

# LA REFORMA DEL DESPIDO Y DE LA JUBILACIÓN FLEXIBLE<sup>1</sup>

**Tomás SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de Valencia. Estudi General*

1.-Hablaré a continuación de dos temas distintos y no relacionados entre si, afectados por dos reformas también distintas: Primero, de la reforma del despido de 2002, centrada exclusivamente en los salarios de tramitación en caso de despido improcedente. Después, del régimen de la jubilación flexible, materia afectada por la reforma de 2001.

2.-Por lo que se refiere a la reforma del despido, operada en el año 2002, ésta se redujo inicialmente a aceptar la reivindicación ya clásica del empresariado de abaratar el despido suprimiendo o, al menos, reduciendo los salarios de tramitación en los despidos improcedentes, afectando el Real Decreto-Ley 5/2002, de 2 de mayo (el denominado “*Decretazo*”) (en adelante, RDL) a determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL).

Con la Ley 45/2002, tras la huelga general y las negociaciones entre los sindicatos y el Gobierno, “*las aguas volvieron a su cauce*” si bien con algunas modificaciones o matices, como tendremos ocasión de constatar.

3.- Trataré, a continuación, de exponer sumariamente cuál era la situación anterior al RDL, qué pretendió introducir éste y cuál es la situación actual tras la Ley 45/2002.

4.-Antes del RDL la situación era la siguiente:

a) Tanto en el despido nulo como en el improcedente y tanto en el caso de opción por la readmisión del trabajador como en el de opción por la indemnización, el trabajador tenía derecho a los salarios de tramitación, esto es, a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarara la improcedencia o hasta que el trabajador hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación (art. 56.1 ET y 110.1 LPL).

b) En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, los salarios de tramitación podían ser limitados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciera la consiguiente indemnización, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de las 48 horas siguientes a la celebración del acto de conciliación (art.56.2 ET y 110.1 LPL).

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en la I Jornada sobre Relaciones Laborales, celebrada en la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de Teruel, Universidad de Zaragoza, los días 5y 6 de mayo de 2003.

c) Cuando la sentencia que declarase la improcedencia del despido se dictase transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podía reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación correspondientes al tiempo que excediese de dichos 60 días hábiles.

5.- La situación planteada por el RDL sería la siguiente:

a) En caso de despido nulo, el trabajador mantenía su derecho a los salarios de tramitación (art.55.6 y 57.1 y 2 ET).

b) En caso de despido improcedente, el trabajador mantenía su derecho a los salarios sólo en el supuesto de readmisión del trabajador (art.56.2 y 57.1 y 2 ET). En el supuesto de indemnización, el trabajador perdía el derecho a los salarios de tramitación (art. 56.2 ET), con el consiguiente abaratamiento de la mayor parte de los despidos.

c) Al modificarse el art.57 ET, se suprimía el pago por el Estado de los salarios de tramitación que superasen los 60 días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda. Pero esto no estaba claro por cuanto los art.116 y siguientes de la LPL se mantuvieron vigentes y en ellos se regulaban los aspectos procesales de los salarios de tramitación con cargo al Estado. Conviene reseñar que la reforma del RDL fue técnicamente muy deficiente.

En definitiva, el RDL suprimía los salarios de tramitación a cargo del empresario en caso de despido improcedente y opción por la indemnización y, con mayores dudas, los salarios de tramitación con cargo al Estado.

6.- La situación actual posterior a la Ley 45/2002 es la siguiente:

a) Se recupera el derecho de los trabajadores a los salarios de tramitación en el caso de despido improcedente con opción por la indemnización (art.56.1 ET) en los mismos términos que antes del RDL.

b) En el caso de que la opción entre la readmisión y la indemnización corresponda al empresario, cuando éste, desde la fecha del despido hasta la de conciliación, reconociera la improcedencia del despido y ofreciera la indemnización legalmente prevista, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste, los salarios de tramitación o no existen – si el depósito se realiza en las 48 horas siguientes al despido – o se limitan a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito (art.56.2 ET). Esta regulación de los salarios de tramitación constituye una novedad en relación con la situación anterior al RDL.

c) Se recupera, si es que se había perdido, el pago por el Estado de los salarios de tramitación que excedan de los 60 días hábiles posteriores a la fecha de presentación de la demanda por despido (art.57 ET).

Así pues, la única novedad resultante de la reforma y contrarreforma del despido reside en la posibilidad que ahora tiene el empresario de no pagar los salarios de tramitación (o de limitar su cuantía) en el caso de que se reconozca la improcedencia del

despido y se deposite la indemnización en el plazo de 48 horas después del despido o antes de la conciliación.

7.-Pero esta reforma legislativa plantea algunos problemas interpretativos de interés que paso a plantear:

a)En primer lugar, ¿a qué conciliación se refiere la norma? ¿a la conciliación administrativa de los art.63 a 68 LPL o a la conciliación judicial del art.84 LPL? Antes del RDL, la limitación de los salarios de tramitación se ligaba a un momento preciso: el de la conciliación administrativa previa. Ahora ya no. Ahora la ley permite actuar en un tiempo más amplio: desde el despido hasta la conciliación. Aunque hay quien interpreta que la conciliación a que se refiere la norma es la conciliación administrativa, por el precedente legislativo inmediato, entiendo con A. BLASCO PELLICER, que es posible mantener que se refiere a la conciliación judicial por una serie de razones: 1º)Por aplicación de la regla interpretativa “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere habemus*” 2º)Haciendo una interpretación literal del precepto, dado que el anterior art. 56.2 del ET hablaba de “*conciliación previa*” y el nuevo art.56.2 del ET habla de “*conciliación*” simplemente. 3º)Acudiendo a la interpretación teleológica del precepto legal, por cuanto abaratar el coste de los despidos limitando los salarios de tramitación es, sin duda, la “*ratio legis*” que aparece en la Exposición de Motivos de la Ley. 4º)Finalmente, la nueva ley vuelve a olvidar a los trabajadores de las Administraciones Públicas, donde no hay conciliación administrativa previa sino reclamación administrativa previa, siendo ésta una razón más para mantener que el precepto se refiere a la conciliación judicial que es la única común a todos los trabajadores.

b)¿Deben interpretarse las 48 horas “*siguientes al despido*” como 48 horas que empiezan a contarse desde que acaba el día del despido o desde el momento mismo del despido? En mi opinión, el cómputo de las 48 horas debe comenzar a contar desde que acaba el día del despido, por coherencia con la doctrina judicial interpretativa de las 48 horas “*siguientes a la celebración del acto de conciliación previa*” del art.56.2 del ET anterior al RDL (por todas, STSJ de Cataluña, de 2 de abril de 1998, Ar.2053)

c)En cuanto a los requisitos legales exigidos para poder limitar o suprimir los salarios de tramitación, cabría señalar lo siguiente: 1º) Respecto del reconocimiento del empresario de la improcedencia del despido, que éste deberá hacerse de forma clara y contundente; y que si el trabajador no acepta el despido y hay juicio, los únicos aspectos sobre los que se podrá entrar a valorar serán los referidos a la nulidad del despido, a la cuantía indemnizatoria y a la titularidad del derecho de opción y no acerca de la procedencia o improcedencia del despido. 2º)Respecto del ofrecimiento al trabajador de la indemnización, aunque la ley habla sólo de indemnización, el empresario deberá depositar también los salarios de tramitación, salvo que deposite la indemnización en el plazo de las 48 horas siguientes al despido, en cuyo caso, no hay derecho a los salarios de tramitación. De otra parte, la indemnización a depositar debe ser la legal, la convencional o la contractual, según los casos, aunque la ley hable de “*la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior*” y este apartado se refiera solamente a la legal. 3º)En cuanto al depósito de la indemnización (y de los salarios de tramitación),

éste habrá de hacerse en el Juzgado de lo Social competente para enjuiciar el despido y, si hubiese más de uno en la plaza, ante el Juzgado que asuma las funciones de Decano (STSJ de Andalucía de 14 de noviembre de 1997, Ar. 3892).  
4º) La puesta en conocimiento del trabajador de “*los extremos anteriores*” corresponde al empresario, aunque normalmente será el propio Juzgado quien lo haga.

8.- Conviene destacar que la Disposición Transitoria Primera de la Ley 45/2002, al igual que hizo idéntica Disposición Transitoria del RDL, dispone que los despidos producidos antes de la entrada en vigor de la ley se regirán, “*en lo que se refiere a sus aspectos sustantivos y procesal*”, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar. Así:

a) Los despidos anteriores al 26 de mayo de 2002 se rigen por la normativa anterior al RDL.

b) Los despidos producidos entre el 26 de mayo y el 13 de diciembre de 2002 se rigen por el RDL.

c) Los despidos realizados después del 14 de diciembre de 2002 se rigen por la Ley 45/2002.

9.- Finalmente, un aspecto interesante de la reforma habida sobre los salarios de tramitación se refiere a la naturaleza jurídica de los mismos. Tradicionalmente se ha debatido su naturaleza salarial o indemnizatoria, inclinándose el Tribunal Supremo, en los últimos tiempos, por su naturaleza indemnizatoria, argumentando sobre todo la ausencia al trabajo durante ese tiempo, lo que impide calificarlos propiamente de salario

Tras la reforma efectuada, la Ley 45/2002 parece ofrecer, sin embargo, algunos argumentos interpretativos a favor de su naturaleza salarial, si bien no definitivos, desde luego. Así:

a) De un lado, el hecho de que el nuevo art.56.2 ET señale que “*el contrato se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización*”, lo que “*a sensu contrario*” permitiría pensar que en los demás casos no se podría considerar extinguido el contrato de trabajo en la fecha del despido y, con ello, que los salarios de tramitación podrían remunerar un período en que la relación laboral estaba viva.

b) De otro, la nueva redacción del art. 33.1 del ET, relativo al FOGASA, que ya no califica a los salarios de tramitación de “*indemnización complementaria*”, como los calificaba el art. 33.1 del ET anterior a la reforma.

10.- Pasemos página y hablemos ahora del régimen de la jubilación flexible, entendida ésta como aquella posibilidad de que el sujeto decida voluntariamente el momento de su disfrute (jubilación anticipada, coetánea o postergada respecto de la edad reglamentaria de jubilación) y su intensidad (jubilación total o parcial compatible con el trabajo).

11.-Dicen que lo mejor que nos puede pasar es llegar a viejos, siendo la alternativa de todos conocida. Pero ser viejo implica muchos problemas de todo orden: psicológicos (soledad y amistades que van desapareciendo), físicos (necesidad de asistencia sanitaria) y principalmente económicos. Y con estos últimos los de una necesaria pensión de jubilación o tener que seguir trabajando si se puede y dejan.

La cuestión clave en este punto es ésta: ¿Es bueno seguir trabajando o es mejor dejar de trabajar y cobrar una pensión de jubilación? No parece existir un acuerdo unánime en la respuesta. Para unos es mejor descansar y cobrar una pensión mientras que para otros es preferible seguir trabajando mientras se pueda. En todo caso, los gerontólogos opinan que lo mejor es sin duda una jubilación voluntaria y flexible, esto es, jubilarse poco a poco, primero parcialmente y luego totalmente. Estas son las conclusiones de la IIª Asamblea Mundial de la ONU sobre el envejecimiento celebrada en España en el año 2001: *“Las personas mayores deben tener la oportunidad de trabajar hasta cuando quieran y sean capaces”*.

Pero en los actuales tiempos que corren hay que tener en cuenta otros dos factores que complican notablemente la situación y que están originados por el alargamiento natural de la vida útil de las personas. Se calcula, en este sentido, que, si en el año 2000 la población mayor de 60 años no llegaba a 600 millones, en el año 2050 llegará a 2.000 millones. Y este hecho demográfico y objetivo repercute, de una parte, sobre las cifras de desempleo de la población y, de otra, sobre el mantenimiento del sistema de pensiones desde la perspectiva de su financiación.

12.-¿Cómo se ha abordado esta delicada cuestión en España en los últimos años, teniendo en cuenta que se trata de una importante cuestión que afecta al núcleo duro de lo que se conoce como el Estado de Bienestar? La historia reciente es la siguiente:

a)El primer paso se daría con los Pactos de Toledo, suscritos en abril de 1995 por la práctica unanimidad de los partidos políticos parlamentarios. Estos Pactos supusieron sin duda un punto de inflexión en el tratamiento tradicional de la jubilación. De una política de acortamiento de la vida laboral – facilitando y promocionando la jubilación anticipada, total y hasta obligatoria – por razones de política de empleo – trata de repartir el escaso trabajo existente – se pasará a una política de signo contrario, esto es, de alargamiento de la vida laboral – facilitando y promocionando la jubilación retardada, parcial y voluntaria – por razones puramente financieras, esto es, de contención del gasto del sistema de Seguridad Social, reduciendo y retrasando el reconocimiento de las prestaciones. Es cierto que se manejan otras razones para justificar este cambio de política – alargar la vida laboral para mantener la autoestima, tener en cuenta el alargamiento natural de la vida útil y el interés por aprovechar las experiencias y conocimiento de los trabajadores viejos – pero habrá que reconocer que las razones de fondo son las económicas: conseguir el equilibrio financiero en el sistema de la Seguridad Social, caracterizado hoy por tener más pasivos que activos, más beneficiarios que cotizantes. En los Pactos de Toledo ya se hablaba de tomar medidas tales como las siguientes: 1)Modificar la regulación de la jubilación parcial para poder compatibilizar la pensión de jubilación y trabajo a tiempo parcial a partir de los 65 años. 2)Dificultar la jubilación anticipada, exigiendo acreditar 30 años de cotización y 6 meses en el desempleo. 3)Exonerar del pago de cuotas a los trabajadores que continúen trabajando más allá de los 65 años. 4)Posibilitar que el

porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación superara el 100 por 100, aumentando así las pensiones de jubilación de los trabajadores que se jubilasen después de los 65 años.

b)El segundo paso se daría en abril de 2001, seis años más tarde, al firmarse un nuevo Acuerdo “*para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*” entre el Gobierno, la CEOE-CEPYME y CCOO (habiéndose negado UGT a firmar), donde, más claramente aún, se reafirmaba la política de alargamiento de la vida laboral bajo la bandera de “*una jubilación flexible y gradual*”. En este Acuerdo, el Gobierno se comprometía a introducir modificaciones legales para legalizar las medidas que habían previsto los Pactos de Toledo de 1995.

c)Estas medidas serían adoptadas básicamente en tres leyes sucesivas de 2001: 1)El RDL 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio. 2)La Ley 24/2001, de 27 de diciembre de acompañamiento a la Ley de Presupuestos para el 2002. 3)RDL 16/2001, convalidado por la Ley 35/2002, de 12 de julio.

13.-El RDL 5/2001 (convalidado por la Ley 12/2001) derogó expresamente la Disposición Adicional Décima del ET donde se establecía la posibilidad de pactar en convenio colectivo la jubilación forzosa. Con ello se planteó la delicada y discutida cuestión interpretativa de si seguían siendo posibles los pactos de jubilación forzosa en futuros convenios colectivos y, en caso contrario, la de cuáles eran los efectos de la derogación sobre los pactos convencionales de jubilación forzosa existentes al tiempo de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET.

Pocas veces una cuestión tan aparentemente menuda ha proporcionado un debate doctrinal y jurisprudencial tan rico, aún no cerrado por una Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina sobre el tema. La doctrina científica y judicial se encuentran divididas entre los que consideran que nada ha cambiado con la derogación y que los convenios colectivos pueden seguir incluyendo cláusulas de jubilación forzosa, por entender que la Disposición Adicional Décima del ET no tenía valor constitutivo sino meramente declarativo y los que defienden que ya no será posible pactar en convenio colectivo la jubilación forzosa al haber desaparecido el apoyo legal que le daba cobertura.

Entre los argumentos a favor de la imposibilidad de negociar en convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa se han señalado los siguientes:

a)En primer lugar, que la intención del legislador derogando la Disposición Adicional Décima del ET era claramente la de impedir su negociación, partiendo de la nueva política de alargamiento de la vida laboral del trabajador y del retraso de la jubilación.

b)En segundo lugar, que los art.35.1 y 53.1 de la Constitución establecen una reserva de ley para la regulación del derecho al trabajo y que, por ello, para que por convenio colectivo se pueda limitar el derecho al trabajo estableciendo la jubilación forzosa, es necesaria una ley que expresamente lo permita, esto es, la Disposición Adicional Décima del ET hoy derogada.

c) En tercer lugar, que la admisibilidad de la jubilación forzosa convencional sería tanto como establecer por convenio colectivo una nueva causa de extinción del contrato de trabajo no prevista en el art.49 del ET, que sólo se refiere a la jubilación voluntaria del trabajador, lo que atentaría contra una norma legal de derecho necesario.

En contra, sin embargo, se ha argumentado lo siguiente:

a) Que la negociación colectiva de la jubilación forzosa no necesita de una ley ordinaria habilitadora ya que tal posibilidad negocial tiene su fundamento y cobertura en el art. 37.1 de la Constitución que reconoce el derecho a la negociación colectiva. La Disposición Adicional Décima del ET, hoy derogada, no tenía valor constitutivo sino declarativo, debiendo ser interpretada su derogación en clave política y no jurídica, esto es, como un cambio en la orientación de la política de jubilación, promocionándose ahora la no negociación colectiva de tales cláusulas de jubilación forzosa.

b) Que la reserva de ley que los arts. 35.1 y 53.1 de la Constitución establecen se refiere únicamente al reparto de poderes normativos entre la ley y reglamento, entre Parlamento y Gobierno, pero no al reparto de poderes normativos entre ley y convenio colectivo, regulado éste por el art.37.1 de la Constitución, que reconoce el derecho a la negociación colectiva sin más límite que el respeto de otros derechos constitucionales igualmente reconocidos, cuestión a resolver aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional del equilibrio de los derechos.

c) Que con la jubilación forzosa convencional no se crea una nueva causa de extinción contractual no prevista en el art.49 ET, ya que en el art. 49.1.f) se habla de *“la jubilación del trabajador”* sin especificar si voluntaria o forzosa o ambas. Y *“donde la ley no distingue, tampoco el intérprete debe distinguir”*.

No es fácil prever cuál de las dos tesis interpretativas prevalecerá en el futuro será acogida por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Entretanto, la inercia de la negociación colectiva está ganando la batalla a la tesis que defiende la ilegalidad e inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa ya que son muchos los convenios colectivos que después de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET han seguido incluyendo cláusulas de jubilación forzosa.

14.-La Ley 24/2001 establecería, por su parte, la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación parcial y un trabajo a tiempo parcial, modificando el art.166 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS).

Así el nuevo art.166 de la LGSS dirá:

a) De un lado, que los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos para causar derecho a la misma, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Siendo ésta la verdadera novedad de la Ley respecto de la situación anterior.

b) De otro lado, que los trabajadores que reúnan los requisitos para causar derecho a la jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior como máximo a la exigida con carácter general, podrán acceder a la jubilación parcial con la celebración simultánea de un contrato de relevo. Esta posibilidad existía con anterioridad a esta Ley, si bien en ella se admiten más horas de jornada que antes a efectos de los contratos de relevo (entre el 25 por 100 y el 85 por 100 actual frente al 50 por 100 anterior) y se admite mantener estos contratos de relevo más allá de los 65 años.

c) Finalmente, que, en ambos casos, el disfrute de la pensión de jubilación parcial será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.

Estas jubilaciones flexibles, compatibles con un trabajo a tiempo parcial, han sido reguladas reglamentariamente con detalle por los RR.DD. 1131/2002 y 1132/2002.

15.- Finalmente, el RDL 16/2001, convalidado por la Ley 35/2002, establecería las siguientes medidas sobre el momento de disfrute de la pensión de jubilación:

a) En primer lugar, la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada a partir de los 61 años, debiendo acreditar seis meses de desempleo y 30 años de cotización y que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, modificando así el art.161.3 de la LGSS. Hasta entonces, la posibilidad de una jubilación anticipada venía reducida para los trabajadores en actividades tóxicas, penosas, peligrosas e insalubres, para los trabajadores minusválidos y para los que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, fecha de la implantación del actual sistema de Seguridad Social, que podían jubilarse a los 60 años (Disposición Transitoria Tercera de la LGSS). El RD 1132/2002 aclara ciertos aspectos del precepto legal tales como lo que considera extinción del contrato de trabajo no imputable a la libre voluntad del trabajador y las cuantías de la pensión de jubilación anticipada.

b) En segundo lugar, para promocionar la permanencia del trabajador en el trabajo más allá de los 65 años, se establecen dos medidas distintas:

1ª) La posibilidad de que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación supere el 100 por 100 de la misma. Así, se establece que el porcentaje aplicable a la base reguladora será el resultante de sumar al 100 por 100 un 2 por 100 más por cada año completo que se haya trabajado por encima de los 65 años, siempre que en dicho momento el interesado tenga acreditados 35 años de cotización (nuevo art. 163.2 LGSS). En el caso de que el trabajador no tuviese acreditado dicho período de cotización, el porcentaje adicional del 2 por 100 por año trabajado se aplicará a partir del momento en que acredite dicho período de cotización. El RD 1132/2002 aclara ciertos aspectos del precepto legal tales como el cómputo de la edad reglamentaria, la acreditación del período de cotización, la acreditación de los años trabajados por encima de los 65 años y el límite máximo de la pensión de jubilación resultante que no podrá superar el máximo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año establece para las pensiones públicas.



2ª) La exención de cotización a la Seguridad Social (tanto de la cuota empresarial como de la cuota del trabajador) respecto de los trabajadores con contrato indefinido con 65 o más años de edad y que acrediten un mínimo de 35 años de cotización (nuevo art. 112 bis de la LGSS). Si el trabajador no tuviera acreditado dicho período de cotización, la exención operará a partir de la fecha en que se acredite. A estos efectos, aclara la Ley que la exención no alcanza a la incapacidad temporal por causas comunes ni, en general, a los trabajadores en las Administraciones Públicas. Igualmente, aclara la Ley que no se computan a efectos de los 35 años de cotización previa las partes proporcionales de pagas extraordinarias.

16.- En definitiva, como ya señalé anteriormente, la finalidad perseguida con estas reformas del sistema de jubilación, pretendiendo retrasar el momento de su disfrute, se sitúa más en el plano financiero que en el de la flexibilización de la jubilación en interés del trabajador.