustancial de la indemnización en caso de despidos improcedentes), evidencia que la reforma ha supuesto un incremento sustancial de la capacidad unilateral del empresario de dar por extinguido el contrato de trabajo.

La supresión de un determinado índice de absentismo total de la plantilla como requisito para utilizar esta causa de despido, implica alterar el sentido de esta causa de despido. Bajo la regulación anterior, se ofrecía al empresario la posibilidad de dar por extinguido el contrato cuando el absentismo causaba un daño real y efectivo y sobre todo relevante, a la empresa; de ahí la necesidad de superar un determinado índice de absentismo. En la actualidad, se individualiza totalmente la conducta que puede dar lugar a la extinción del contrato, de manera que se obvia el impacto que el absentismo pueda tener sobre la empresa. Con ello se impone con absoluta crudeza una realidad: la del beneficio empresarial y la exigencia legal de que el empresario lo obtenga en niveles suficientes; pues se permite la extinción de un contrato por falta de desarrollo de la prestación laboral, aún cuando existe justificación, en base a un conjunto

³⁴ Vid. Gorelli Hernandez, J.: "La política de empleo de la Unión Europea y su plasmación en la reforma laboral española de 2010", con especial atención a los mecanismos de salida del empleo, en AA.VV., *Relaciones laborales y nuevo proceso productivo. XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla 2011, página 444.

de faltas tremendamente reducidas: las jornadas hábiles en dos meses consecutivos son, normalmente, cuarenta y tres (veintidós o veintitrés al mes); y el veinte por ciento de las mismas nos da un resultado de cuatro o cinco días al mes. Eso supone que si un trabajador enferma, por ejemplo de gripe, el mes de marzo y permanece (por prescripción facultativa) de baja durante una semana, no puede enfermar el mes siguiente, pues fácilmente puede ser despedido. La alternativa ante la enfermedad común que dure menos de veinte días es evidente: la incorporación al trabajo, sacrificando el derecho a la salud e integridad física. Y nos podemos preguntar nosotros lícitamente, ¿un comportamiento de estas características genera realmente una excesiva onerosidad al empresario? Sinceramente creo que no. Y creo que no sirve como argumento señalar que pueden existir trabajadores que son auténticos profesionales del absentismo: esa situación no es la regla común, pero el art. 52 d) si es una norma de aplicación general a todos los trabajadores. Por lo tanto, la conclusión no es que el legislador permita ahora erradicar fenómenos abusivos por parte de los trabajadores, el legislador permite ahora someter a una presión insoportable a todos los trabajadores que pueden verse obligados a renunciar a su derecho a faltar al trabajo por necesitar atención sanitaria. Habrá que ver cuál es el impacto de esta regulación en materia de prevención de riesgos laborales. Por cierto, que también esta regulación puede estar íntimamente relacionada con una finalidad de ahorro económico de la Seguridad Social, por la vía de evitarse el pago de prestaciones de incapacidad temporal.

En el debe de esta reforma hay que señalar dos cuestiones que creo son importantes: el precepto sigue sin alterarse en su redacción en cuanto a que se tienen en cuenta las faltas de asistencia al trabajo “aún justificadas”. La literalidad de la norma permite que sean posibles dos interpretaciones diferentes del precepto: que se tengan en cuenta sólo las faltas justificadas (interpretación correcta), o que se computen tanto las justificadas como las injustificadas. Hubiese sido deseable una nueva redacción que aclarase que sólo entran en esta causa de despido las faltas de asistencias que cuentan con una justificación. De otro lado, se mantiene el largo listado de faltas de asistencia que no se tienen en cuenta. Se mantiene esa redacción que pretende ocultar lo que en realidad es la causa de despido en este precepto: que se van a tener en cuenta las faltas motivadas por una baja motivada por riesgos comunes (de duración inferior a los veinte días). Es como si el legislador sintiese vergüenza de lo que hace y pretende ocultar cuales son las bajas que van a tener relevancia a estos efectos. Creo que es mucho más aconsejable, por ser más claro e incluso más breve a los efectos de la redacción del precepto, especificar de manera expresa que situaciones o faltas son las que justifican este tipo de despido. Ello generaría una mayor seguridad jurídica y una mayor claridad en la redacción del precepto.

3.4. Otras alteraciones a la regulación del despido objetivo

Formalmente se ha producido otra alteración a la regulación del despido objetivo, concretamente a la regulación de la calificación y efectos del despido objetivo y concretamente al art. 53.4 ET. Dicho precepto establecía en su regulación anterior que la decisión extintiva se consideraba improcedente cuando no se acreditara la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieran cumplido los requisitos formales del despido objetivo. No establecía este precepto cuándo debía considerarse el despido como procedente. Con la nueva redacción se resuelve esta cuestión: “La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente”.

El legislador ha regulado la cuestión acercando la literalidad del precepto a lo establecido respecto de las calificaciones de procedencia e improcedencia del despido disciplinario (art. 55.4 ET); es decir, señalando que el cumplimiento de los requisitos legales (causa y forma) determina la calificación de procedencia; y en caso contrario (falta de causa o falta de forma, o ambas) estaremos ante un despido improcedente. Se trata, tal como estamos viendo de un simple ajuste formal en la redacción del precepto, que viene a resolver la falta de regulación sobre calificación de procedencia existente bajo la regulación precedente.

Ahora bien, al margen de que formalmente no se hayan introducido otras alteraciones a la regulación del despido objetivo, volvemos a reiterar que indirectamente si existen preceptos en la reforma que influyen directamente sobre el despido objetivo. De entrada, desde el punto de vista causal, recordemos que la letra c) del art. 52 ET se remite a la configuración de las causas de despido colectivo, por lo que la modificación del art. 51.1 ET afecta de manera inmediata al despido objetivo.

De otro lado, en cuenta a la calificación de procedencia del despido objetivo hemos de recordar que los efectos de la misma se establecen en el art. 53.5 ET, en conexión con el 53.1 letra b) el trabajador verá extinguido su contrato de trabajo, pero al tratarse de una causa de extinción que no es imputable a la voluntad del trabajador (no es un incumplimiento) o es una causa que afecta a la empresa, el trabajador tiene derecho a una indemnización económica de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año y con un máximo de doce mensualidades. Pues bien, respecto de esta regulación debemos tener en cuenta lo que ahora prevé el nuevo art. 33.8 ET, a tenor del cual asume el FOGASA parte de las indemnizaciones por despido objetivo.

Concretamente este último precepto establece que en los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de meneos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los arts. 51 y 52 del ET o por el art. 64 de la Ley Concursal, el FOGASA asumirá una parte de la indemnización del trabajador, concretamente 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior al año. Dicha asunción parcial de la indemnización se predica tan sólo de aquellos despidos que sean declarados procedentes, pues expresamente se establece que el FOGASA no asume este resarcimiento en las extinciones declaradas improcedentes en conciliación administrativa o judicial o mediante sentencia.

En realidad la asunción de parte de la indemnización por el FOGASA no es precisamente nueva, pues la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 ya establecía que para los contratos indefinidos celebrados a partir del 18 de junio de 2010, la extinción por despido objetivo (y colectivo y las producidas ex art. 64 Ley Concursal) supondría la misma asunción de responsabilidad por parte del FOGASA. De hecho la Disp. Derogatoria del RD-Ley 3/2012 deroga expresamente a dicha norma transitoria de la Ley 35/2010. Parece, por tanto, que estamos ante la misma solución, si bien a través de una nueva redacción del art. 33.8 ET.

Sobre la cuestión debemos recordar que lo previsto en la Disp. Trans. 3ª era, justamente eso, una norma transitoria, pues se había previsto como solución meramente transitoria para reducir los costes extintivos en caso de despido objetivo, hasta que se desarrollase y entrara en funcionamiento el Fondo de capitalización previsto por la Disp. Adic. 10ª de la Ley 35/2010. Sin embargo, con la nueva redacción del art. 33.8 ET esa transitoriedad desaparece.

Por otra parte también es cierto que en nuestro ordenamiento ya existía con anterioridad, y se trata de una norma bastante antigua, una redacción del art. 33.8 ET a tenor de la cual el FOGASA asumía parte de la indemnización en caso de despidos en pequeñas empresas.

En realidad, la nueva norma contenida en el art. 33.8 ET es mucho más una actualización de su anterior redacción³⁵, si bien asumiendo algunos elementos de la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010. Desde nuestro punto de vista, esta asunción de responsabilidad, aún cuando con la nueva redacción queda bastante atenuada respecto de lo previsto por la Ley 35/2010, sigue siendo un mecanismo de reducción del coste indemnizatorio del despido, facilitando aún más la extinción a los empresarios, y ello en base a recursos económicos de titularidad pública, convirtiéndose en un sistema de bonificación de los costes indemnizatorios por parte del poder público; todo lo cual nos parece criticable³⁶.

³⁵ Recordemos que el anterior art. 33.8 ET señalaba que para las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA asumía directamente el 40% de la indemnización legal que correspondía ante extinciones por despido colectivo, objetivo pro causas del párrafo c) art. 52 y extinciones ex art. 64 Ley Concursal.

³⁶ Gorelli Hernández, J.: “La política de empleo de la Unión (...)”, op. cit., páginas 447 y ss.

Bajo la regulación anterior nos encontrábamos con la duda de cuál podía ser el margen de aplicación de lo previsto por el art. 33.8 ET (asunción por el FOGASA del 40% de la indemnización cuando se trata de pequeñas empresas) frente a lo establecido por la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 (asunción de los 8 días de la indemnización cuando se trata de contratos indefinidos), o si ambas normas eran compatibles entre sí. Concretamente la duda se planteaba respecto de los contratos indefinidos posteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2010³⁷. Pues bien, la nueva redacción del art. 33.8 ET, así como la derogación de al Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 suponen resolver esas dudas, pues supone eliminar la duplicidad de tales mecanismos que ahora quedan unidos en uno solo regulado en el art. 33.8 ET.

En cuanto a la nueva regulación, el FOGASA se hará cargo de una parte de la indemnización por despido, concretamente ocho días de salario por año de servicio. La cuantificación en ocho días procede de la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010, pues la redacción anterior del art. 33.8 ET se refería al 40% de la indemnización. No obstante, respecto de una indemnización por despido de 20 días por año de servicio, es evidente que 8 días de la indemnización son, justamente, el 40% de la misma. No obstante cabe observar una diferencia importante: cuando la anterior redacción del art. 33.8 ET utilizaba el 40% de la indemnización, se refería a la aplicación de dicho porcentaje respecto del total de la misma; y el total de una indemnización de despido no es sólo 20 días de salario por año trabajado, además, hay períodos de tiempo de duración inferior al año que también forman parte de la indemnización, en este caso prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. Esto supone que si el resarcimiento se refiere a sólo 8 días, proporcionalmente esta forma de calcular el resarcimiento ofrecería una cuantía inferior a la que podría obtenerse de aplicar el 40% respecto del total. Esta distorsión podría resolverse en base a la literalidad del nuevo art. 33.8 ET que tomando como modelo la Disp. Trans. 3ª Ley 35/2010 (en este punto la literalidad es idéntica) añade que deberá prorratearse por meses los períodos de tiempo inferiores al año. Esta regla puede tener dos significados. En primer lugar, resuelve aquellas situaciones en las que los trabajadores afectados por la extinción tengan una antigüedad en la empresa inferior al año. De otro lado, también podría interpretarse en el sentido de que además de los ocho días de indemnización el FOGASA asume también una responsabilidad proporcional (de ocho sobre veinte, es decir, del cuarenta por ciento), respecto de la cuantía indemnizatoria de aquellos períodos de contrato de trabajo de duración inferior al año.

Se trata de un supuesto de responsabilidad directa del FOGASA, y no de carácter subsidiaria como el resto de supuestos previstos por el art. 33 ET. De

³⁷ Gorelli Hernandez, J.: “La política de empleo de la Unión (...)”, op. cit., página 449.

otro lado, el beneficiario del abono de esta cantidad es el empresario, tal como expresamente señala esta nueva redacción del art. 33.8 ET (“una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salaria”). Queda absolutamente claro que el sistema utilizado por el legislador consiste en mantener la cuantía de la indemnización por despido, de modo que el trabajador perciba la cantidad legalmente regulada sin merma alguna, si bien el empresario que abona la indemnización, posteriormente puede resarcirse de parte de la misma a través del FOGASA³⁸.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta regulación se delimita en base a los siguientes elementos: empresas que pueden utilizarlo, contratos que pueden generar el derecho a la reducción y tipos extintivos que permiten esta reducción del coste del despido. En cuanto a las empresas, deben tener menos de veinticinco trabajadores. Esto supone delimitar el ámbito de aplicación sólo a las pequeñas empresas: van a ser ellas las que puedan beneficiarse de la reducción del coste del despido. Con ello se aplica la lógica de la anterior redacción del art. 33.8 ET y se evita la regulación de la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 que establecía esta medida con carácter general. En cuanto a los contratos que pueden dar lugar a la reducción de la cuantía indemnizatoria, sólo se refiere a los contratos de carácter indefinido. En este punto la lógica que se impone es la de la Disp. Trans. 3ª que sólo se refería a este tipo de contratos, mientras que la anterior redacción del art. 33.8 ET no se circunscribía a ninguna modalidad contractual. Por último, en cuanto a las modalidades extintivas, el precepto señala que el resarcimiento de los 8 días no se aplicará a los despidos declarados como improcedentes; o lo que es igual, que se trata de un resarcimiento que sólo afecta a los despidos procedentes. Nos parece una decisión afortunada por parte del legislador, pues no parece lógico que los fondos públicos financien despidos ilícitos. Para terminar con la delimitación recordemos que la reducción sólo es aplicable cuando se utiliza el despido colectivo, el objetivo o la extinción del contrato en base al art. 64 de la Ley Concursal. En este punto el precepto se asimila a lo dispuesto por la ya derogada Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010, y se diferencia de la anterior redacción del art. 33.8 ET, pues este último además del despido colectivo y ex art. 64 Ley Concursal, se refería al despido objetivo ex art. 52 c) ET (con la nueva redacción se trata de todo tipo

³⁸ Recordemos como inicialmente el RD-Ley 10/2010 (norma antecedente de la Ley 35/2010) generó importantes críticas pues establecía que el trabajador sufría una reducción en la indemnización y debía dirigirse al FOGASA para resarcirse de esa pérdida. Si bien posteriormente la Ley 35/2010 corrigió esta cuestión y estableció el sistema consagrado por el actual art. 33.8 ET (de hecho la literalidad del precepto en este punto es idéntica a la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010), que implica el abono de toda la indemnización por el empresario, y el posterior resarcimiento a través del FOGASA.

de despido objetivo); por lo que hay una importante ampliación de la aplicación de este precepto.

Para terminar con el análisis de esta norma, hemos de reparar en el hecho de que en la nueva redacción del art. 33.8 ET se haya establecido en su segundo párrafo que el cálculo del importe que corresponde al FOGASA se realizará en función de la cuantía de las indemnizaciones, pero ajustadas a los límites cuantitativos del art. 33.2 ET. Con ello el legislador abandona lo previsto por la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010, que había previsto que en la asunción de la responsabilidad del FOGASA no se aplicarían los límites para la base de cálculo de las indemnizaciones previstos en el art. 33.2 ET. Por el contrario, el legislador ha decidido mantener lo previsto por la redacción previa del art. 33.2 ET, de manera que para asumir su responsabilidad, el cálculo de la base cuantitativa de la misma (la cuantía de la indemnización por despido), se calculará con los límites previstos por dicho art. 33.2 ET; para, después, aplicar de esa cuantía el equivalente de los ocho días de salario.

De otro lado, junto a las repercusiones que sobre el despido objetivo tiene la regulación del art. 33.8 ET, podemos encontrar otro precepto que indirectamente supone una modificación al régimen jurídico del despido objetivo: la Disp. Derogatoria del RD-Ley 3/2012 establece la derogación de la Disp. Adicional 1ª de la Ley 12/2001. Con anterioridad ya hemos comentado este hecho. Basta ahora recordar que ello supone eliminar el contrato de fomento para la contratación indefinida; o lo que es lo mismo, eliminar el viejo mecanismo por el que se reducía la cuantía de la indemnización por despido objetivo impropio de los 45 a los 33 días por año de servicio. En todo caso la supresión no genera ningún tipo de quebranto a la capacidad empresarial para despedir, al contrario, recordemos que hoy gracias a la reforma, todos los despidos impropios llevan aparejada la indemnización de 33 días.

Debe tenerse en cuenta que la Disp. Trans. 6ª del RD-Ley 3/2012 ha señalado que los contratos de fomento para la contratación indefinida celebrados antes de la entrada en vigor de este RD-Ley continúan rigiéndose por la normativa establecida en la Ley 12/2001. Sin embargo, en caso de despidos disciplinarios de esta modalidad contractual, la indemnización se calculará de conformidad a las reglas del apartado 2º de la Disp. Trans. 5ª del RD-Ley 3/2012.

Para terminar, también hemos de señalar una última modificación indirecta del régimen jurídico del despido objetivo, que resulta esencial para la nueva configuración de esta institución: dado que el art. 53.4 ET sigue estableciendo que la calificación de impropio continúa teniendo los mismos efectos que los establecidos para el despido disciplinario. Como veremos a continuación la modificación del art. 56 ET, relativo a los efectos del despido impropio, supone la reducción del coste de estos despidos declarados impropio. La cuestión ya ha sido analizada cuando vimos el despido disciplinario, basta ahora hacer simple alusión a esta cuestión.

4. REFORMAS DE MECANISMOS EXTINTIVOS INDIVIDUALES QUE NO SON DESPIDOS

Tal como hemos afirmado con anterioridad, el RD-Ley 3/2012 no se ha limitado a regular los despidos, sino que se incluye todo un conjunto de normas que afectan de una u otra manera a institutos jurídicos vinculados con la extinción del contrato de trabajo.

4.1. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y el período de prueba

Una importante novedad deriva de la introducción de la nueva modalidad de contrato de fomento de la contratación indefinida, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, regulado en el art. 4 del RD-Ley 3/2012, precepto que se complementa con la derogación de la antigua regulación del contrato para fomento de contratación indefinida contenida en la Disp. Adic. 1ª de la Ley 12/2001. De entrada esta regulación supone prescindir del incentivo de la reducción de los costes de despido como mecanismo de incentivación de la contratación. En realidad, no se trata, ni mucho menos de una actuación del legislador que ha preferido pasar página en la utilización de un mecanismo como la reducción de costes del despido para fomentar el empleo: como hemos visto la actuación del legislador ha sido justamente la contraria, pues se ha procedido a una brutal reducción de los costes del despido con carácter general. Como consecuencia de esa reducción general de los costes de despido, no cabía el mantenimiento de un mecanismo de fomento como el contenido esa vieja Disp. Adic. 1ª de la Ley 12/2001; salvo, claro está, que para esta modalidad de fomento de la contratación indefinida hubiesen regulado un despido aún más barato, pero parece que a tanto no se ha atrevido el legislador.

De otro lado, esta regulación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, se ha introducido un elemento íntimamente vinculado a la regulación de la extinción, me refiero a la regulación del período de prueba en esta modalidad contractual. Concretamente lo que ocurre es que el legislador introduce una regulación específica del período de prueba para este tipo de contratos. Concretamente señala el art. 4 del RD-Ley 3/2012 que la duración del período de prueba será de un año.

Hay que considerar esta regulación como extraordinariamente lesiva para los intereses de cualquier trabajador, otorgándose un derecho al empresario de extinción del contrato de trabajo que supera ampliamente las facultades que el ordenamiento había venido reconociéndole hasta ahora.

Para comprender el verdadero impacto de esta norma debemos tener en cuenta ciertos elementos o aspectos que, a nuestro juicio son esenciales. De

entrada, que el legislador sólo ha establecido una única norma jurídica en torno a esta modalidad contractual: tal como afirma el art. 3.1 del RD-Ley 3/2012, el régimen jurídico del contrato, los derechos y obligaciones derivados del mismo, se rigen por lo dispuesto en el ET, “con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso”. Es decir, a la hora de establecer un régimen jurídico propio, lo único que ha pretendido el legislador en establecer es una regla especial sobre la duración del pacto de período de prueba, ni siquiera ha regulado el contenido de dicho pacto, ni el sentido de las pruebas a las que ha de someterse el trabajador.

La duración del período de prueba se incrementa respecto de la regulación ordinaria de esta cuestión contenida en el art. 14 ET: este precepto establece que la duración será la pactada en el convenio colectivo, si bien en defecto del mismo, no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. Además, en las empresas de menos de veinticinco trabajadores no podrá superar en ningún caso los tres meses el período de prueba de los trabajadores que no sean técnicos titulados. Ciertamente el convenio colectivo puede fijar una duración superior a la señalada por el art. 14 ET, pero esto no supone que exista una libertad incontrolada³⁹.

El hecho de una excesiva duración del período de prueba hace que nos cuestionemos la finalidad que se persigue con una norma de estas características y cómo una ampliación de este tenor afecta directamente a la finalidad u objetivo del período de prueba. Este pacto tiene como objetivo facilitar al empresario un período de tiempo a través del que pueda controlar si la capacidad profesional del trabajador cumple las expectativas puestas en él en el momento de la contratación laboral. Para ello el empresario podrá someter a pruebas a dicho trabajador a través del propio desarrollo de la prestación de trabajo. Es evidente que para poder llegar a una conclusión relativa a la capacidad laboral del trabajador no es necesario un plazo de tiempo tan amplio como el de un año. De hecho el art. 14 ET regula unos plazos mucho más breves y reducidos. Es evidente, y creo que a nadie puede escapársele, que la comprobación de la capacidad profesional de cualquier trabajador, su integración en la empresa y su adaptación a unas nuevas circunstancias productivas, no es precisamente un proceso que requiera de un plazo tan amplio como un año completo.

Por otra parte, nada en la regulación de esta modalidad contractual establecida en el art. 4 RD-Ley 3/2012 indica la necesidad de un período de prueba mucho más amplio del regulado con carácter general, no hay especialidad alguna que lo justifique. En consecuencia, debemos señalar que este período

³⁹ Vid. sobre esta cuestión Todoli Signes, A.: “Límites a la duración del período de prueba (Comentarios a la STS de 20 de julio de 2011. Rec. Ud. 152/2010)”, *Actualidad Laboral* nº 4 de 2012, páginas 420 y ss.

de prueba así regulado para los trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida, no tiene en realidad como finalidad permitir al empresario que pueda realizar las pruebas oportunas para constatar la capacidad profesional del trabajador contratado.

La prueba evidente de que esta ampliación no se vincula precisamente a la comprobación de la capacidad profesional es el hecho de que el mismo legislador señala que la duración del período de prueba será de “un año en todo caso”; es decir, con independencia del tipo de trabajador, de si son trabajadores a los que se requiere conocimientos específicos o preparación determinada; o bien trabajadores sin ningún tipo de preparación: ¿imaginan vds. la necesidad de someter a un peón, una limpiadora, o a un camarero a un período de prueba de un año? De otro lado tampoco se prevé la intervención del convenio colectivo como instrumento que regule la cuestión, a través del que se manifiesten especiales necesidades a la hora de comprobar la capacidad profesional de los trabajadores: se establece un plazo de un año, “en todo caso”.

No tiene mucho sentido ampliar la duración del pacto de período de prueba como elemento que permita al empresario controlar la capacidad del trabajador, por lo tanto, la finalidad perseguida por dicho incremento de su duración ha de ser otra bien diferente; y también creo que a muy pocos puede escaparse esta otra finalidad: no se trata sino de una norma que amplía la capacidad extintiva del empresario y que en la práctica supone descomponer el carácter indefinido del contrato de trabajo exigido por esta modalidad. Con esta regulación el empresario dispone de un año para dar por extinguido el contrato de trabajo, más aún, al no exigirse en modo alguno como contrapartida a este plazo tan amplio, que el empresario realice un verdadero control del trabajador, sometándolo a prueba, lo que se configura es una verdadera capacidad empresarial para rescindir el contrato de trabajo (salvo fraudes evidentes o situaciones discriminatorias), sin necesidad de una causa justificativa evidente. Más aún, al fijar el período de prueba en un plazo de un año, lo que se consigue en la práctica es la posibilidad de temporalizar este tipo de modalidad contractual, de manera que llegado el año, el empresario se deshaga de los trabajadores; lo cual es paradójico en una modalidad contractual que pretende fomentar el empleo indefinido. Es evidente que el legislador está utilizando una institución jurídica, el período de prueba, que tiene una finalidad bien clara y definida, con un objetivo totalmente diferente: no se trata de comprobar la capacidad del trabajador, ni mucho menos, sino de utilizar la simplicidad del procedimiento extintivo propio del período de prueba, para facilitar la extinción del contrato de trabajo en estos casos. Dicho de otra manera, al legislador sólo le interesa un elemento propio del período de prueba, la facilidad de la extinción del contrato de trabajo; se utiliza el período de prueba como mecanismo extintivo, no como instrumento destinado a controlar la capacidad del trabajador.

A tenor de lo anterior, resalta que aún cuando el legislador haya suprimido del fomento de la contratación indefinida un argumento tan sensible como la simplificación de la extinción del propio contrato de trabajo fomentado (se ha eliminado la reducción de los costes de despido de este tipo de modalidad contractual), lo cierto es que por la vía de elevar la duración del pacto de período de prueba, se está fomentando esta nueva modalidad contractual con el argumento de que es más fácil dar por extinguida la relación laboral a través de esta modalidad contractual. Insistimos en la carencia de lógica del incremento del período de prueba, salvo que se admita que la finalidad del mismo no se vincula a la realización de pruebas, sino a facilitar la extinción de este tipo de contratos de trabajo.

Desde mi punto de vista el principal freno a la utilización del período de prueba como simple mecanismo de extinción del contrato de trabajo, sólo puede proceder de una exigencia jurisprudencial de la prueba empresarial de que el trabajador ha sido sometido a las pruebas necesarias para justificar una extinción que formalmente se basa en la no superación del período de prueba. Entendemos que lo contrario sería utilizar el período de prueba en fraude de ley.

4.2. La extinción del contrato a instancias del trabajador en caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la rescisión contractual ex art. 41.3 ET y la resolución a instancias del trabajador ex art. 50.1 a) ET

Otra norma a tener en cuenta desde el punto de vista de la extinción del contrato de trabajo, es la nueva regulación del art. 41 ET en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Recordemos que bajo el régimen jurídico anterior se establecía el derecho del trabajador afectado por una modificación sustancial individual o colectiva, a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. Para poder acceder a este mecanismo de extinción indemnizada, debía tratarse de una modificación sustancial de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, o régimen de trabajo a turno, siempre y cuando resultase perjudicado por dicha modificación.

Pues bien, en la actualidad la nueva redacción del art. 41 ET mantiene este supuesto de rescisión contractual, sin bien con algunas alteraciones bastante interesantes que deben ser resaltadas. El nuevo art. 41.3 ET señala lo siguiente: “En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos infe-

riores a un año y con un máximo de nueve meses”. Tal como hemos señalado se conserva la posibilidad de rescisión del contrato, y se mantiene la indemnización tal como se concebía en la regulación anterior y con la misma cuantía. No obstante hay una diferencia bastante evidente: el incremento de situaciones de modificación sustancial de condiciones de trabajo que generan la rescisión del contrato de trabajo con derecho a la indemnización: la rescisión indemnizada del contrato se ha venido otorgando no en todo caso de modificación sustancial, sino sólo en aquellas modificaciones que afectaban a la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos; es decir, bajo la regulación anterior se permitía la rescisión en caso de que la modificación afectase al tiempo de trabajo. Con la nueva regulación se amplían los casos y situaciones en los que es factible la rescisión del contrato incluyendo a las modificaciones que afectan al sistema de remuneración y cuantía salarial (la referencia a la cuantía salarial procede de que el legislador ha decidido establecer una regulación conjunta de modificaciones sustanciales y el descuelgue salarial) y las funciones cuando excedan de los límites del art. 39 ET.

Se trata de una importante ampliación de la capacidad del trabajador para dar por rescindido el contrato de manera indemnizada. Recordemos que el trabajador tiene una capacidad extintiva plena, a través de la dimisión, sin que en estos casos se requiera causa alguna (el único límite es el preaviso); pero sin derecho a indemnización alguna. Por el contrario, el mecanismo rescisorio regulado en el art. 41.3 ET, se caracteriza por ser una extinción indemnizada. Con la nueva regulación se amplía la capacidad del trabajador, que va más allá de los supuestos de modificaciones que afectan al tiempo de trabajo: ahora se incluyen las modificaciones que afectan a la remuneración y a las funciones; de manera que en la actualidad, del listado recogido en el art. 41.1 ET, tan sólo las modificaciones de sistema de trabajo y rendimiento quedan fuera de la rescisión indemnizada. Ello no es sino una consecuencia lógica del incremento de la capacidad empresarial para alterar las condiciones de trabajo esenciales: si el ordenamiento reconoce a uno de los contratantes la capacidad de alterar las condiciones del vínculo contractual, se debe reconocer a la otra una capacidad de dar por extinguida la relación contractual y dada la dependencia económica del trabajador, con derecho a una indemnización.

Sobre la cuestión deberíamos plantearnos realmente si el legislador no debería haber ampliado la capacidad rescisoria del trabajador al resto de posibles modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Recordemos que mientras que el listado del art. 41.1 ET es meramente ejemplificativo, por lo que en realidad caben otras posibles modificaciones sustanciales diferentes de las mencionadas en dicho precepto. Por el contrario, el listado de modificaciones que pueden dar lugar a la rescisión indemnizada (art. 41.3 ET) es taxativo: sólo

las modificaciones mencionadas pueden dar lugar a la rescisión con derecho a la indemnización. Si tal como acabamos de señalar, la rescisión indemnizada no es sino una consecuencia de la capacidad empresarial de modificar las condiciones de trabajo, ¿no sería más lógico facilitar al trabajador la rescisión indemnizada ante cualquier supuesto de modificación sustancial con independencia de cuál fuera la materia sobre la que se proyecta? Por otra parte, ¿qué lógica tiene no facilitar la rescisión indemnizada en el caso de modificación del sistema de trabajo y rendimiento?, No se alcanza a comprender la razón por la que se le haya excluido de la rescisión indemnizada.

De otro lado existe una segunda modificación que, a nuestro juicio, es importante: bajo la regulación anterior, se establecía la posibilidad de rescisión indemnizada cuando la modificación generaba un perjuicio al trabajador, “sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 50.1 a)” ET; precepto que establecía una resolución contractual a instancia del trabajador en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Esta alusión al art. 50.1 a) ha sido suprimida de la redacción del actual art. 41.3 ET. Ciertamente podría llegarse a la conclusión de que, puesto que el art. 50.1 a) ET sigue existiendo y sigue refiriéndose a la posibilidad de resolver el contrato como consecuencia de una modificación sustancial, no hay diferencias esenciales entre la nueva y la anterior regulación de esta cuestión. Sin embargo no es así tal como vamos a ver.

Recordemos de manera rápida el significado de la regulación anterior: con el art. 41.3 ET se establecía un mecanismo rescisorio con una determinada indemnización (20 días de salario por año de servicio con el límite de las 9 mensualidades), cuando cierto tipo de modificación sustancial causaba un perjuicio al trabajador. Paralelamente el art. 50.1 a) ET establece una resolución contractual (que exige sentencia judicial) cuando la modificación sustancial redundase en perjuicio de la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador. En este caso, la resolución sólo podía actuar ante un perjuicio cualificado (formación profesional o dignidad del trabajador), y no como la rescisión del art. 42.3 ET; y, además, la indemnización era mucho más cuantiosa, pues alcanzaba los 45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades⁴⁰. Esto suponía que cuando había una modificación sustancial que no sólo causaba un perjuicio para el trabajador, sino que era un perjuicio cualificado (afectaba a la formación o dignidad), la vía de extinción no era el art. 41.3 ET, sino el art. 50.1 a). Ello implicaba reconocer que en realidad lo regulado en el art. 50.1 a) ET no sólo era un mecanismo de extinción ante incumplimientos del empresario, sino también cuando sin incumplir el ordenamiento jurídico, se causaba un daño cualificado al trabajador; sólo así podría entenderse correctamente esa

⁴⁰ El art. 50.1 a) ET establecía la posibilidad de resolución a instancia del trabajador por “Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad”.

expresión hoy eliminada del art. 41.3 ET: “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50.1 a)”); lo cual se veía corroborado por el propio art. 50.1 a) que no se refería a modificaciones sustanciales irregulares o ilegales, sino a todo tipo de modificaciones.

Frente a esta situación, en la actualidad se mantiene la rescisión ex art. 41.3 ET (incluso se amplía), pero la resolución ex art. 50.1 a) ET sólo es factible si se refiere a “Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”.

A tenor de la nueva regulación, el art. 50.1 a) sólo puede aplicarse cuando se cumplen dos condiciones acumulativas. En primer lugar, cuando se trata de modificaciones ilegales: las que no respetan lo establecido en el art. 41 ET; cuestión, por cierto, que deberá interpretarse jurisprudencialmente, pues el art. 41 ET es bastante amplio y habrá que interpretar que significa no respetar dicho precepto, y sobre todo, si es necesario una sentencia que declare la ilicitud de la misma. Queda, por tanto, totalmente fuera del art. 50.1 a) las modificaciones sustanciales legales aún cuando causen un daño cualificado al trabajador. Con la regulación precedente estaban comprendidas en este precepto; sin embargo, hoy sólo queda el camino del art. 41.3 ET (lo que supone una reducción de la indemnización a sólo 20 días por año de servicio); además, sólo podrán acudir al art. 41.3 ET si se trata de una modificación sustancial de las comprendidas en dicho precepto como generadoras del derecho a la rescisión indemnizada (alguna de las incluidas en las letras a, b, c, d y f), pero no el resto. Por otra parte, además, en el art. 50.1 a) solo entrarían aquellas modificaciones sustanciales ilegales que implican un tipo muy determinado de perjuicio cualificado: las que generan un menoscabo a la dignidad del trabajador.

A todo lo anterior debemos sumar otro elemento no menor: dado que el art. 50 ET se remite a la indemnización por despido improcedente, esto supone que al art. 50 ET le afecta de manera muy directa la reducción del coste de la extinción, pues la indemnización pasa de los 45 días de salario por año de servicio, a sólo 33 días.

Si unimos lo regulado en los arts. 41.3 ET con lo establecido en el art. 50.1 a) ET debemos llegar a la conclusión de que, aún cuando se haya incrementado el ámbito de aplicación del art. 41.3 ET, en la práctica existe una reducción del nivel de protección de los trabajadores en caso de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, pues su capacidad para dar por extinguido el contrato con derecho a una indemnización se ha reducido.