



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Título del trabajo: El Despido Objetivo

Autor:

Jorge Sierra Larrosa

Director/a:

María José Lopera Castillejo

Centro docente:

Facultad de Derecho

Curso:

2013/2014

ÍNDICE

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS	Pág. 1
0. INTRODUCCIÓN	Pág. 2-3
I. NOCIÓN DE DESPIDO OBJETIVO	Pág. 4-5
II. CAUSAS DE DESPIDO OBJETIVO	Pág. 6-24
1. INEPTITUD DEL TRABAJADOR	Pág. 6-8
2. FALTA DE ADAPTACIÓN DEL TRABAJADOR A LAS MODIFICACIONES OPERADAS EN SU PUESTO DE TRABAJO	Pág. 8-10
3. CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS	Pág. 11-20
3.1 Causas económicas	Pág. 13-15
3.2 Causas técnicas	Pág. 15-16
3.3 Causas organizativas	Pág. 16-18
3.4 Causas productivas	Pág. 18-20
4. FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO	Pág. 21-23

5. AUSENCIA DE CONSIGNACIÓN PRESUPUESTARIA PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO	Pág. 23-24
III. PROCEDIMIENTO DEL DESPIDO OBJETIVO	Pág. 25-28
1. CARTA DE DESPIDO	Pág. 25
2. PREAVISO	Pág. 26-27
3. INDEMNIZACIÓN	Pág. 27-28
IV. PROCESO DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO	Pág. 29-47
1. PLAZO	Pág. 29
2. FORMA	Pág. 29-30
3. REQUISITOS DE LA DEMANDA	Pág. 30-31
4. CARGA DE LA PRUEBA	Pág. 31
5. HECHOS PROBADOS EN LA SENTENCIA	Pág. 31-32
6. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS	Pág. 32-38
6.1 Despido procedente	Pág. 32-33
6.2 Despido improcedente	Pág. 33-36

6.3 Despido nulo	Pág. 36-38
7. EFECTOS JURÍDICOS	Pág. 38-47
7.1 Despido procedente	Pág. 38-39
7.2 Despido improcedente	Pág. 39-46
7.3 Despido nulo	Pág. 46-47
V. OTRAS REFORMAS RELEVANTES QUE INCIDEN EN EL DESPIDO OBJETIVO	Pág. 48-50
VI. CONCLUSIONES VALORATIVAS	Pág. 51-55
VII. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA UTILIZADA	Pág. 56-58
VIII. RELACIÓN DE SENTENCIAS ANALIZADAS	Pág. 59-61

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS

ERE → Expediente de Regulación de Empleo.

ET → Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

CC → Código Civil.

L → Ley.

LJS → Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

RDL → Real Decreto-ley.

STS → Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ → Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TS → Tribunal Supremo.

VV.AA. → Varios Autores.

0. INTRODUCCIÓN

Durante la elaboración del presente trabajo, he analizado, a través de varios epígrafes, las cuestiones relativas a la extinción del contrato por causas objetivas.

Al coincidir la realización del Practicum con la redacción del trabajo de fin de grado, tomé la decisión de que, entre ambas actividades, debería existir un nexo que me permitiera explotarlas al máximo.

Después de cuatro años tenía claro que la rama del Ordenamiento Jurídico con la que más disfrutaba era la de Derecho del Trabajo, y gracias a la oportunidad que me brindó el sindicato CCOO de poder realizar las prácticas con ellos, tardé pocos días en darme cuenta de que el tema de mi trabajo podría tratar sobre la Extinción del contrato por causas objetivas, regulada en el artículo 52 ET.

La rama de derecho del Trabajo no es una de las opciones más escogidas por los estudiantes, quizás debido a las continuas reformas que aquella sufre, provocando que quien se quiera dedicar a ello se vea obligado a actualizar constantemente sus conocimientos. Sin embargo, ante un trabajo de esta entidad me parece un elemento a favor, puesto que permite incluir en el mismo un estudio comparativo de la legislación con el paso de los años.

Elegí este, y no otro tema, porque con la crisis económica que sufrimos, es uno de los casos que con más frecuencia se plantea en la Jurisdicción Social. Pudiendo aplicar a la teoría lo que durante tres meses he podido tratar y observar en la realidad.

En cuanto a la metodología seguida para la elaboración de este trabajo, tal y como me aconsejó la directora, me dediqué en primer lugar, a la lectura de los diferentes libros, artículos doctrinales, jurisprudencia y demás materiales que pude recopilar relativos al tema escogido. El problema que me encontré fue que la gran mayoría de los materiales eran anteriores a la reforma laboral de 2012, no siendo fácil tampoco localizar los que incorporaban la normativa vigente.

Posteriormente, una vez terminada la lectura de este elenco de materiales, esboqué un índice en el que anoté todos los temas que debía tratar en cada uno de los apartados que

había propuesto como estructura básica y general. Esta tarea fue más sencilla, gracias a que las monografías que manejaba eran específicas de cada uno de los epígrafes.

Aunque existía un obstáculo que era necesario superar, el relativo a la continua referencia en la normativa reguladora del despido objetivo a lo dispuesto en el despido disciplinario, e incluso a lo establecido para el despido colectivo.

Comenzaba así la tarea más compleja: la escritura. Para ello me apoyé en los textos leídos y en la legislación, especialmente la pertinente a las recientes reformas; el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; pero con más detalle y profundidad, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, así como las modificaciones operadas por ésta en el ET y en la LJS.

Ante un tema tan conflictivo como éste, debido a las numerosas reformas y orientaciones políticas de las mismas, resultaba necesario manifestar la propia opinión contrastada respecto a lo comentado, intentando construir soluciones jurídicamente viables.

Una vez terminada la redacción del trabajo, entregué una copia a la directora para que me pudiera indicar lo que debía modificar, señalándome los aspectos que había de clarificar o incluso ampliar y, en definitiva, el modo de subsanar los errores para lograr la adecuada elaboración de este trabajo.

Para poder realizar este trabajo he estudiado y sistematizado la jurisprudencia más reciente, siempre posterior a las reformas citadas. Algunas de estas sentencias, debido a su gran trascendencia, han sido incorporadas como anexo en el presente trabajo.

I. NOCIÓN DE DESPIDO OBJETIVO

Antes de iniciar el estudio de esta figura jurídica hay que dejar un aspecto claro: cuando hablamos de despido objetivo en realidad nos estamos refiriendo a la extinción del contrato por una decisión unilateral del empresario por causas objetivas. No se trata de una respuesta a un incumplimiento contractual imputable al trabajador, sino que estamos ante una medida adoptada en virtud de una situación objetiva que incide negativamente en la empresa y que legalmente se considera adecuada para contribuir a su superación, todo ello en detrimento de la tutela de estabilidad en el empleo del trabajador y basado en el principio de productividad.

El Jurista Manuel Alonso Olea ya definió esta extinción de contrato como la decisión unilateral del empresario, no motivada por ningún acto previo del trabajador, pero si justificada por otros hechos o motivos justificados, pero independientes de su voluntad.

Este tipo de extinción fue introducida en la legislación laboral por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, con la denominación <<despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa>>¹.

Con esta figura, lo que se busca es liberar al empresario del perjuicio que podría suponerle mantener la relación laboral, sin olvidar en ningún momento que nos encontramos ante un despido causal.

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 52, aborda esta extinción pero no proporciona una causa unitaria que la habilite. Aun así podemos considerar que este despido se basa en dos aspectos:

1. En una incompatibilidad objetiva entre el trabajador y el puesto de trabajo. Causas atinentes a la persona del trabajador, siempre que sean contrarias a su voluntad, es decir, que no deriven de dolo o culpa.
2. En la necesidad de amortizar puestos de trabajo por razones técnicas, económicas o de organización. Causas en las que existe un déficit de productividad que

¹ La legislación de Seguridad Social, en su artículo 208.1.1.d), denomina a esta figura <<despido basado en causas objetivas>>.

responde tanto al puesto de trabajo como a la situación general en la que se encuentra la empresa, siendo dicha situación ajena al trabajador, ya que es totalmente independiente de sus capacidades profesionales, así como de su aptitud personal.

Es conveniente realizar un pequeño comentario respecto a la relación que puede tener esta extinción con el despido disciplinario y el despido colectivo.

Como elemento común entre todos ellos, se puede observar que se está tratando una situación en la que la prestación del trabajador no aporta al empleador el interés productivo necesario al objeto de su actividad empresarial.

Ahora bien, no podemos olvidar la diferencia que existe con el despido disciplinario y despido colectivo, puesto que con respecto al primero de ellos, no existe una voluntad de incumplimiento por parte del trabajador y distinto del segundo, puesto que las decisiones empresariales individualizadas recaen sobre unos concretos trabajadores.

II. CAUSAS DEL DESPIDO OBJETIVO

Dentro del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (de ahora en adelante, ET), podemos encontrar las diferentes causas que permiten a la empresa tomar la decisión de dar por extinguida la relación laboral que le une con el trabajador. Debido a que se establece una serie de causas tasadas, el empresario no tiene margen para ampliar las fronteras habilitantes de las mismas.

Ahora bien, dicho margen sí que existe a la hora de aplicar cada uno de los motivos concretos que justifican la extinción del contrato.

Las causas que permiten llevar a cabo este despido son las siguientes:

1. INEPTITUD DEL TRABAJADOR

Está contemplada en el artículo 52.a) ET <<la ineptitud del trabajador conocida o sobrevinida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa>> como causa de extinción.

Cuando se habla de ineptitud, se hace referencia a la ausencia en el trabajador de las condiciones necesarias para el desempeño adecuado de un determinado trabajo.

La ineptitud puede ser formal, debido a la falta de titulación o documentación necesaria para desempeñar el trabajo (retirada definitiva del carnet de conducir a un chofer, la licencia federativa a un jugador o la inhabilitación para ejercer su profesión a un abogado, entre otras); o material, como consecuencia de la falta de conocimientos y habilidades, tanto físicas como intelectuales, por parte del trabajador. Por lo tanto, esta ineptitud, que lo que provoca es la imposibilidad de llevar a cabo de forma adecuada las tareas que se le asignan, así como una disminución de rendimiento, puede deberse a una falta de capacidad profesional o simplemente a una falta de cualidades personales.

Como se observa en la propia redacción del artículo 52.a) ET, la ineptitud del trabajador puede ser originaria, siendo esta desconocida por el empresario cuando es contratado y

teniendo su raíz en hechos previos a la celebración del contrato; o ser sobrevenida, aquella ineptitud que aparece con posterioridad al inicio de la relación laboral.

Ahora bien, el mencionado artículo termina estableciendo que <<la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento>>, con ello se está refiriendo a los casos en los que la ineptitud existe con anterioridad al cumplimiento del período de prueba (es decir, que ya existiera aquella al iniciar el período de prueba o tuviera su aparición durante el transcurso del mismo). La peculiaridad radica en que el empresario no podrá utilizar esta causa para justificar el despido, siendo coherente la medida, ya que éste tuvo oportunidad de conocer la aptitud del trabajador durante aquel período y de desistir del contrato libremente si así lo hubiera estimado conveniente.²

La ineptitud sobrevenida del trabajador, puede detectarse como consecuencia de los reconocimientos médicos efectuados con el objetivo de vigilar la salud de los trabajadores, ya que, tal y como establece el artículo 22.4 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario, sí que será informado del resultado del reconocimiento en cuanto afecte a la aptitud del trabajador para el desempeño del trabajo.³

Es importante marcar la diferencia entre ambos supuestos, debido a que la ineptitud va a actuar como una vía distinta y adicional respecto al período de prueba, a la hora de poder despedir al trabajador en caso de que este no desempeñe de forma correcta las tareas características de su puesto de trabajo.

Del mismo modo, que esta causa tampoco puede utilizarse cuando la ineptitud del trabajador sea motivada por el cambio en la realización de las funciones que habitualmente este venía desempeñando, consecuencia de la movilidad funcional.⁴

² Efecto derivado de la obligación mutua de realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba tal y como establece el artículo 14.1 ET.

³ STSJ Andalucía de 3 de octubre de 2013, nº 2585/ 2013. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía declara procedente el despido por causa de ineptitud sobrevenida, ya que no considera que se haya producido indefensión al trabajador, debido a que la empresa solo puede comunicar las conclusiones del informe y no las causas médicas.

⁴ Artículo 39.3 ET <<No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional>>.

Conviene también señalar que, a pesar de que en la incapacidad temporal, en la incapacidad permanente y en la disminución voluntaria del rendimiento puedan producirse las mismas consecuencias que en la ineptitud, deben ser diferenciados de ésta. En cuanto a la incapacidad temporal, porque conlleva una incapacitación pasajera, siendo causa de suspensión del contrato de trabajo (tal y como establece el artículo 45.1.c) ET), y no causa de despido. En segundo lugar, de la incapacidad permanente ya que deriva de una reducción anatómica o funcional grave y debido a su especialidad es causa autónoma de extinción del contrato de trabajo (en virtud del artículo 49.1.e) ET). Sin embargo, en caso de que el trabajador carezca de las cotizaciones necesarias para poder obtener una pensión, no sería posible declarar la situación de incapacidad permanente, y al no extinguirse automáticamente el contrato, se podrá despedir al trabajador por causa de ineptitud. Y por último, también conviene diferenciar lo que respecta a la disminución voluntaria de rendimiento, puesto que le es imputable al trabajador, constituyendo así un incumplimiento contractual y siendo motivo de despido disciplinario (regulado en el artículo 54.2.e) ET).

Adviértase además que si nos referimos a la situación de incapacidad temporal parcial, podría quedar alguna duda respecto a la posibilidad de que sea causa de despido objetivo, sin embargo la incapacidad temporal parcial no es bastante y suficiente, por sí sola, para provocar y justificar la extinción del contrato de trabajo.

2. FALTA DE ADAPTACIÓN DEL TRABAJADOR A LAS MODIFICACIONES TÉCNICAS OPERADAS EN SU PUESTO DE TRABAJO

Queda establecido en el artículo 52.b) ET que es causa de despido objetivo <<la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables>>. Nos encontramos ante una variante de ineptitud sobrevenida del trabajador.

Se hace referencia a que los cambios que se van a realizar han de ser razonables, con ello lo que se quiere decir es que sean justificadas dichas modificaciones y que se encuentren dentro del ámbito del grupo profesional de pertenencia. Aunque la

razonabilidad hay que valorarla siempre atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

Conviene precisar que el origen de la falta de adaptación es externo al trabajador, es decir, que no radica en las condiciones profesionales o personales del mismo, sino en los cambios que el empresario ha operado en su puesto de trabajo.

La finalidad de esta causa es facilitar que la plantilla, se adapte a las innovaciones técnicas que se van produciendo en las empresas, con el objetivo de continuar siendo competitivos en determinados sectores del mercado. Dicha exigencia competitiva encuentra su justificación en el artículo 38 de la Constitución Española.

Aunque el marco general del artículo 52.b) ET es permitir el despido, busca en todo momento, garantizar al máximo la estabilidad del empleo. Por ello, el trabajador no tiene que adaptarse de forma mecánica e inmediata a las innovaciones técnicas, sino que como establece el ya mencionado artículo <<previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas>>⁵, no quedando ahí la garantía que ofrece la ley, puesto que indica que <<el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo>>, impidiendo así, que el trabajador se vea perjudicado tanto económicamente como profesionalmente por dichas innovaciones en su puesto trabajo.

Con la entrada en vigor de la Ley 3/2012 se produjeron dos modificaciones respecto de la anterior redacción. Estos cambios se pueden observar en dos aspectos. En primer lugar, ahora, está obligado el empresario a ofrecer al trabajador la formación necesaria para la readaptación del mismo al cambio técnico operado. Podemos relacionar esta obligación empresarial con el derecho del trabajador a la formación, que podemos observar en el artículo 4.2.b) ET. Aclarar que tampoco es muy significativa esta modificación, puesto que el empresario no quedaba del todo eximido de proporcionar la formación necesaria. En segundo lugar, la otra modificación que podemos encontrar en la nueva redacción del precepto, es la relativa al tiempo invertido por el trabajador para

⁵ Artículo 23.1.d) del ET, que se refiere al derecho <<A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo>>.

la formación adaptativa. Anteriormente, se entendía que el contrato quedaba en suspensión mientras dicha formación durara. Sin embargo, no era una de las causas de suspensión enunciadas en la ley, por lo que era necesaria su modificación. Tras la reforma, se considera, dicho periodo, como tiempo efectivo de trabajo. Favoreciendo que no sea necesario que la formación tenga que impartirse continuamente, permitiendo alternar la formación con el trabajo.

Para evitar que los trabajadores puedan ser despedidos inmediatamente después de haber realizado el curso de formación y todavía en fase de adaptación, el artículo 52.b) ET culmina estableciendo que <<la extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación>>.

Al igual que ocurría con la causa de ineptitud del trabajador, no se puede invocar la falta de adaptación, como motivo de despido, cuando en realidad aquella es consecuencia de la encomienda de funciones diferentes de las que habitualmente venía desempeñando. Es decir, estaríamos ante un caso de movilidad funcional.

Únicamente, se podrá invocar la falta de adaptación ante una innovación introducida, cuando afecte de forma directa al puesto de trabajo que venía ocupando habitualmente y le sea exigible al trabajador las tareas que requieren la aplicación de las nuevas técnicas introducidas.

No solo existen obligaciones por parte del empresario, sino que el trabajador, en virtud del deber de buena fe del artículo 20.2 ET, tiene la obligación de hacer el esfuerzo habitual de adaptación a las innovaciones técnicas.

En caso de que la empresa, considere que el trabajador, después del proceso relatado, no es capaz de mantener las habilidades profesionales acorde con las exigencias del proceso técnico operado, será aquella la encargada de probar dicha falta de adaptación.

3. CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

En el artículo 52.c) ET se da respuesta a la necesidad de amortizar, por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, un puesto o una pluralidad de puestos de trabajo, cuyo número no puede superar, en un periodo de noventa días, los umbrales del despido colectivo. Esta mención y referencia al despido colectivo no es única, puesto que ya en el artículo 52.c) ET, a la hora de regular dicha causa, nos remite a las del artículo 51.1 del propio Estatuto, que regula el despido colectivo.

Por ello, antes de empezar con la explicación detallada de esta causa, resulta necesario marcar con claridad la diferencia entre ambos despidos:

En primer término, el número de trabajadores afectados por la extinción, ya que los despidos objetivos, para poder ser calificados como tal, no pueden superar los límites numéricos fijados en el artículo 51.1 ET, para saber cuando nos encontramos ante un despido colectivo:

- <<Diez trabajadores, en las empresa que ocupen menos de cien trabajadores
- El 10 por 100 del número de trabajadores de las empresas en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores>>.

También se indica que se considerará despido objetivo a la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de una empresa, siempre que ésta no tuviera más de cinco trabajadores, cuando se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial, fundada en las causas que estamos tratando en este epígrafe.

Además del número de trabajadores, la otra diferencia la encontramos en el procedimiento para llevar a cabo el despido, ya que mientras el despido objetivo es una decisión unilateral del empresario, que ha de ser notificada por escrito, mediante carta, al trabajador con las condiciones establecidas en el artículo 53 ET, en el despido

colectivo es necesario llevar a cabo un procedimiento previo, con periodo de consultas e intervención de los representantes de los trabajadores.

Asimismo hay que realizar una serie de especificaciones en cuanto al cómputo de tiempo y número de trabajadores de la empresa.

Para el cálculo, hay que tener en cuenta a la totalidad de los trabajadores de la empresa en el momento de iniciarse el procedimiento, con independencia de la naturaleza de la contratación. De acuerdo con el Tribunal Supremo, el cómputo ha de realizarse respecto del conjunto de la empresa, por ser regla más favorable al trabajador, a pesar de que la Directiva sobre despidos objetivos lo refiere en exclusiva al centro de trabajo.⁶

En lo relativo al espacio temporal, que se debe computar a la hora de realizar el cálculo, la ley establece <<un periodo de noventa días>>, no indicando nada sobre la forma del cómputo, la fecha de inicio o final del periodo. Pero, si acudimos a la jurisprudencia⁷, concluiremos que el período de noventa días, al que se refiere el mencionado artículo, debe fijarse hacía atrás, desde la fecha del despido que se contempla; de forma que, cada extinción exige que se observe el periodo inmediatamente anterior de noventa días para saber si se han producido más extinciones contractuales, que sumadas a la que se esta examinando superen los umbrales numéricos del despido colectivo.

Relacionado con lo señalado anteriormente, es importante lo fijado en el último párrafo del artículo 52.c) ET, que establece lo siguiente: <<cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto>>. Con ello, se intenta evitar que el empresario, de forma fraudulenta, realice las extinciones por la vía del despido objetivo, cuando en realidad atendiendo a las causas y al número de extinciones realizadas, la ley le obliga a seguir la vía del despido colectivo.

⁶ STS de 18 de marzo de 2009, Rec. 1878/2008.

⁷ SSTS de 23 de abril de 2012, Rec. 2724/11 y de 23 de enero de 2013, Rec. 1362/12 relativas al cómputo del periodo de 90 días.

Una vez tratada la distinción entre despido objetivo y colectivo, en cuanto al procedimiento a seguir y el número de trabajadores, ahora se analizarán detalladamente las causas que motivan el despido objetivo:

3.1 Causas económicas

De acuerdo con lo establecido en el artículo 51.1 ET, <<se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas>>.

Por lo tanto, el primer elemento cuya existencia se requiere para que el despido objetivo amparado en causas económicas pueda considerarse procedente, es que la empresa atraviese una situación económica negativa. Al referirse el precepto, a una situación económica negativa está utilizando un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido deberá ser interpretado y aplicado por los Tribunales, atendiendo a las circunstancias que resulten acreditadas en cada caso. Pero no es suficiente con probar la situación económica negativa, sino que el tribunal valorara la situación concreta y el motivo por el cual se han podido producir esas pérdidas, viendo así si son temporales o definitivas.⁸

El hecho de que la empresa esté obteniendo beneficios no impide que se pueda considerar inmersa en una situación económica negativa, si sus ingresos siguen descendiendo de manera continuada o se prevé que va a entrar en pérdidas.

La exigencia de que las pérdidas sean actuales, a pesar de que suponga tener en cuenta la situación económica del momento en el que se inició el proceso de despido, no significa que no se puedan tomar en consideración las pérdidas pasadas, acumulándose a las más recientes.⁹

En lo que respecta a la previsión de pérdidas, aunque la explotación no resulte deficitaria y los ingresos o ventas no hayan disminuido de forma persistente, la empresa

⁸ STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, Sec. 1ª, de 7 de abril de 2014, nº 205/2014, que señala que cuando la situación económica negativa es producto de determinadas decisiones empresariales, como la adquisición de una nueva línea de negocio, generando con ello unos gastos extraordinarios, no será válido el despido si con la consolidación de esta nueva línea de negocio, se espera que los resultados del próximo ejercicio sean positivos.

⁹ STSJ de Extremadura de 7 de octubre de 2010, relativa a la toma en consideración de las pérdidas pasadas.

puede incurrir en una situación económica negativa si a la vista de su estado actual y de los datos de futuro disponibles, puede ser previsible que vaya a entrar en pérdidas. No se exige que las previstas deban tener una determinada gravedad o duración, ni tampoco la existencia de un peligro de subsistencia de la empresa. Además como la previsión de pérdidas no deja de ser un pronóstico, suposición o conjetura fundada en hipótesis, la causa no puede acreditarse de forma concluyente mediante datos objetivos y contrastables.

El objeto de esta causa de despido es evitar situaciones futuras negativas, paliables con una más adecuada organización de los recursos humanos en la empresa, en volumen o en estructura u organización.

Tal y como continua diciendo el artículo 51.1 ET, <<se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior>>.

Por último, para que la disminución del volumen de ingresos o ventas de la empresa pueda configurar una situación económica negativa, tiene que:

- Ser real, objetiva y constatable en el momento de producirse el despido.
- Ser persistente, mantenida, reiterada o prolongada en el tiempo y no meramente puntual o coyuntural por circunstancias ocasionales. Siendo persistente ésta, tal y como establece el precepto, si durante tres meses consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.
- Afectar a las ventas o a los ingresos ordinarios, no exigiéndose que afecte a las dos variables simultáneamente.

Aclarar que hasta el Real Decreto-ley 10/2010, solo se entendía como causa económica la existencia de pérdidas. A partir de entonces, se introdujeron como causa económica las situaciones de futuro, es decir, aquellas en las que los ingresos fueran disminuyendo o cuando hubiera previsión de futuras pérdidas. Acabando de cerrar la lista la Ley 3/2012, al incorporar la disminución de ventas.

La situación económica negativa queda vinculada a los resultados de la empresa, sin embargo, el artículo nada precisa sobre si se está refiriendo a la empresa, centro de

trabajo o unidad productiva autónoma. Por ello, debemos acudir a la doctrina científica, donde encontramos que es la empresa en su conjunto y no el centro de trabajo ni la unidad productiva autónoma¹⁰, la que ha de entenderse como ámbito de referencia para determinar la existencia de la situación económica negativa.¹¹ Así pues, no es necesario que las pérdidas afecten a la totalidad de los centros de trabajo o secciones autónomas para que se pueda justificar la amortización de un puesto de trabajo relativo a uno solo de ellos/as, sin perjuicio de que pueda tener en cuenta que los resultados negativos son mayores en el centro de trabajo donde prestaba servicios el trabajador despedido para justificar la medida.

Para terminar con este apartado, en el caso de empresas del sector público se entenderá que existen causas económicas al concurrir una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación del servicio público correspondiente. Se considerará persistente si se produce durante tres meses consecutivos.

3.2 Causas técnicas

En virtud del artículo 51.1 ET, <<Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción>> que repercuten en los puestos de trabajo vinculados a los mismos.

Hay que señalar que la redacción de esta causa resulta muy genérica y ambigua, por lo requiere interpretación judicial que debe entenderse por causas técnicas.

De acuerdo con la doctrina científica, las innovaciones tecnológicas aplicadas al proceso productivo o de prestación de servicios deben ser recientes y acarrear la eliminación de todas o la mayor parte de las funciones realizadas por los trabajadores objeto de la medida extintiva, de forma que, como consecuencia de dichos cambios, sus puestos queden vacíos de contenido o con un contenido tan disminuido que quepa razonablemente su desempeño por otros empleados con capacidad de asumirlo; por

¹⁰ STSJ Extremadura de 26 de julio de 2012, nº 418/2012. Especifica que, en caso de grupo de empresas, es necesario valorar la situación económica global del grupo.

¹¹ STS de 14 de mayo de 1998, Rec.3539/1997, relativa al ámbito empresarial a tener en cuenta a la hora de valorar la situación económica de la empresa.

consiguiente, tales avances no podrán justificar el despido, si pese a ellos, subsisten todas o la mayor parte de las labores que los afectados venían desarrollando.¹²

Acudiendo a la jurisprudencia podemos establecer una lista de las innovaciones que pueden acabar siendo causa de despido objetivo:

- La renovación de maquinaria o de los componentes de la misma, que mejora la calidad del producto, reduce los tiempos de trabajo y aumenta el rendimiento productivo reduciendo la exigencia de mano de obra.
- La informatización del sistema de trabajo mediante la instalación de equipos informáticos, que ejecuten las tareas que anteriormente venían desempeñando los trabajadores.
- La instauración de un sistema de control técnico automatizado y electrónico de las operaciones productivas.¹³
- La digitalización de las historias clínicas, suprimiendo así, el archivo físico del que se ocupaban los trabajadores despedidos.
- La instalación de un sistema electrónico del control de acceso de trabajadores y proveedores a las instalaciones de la empresa, prescindiendo de la vigilancia y supervisión personal.
- La adquisición de vehículos de carga lateral para la recogida de basuras, sustituyendo a los de carga trasera que requerían de la intervención de dos peones de apoyo, siendo únicamente necesario uno de los peones con el nuevo vehículo.¹⁴

Para el caso específico de las empresas de sector público la causa técnica se comporta de forma idéntica.

3.3 Causas organizativas

Concurren causas organizativas, tal y como establece el artículo 51.1 ET <<cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo

¹² STSJ Madrid 20 de diciembre de 2003, Rec. 4475/02 y STSJ Granada 20 de mayo de 2003, que se refiere a la continuidad de las labores que venía desempeñando el empleado despedido.

¹³ TSJ Castilla y León de 4 de noviembre de 2009. Memento Francis Lefebvre 2014.

¹⁴ TSJ Andalucía de 28 de septiembre de 2011. Memento Francis Lefebvre 2014.

del personal o en el modo de organizar la producción>>, generando con ello sobrantes en la plantilla.

Al mencionar el artículo los sistemas de trabajo se esta refiriendo al conjunto de elementos organizados relacionados con la gestión de la fuerza del trabajo, mientras que los métodos de trabajo, son las maneras de realización de una determinada operación o tarea. Así pues, esta causa supone la implementación de nuevos criterios de racionalización y optimización de estos sistemas y métodos de trabajo dentro de la organización empresarial.

Al igual que ocurre con las causas técnicas, la redacción en el precepto de esta causa no es clara, y nos obliga a acudir a la jurisprudencia para saber cuando nos encontramos ante una verdadera causa organizativa que habilite el despido objetivo. Siendo amparadas por los Tribunales las siguientes modificaciones:

- La reordenación de un determinado departamento con el fin de un mejor aprovechamiento de los recursos.¹⁵ Sin embargo, esta reordenación no justificara el despido si no alcanza dicha finalidad.
- La reestructuración organizativa, con cierre de un determinado centro de trabajo en el que un trabajador prestaba servicios, a consecuencia del cierre del centro comercial o edificio de negocios, en el que se encontraba ubicado, y ello a pesar de que la empresa tenga otros centros de trabajo en la misma localidad.
- La unificación de la red de distribución de productos de dos empresas, tras la fusión de estas.
- El vaciamiento del puesto de trabajo, derivado de los cambios en el sistema de presentación de los escritos en la Administración, a consecuencia de la utilización de la vía telemática.¹⁶
- El cambio de actividad de la empresa y de la estructura directiva, con la consiguiente desaparición de las funciones propias de determinados puestos de trabajo.

¹⁵ STSJ de Madrid de 24 junio de 2003 Rec. 1277/03.

¹⁶ STSJ de Andalucía de 26 de febrero de 2009, Rec. 1932/07.

Hay que aclarar que la mera encomienda a otro trabajador de las funciones que el trabajador despedido venía desempeñando no constituye como tal, causa organizativa, ya que es necesario continuar con dichas actividades.

La única reforma operada, por el Real Decreto-Ley 3/2012 y por la Ley 3/2012, ha sido, la inclusión, entre las causas organizativas, de una mención a la situación relativa al modo de organizar la producción.

3.4 Causas productivas

Se entenderá, de acuerdo con el artículo 51.1 ET, que existen causas productivas <<cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado>>.

El supuesto más típico y frecuente en la práctica es el descenso importante y continuado, no siendo este coyuntural o meramente episódico, del volumen de pedidos, ventas, contrataciones, servicios a prestar, clientes que atender u obras a ejecutar, generando con ello una disminución de la producción o de los servicios y de la facturación. Todo ello, puede provocar un incremento de stocks, produciendo así una situación de desequilibrio entre las exigencias productivas de la empresa y la plantilla de la misma, obligando al empresario a prescindir de alguno de los trabajadores que conforman su plantilla.

No solo existen supuestos en los que el cambio que se produce es cuantitativo, sino que también, el cambio puede ser cualitativo, como en el supuesto de que se produzca una variación en la demanda, provocando la exigencia de que se lleven a cabo cambios en los productos o servicios.

En el caso específico de despido por reducción de la obra en ejecución, este no se considerará justificado si la reducción de la obra es poco significativa. Incluso, no será válida, la extinción, cuando dicha reducción tenga importancia, si la empresa contrató a un nuevo trabajador por acumulación de tareas cuando ya existía la disminución de las ventas o demandas y posteriormente procede a despedir por causa productiva al trabajador fijo manteniendo al temporal.

Supuestos especiales son, tanto la descentralización productiva como la finalización de contratos de servicios o reducción de su objeto. Peculiares puesto que dependiendo de la

perspectiva que se tome, pueden considerarse causa organizativa o productiva de despido.

Para que la descentralización productiva sea admitida como causa legitimadora de la decisión extintiva, se debe demostrar que la descentralización tiene por objeto asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad, y que no se configura como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. Que se trate de una medida racional en términos de eficacia productiva.

Por otro lado, la finalización de una contrata de servicios por causas que sean ajenas al empleador, ampara el despido por causas productivas de los trabajadores que estén adscritos a dicha contrata. Está justificada la extinción puesto que conlleva una merma en la demanda de los servicios que venían prestando, no siendo necesaria la búsqueda por parte de la empresa de soluciones alternativas que pasen por la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores afectados. Esta línea doctrinal es aplicada en otros supuestos en los de cierre de la empresa principal y asunción del servicio por la empresa comitente con su propio personal.

Una vez explicadas las causas del artículo 52.c) ET, hay que indicar que si bien la concurrencia de la causa económica había que valorarla teniendo en cuenta a la empresa en su conjunto, las causas técnicas, organizativas y productivas basta con que se acrediten, exclusivamente, en el espacio en el que se han manifestado las mismas cuando éstas afecten y se localicen en puntos concretos de la vida de la empresa.

Por lo tanto, no resulta exigible que la empresa tenga que buscar una solución de movilidad funcional o geográfica antes de llevar a cabo dicho despido.

De la norma analizada, podemos extraer que las causas técnicas, organizativas y productivas, a diferencia de las económicas, no se proyectan de forma directa en el plano de la rentabilidad sino que lo hacen en el plano de la productividad y de la eficiencia empresarial. Con ello lo que se quiere decir es que estas causas se pueden presentar de forma independiente, desvinculadas de la existencia de pérdidas o de resultados económicos desfavorables.

En cuanto a los criterios interpretativos de las causas del artículo 52.c) ET, apuntar que el empresario debe acreditar la concurrencia de la causa, es decir, aportar una prueba

plena respecto de los hechos que invoca como causa de despido, bastando la aportación de indicios y argumentaciones al respecto. No siendo necesario las exigencias referidas a la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa y la relativa a la denominada «conexión de funcionalidad»¹⁷, referida a los objetivos a conseguir con los despidos proyectados.

El mencionado precepto acaba estableciendo que <<los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado>>.

Será facultad directiva del empresario seleccionar a los trabajadores que van a ser objeto de despido, con un serie de limitaciones. En concreto, debe ser sobrante el puesto del trabajador despedido¹⁸, con ello se quiere decir que el trabajador despedido debe resultar afectado por la actualización de la causa alegada. Si en el ámbito de la causa alegada hay varios puestos de trabajo afectados, el empresario podrá seleccionar al trabajador que vaya a ser despedido, no teniendo preferencia el trabajador fijo frente al trabajador temporal.

No obstante, la decisión del empresario de selección de los trabajadores afectados es revisable cuando incurra aquel en abuso de derecho o cuando se realice por móviles discriminatorios.¹⁹

Teniendo únicamente prioridad de permanencia los representantes de los trabajadores, jugando la misma en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo, y no limitándose al ámbito de afectación de la medida extintiva.

¹⁷ “Los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral (Ley 35/2010)” Ángel Jurado Segovia, La Ley Wolters Kluwer.

¹⁸ STS de 15 de octubre de 2003, Rec. 1205/03, que fija como requisito para poder llevar a cabo el despido, que el puesto de trabajo resulte sobrante.

¹⁹ STC de 25 de febrero de 2002, Rec. 48/ 2002, en el que establece el TC un límite a la elección del trabajador despedido.

4. FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO

Cuando el artículo 52.d) ET establece como causa de despido objetivo las <<faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes>> se está refiriendo, en primer lugar, a faltas de asistencia al trabajo y no a meras faltas de puntualidad, lo cual hace que tan solo sean computables a estos efectos las ausencias por jornada completa. En segundo lugar, estas faltas de asistencia han de ser intermitentes, independientemente de su duración, por lo que se requiere cierta reiteración excluyendo las ausencias aisladas, coyunturales o producidas en un único periodo, tal y como ha establecido la doctrina científica. El legislador, ante las bajas que sufre un trabajador por enfermedad o accidente recurrente, que provoca faltas reiteradas al trabajo, no ha considerado conveniente forzar al empresario a continuar manteniendo a dicho empleado entre sus filas debido a los elevados costes, que dicha relación laboral le provoca: reserva de puesto de trabajo, pago parcial de las prestaciones de Seguridad Social, así como la reorganización del tiempo de ausencia del trabajador por baja.

Para que el despido sea justificado, resulta necesario que las faltas de asistencia <<alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses>>. Basta que ese número de faltas se acumule al cabo de tal periodo, aunque no se llegue a esos umbrales en un mes concreto. Los periodos mensuales a los que se refiere el artículo deben computarse de fecha a fecha y no por meses naturales. No es necesario que los índices de absentismo se alcancen en todos los meses computados.

Aclarar que no cabe sumar a estos efectos varias bajas con solución de continuidad.

La nueva regulación del artículo 52. d) ET, ha supuesto un cambio de gran trascendencia. Para entender la importancia de la reforma, es necesario observar cómo estaba regulada esta cuestión antes de la Ley 3/2012. Se exigía la concurrencia de dos factores. El primero de ellos era el individual, se requería que las faltas de asistencia alcanzaran el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos, dentro de un periodo de doce meses. En segundo lugar, debía concurrir un factor colectivo, relativo a que el absentismo del total de la

plantilla del centro de trabajo, tomando como periodo el mismo que para el factor individual, debía superar el 2.5 por 100.

Tras la reforma de la Ley 3/2012, el factor colectivo ha sido eliminado.²⁰ Manteniendo el factor individual aunque con una pequeña modificación, la misma opera en las faltas de asistencia que alcancen el 20 por 100, ya que se exige que en los doce meses anteriores las faltas de asistencia alcancen un 5 por 100 de las jornadas hábiles.

Por último, debido a que son resultado del ejercicio por parte del trabajador de derechos reconocidos en la ley o porque derivan de situaciones especialmente protegidas, el artículo 52.d) ET establece que <<no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a:

- huelga legal por el tiempo de duración de la misma
- el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores
- accidente de trabajo
- maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad
- licencias y vacaciones
- enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.
- las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave>>.

²⁰ STS de 20 de febrero de 2014, Rec. 944/2013. En esta sentencia el Tribunal Supremo declara improcedente un despido realizado durante la vigencia del RD-Ley 3/12, al amparo del artículo 52. d) del ET, basado en ausencias al trabajo justificadas pero que superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. La razón por la que se declara improcedente es porque se tenía que haber aplicado la normativa correspondiente al periodo de tiempo donde tuvieron lugar las faltas de asistencia y no la ley vigente en el momento de producirse el despido. La diferencia radicaba en que se tendría que haber aplicado, y no se aplicó, la exigencia del absentismo total de la plantilla superior al 2.5%.

STS de 10 de diciembre de 2013, Rec. 1041/2013, que establece que ha de aplicarse la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no procedería el despido objetivo ya que no se ha acreditado que el absentismo de la plantilla en igual periodo alcanzara el 2'5%.

La Ley 3/2012, únicamente añadió que no computarían las ausencias que obedecieran a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Con ello, el legislador, lo que ha querido es paliar los problemas que genera la previsión del plazo de 20 días de baja para aquellos que sufren cáncer u otras enfermedades graves, ya que es consciente de que en estas situaciones es frecuente que los tratamientos médicos provoquen bajas de menos de 20 días.

5. AUSENCIA DE CONSIGNACIÓN PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO

La última de las causas de despido objetivo amparadas por la ley está recogida en el artículo 52.e) ET. Dicho precepto establece que el contrato podrá extinguirse <<en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate>>.

En el fondo, nos encontramos ante una causa equivalente a la necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo por causas económicas (ya analizada anteriormente), con la única diferencia de que esta causa se limita a un ámbito muy particular, la carencia de fondos económicos para sufragar los gastos de la actividad.

Lo que ocurre es que aquí se da por comprobada la causa económica como suficiente, sin la necesidad de demostrar que existe un deterioro económico global de la empresa, si se dejara de recibir la subvención.

Es imprescindible que los trabajadores despedidos tengan contratos por tiempo indefinido. Y es necesario remarcar este requisito debido a que, en realidad, puede decirse que esta causa de despido constituye una regla dirigida a fomentar la contratación por tiempo indefinido, en detrimento de la contratación temporal causal. Ya que lo habitual, cuando se reciben estas consignaciones presupuestarias, sería una contratación eventual o para obra o servicio determinado.

En esta causa, tras la reforma de la Ley 3/2012, se ha suprimido la referencia a las entidades del sector público, debido al reconocimiento, a estas entidades, de la posibilidad de efectuar tanto el despidos objetivos como colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Situación distinta es <<cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley>>, dado que entonces se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.

En caso de que la empresa se encuentre en situación de ERE, no podrá despedir a los trabajadores, afectados por esta medida suspensiva temporal, sobre la misma argumentación, razón y causa objetiva invocada en el ERE. Para que los despidos objetivos sean válidos es necesario que la causa de la extinción sea distinta y sobrevenida.²¹

²¹ STS de 12 de marzo de 2014, Rec. 673/2013. Nulidad de los despidos objetivos de los trabajadores ya afectados por un ERE, ya que las causas por las que se fundamentan dichas extinciones son las mismas que provocaron el ERE.

III. PROCEDIMIENTO DEL DESPIDO OBJETIVO

Los requisitos formales y procedimentales del despido objetivo están establecidos en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, apartados 1º y 2º.

1. CARTA DE DESPIDO

Tal y como establece el artículo 53.1.a) ET, para la adopción del acuerdo de extinción, se exige la <<comunicación escrita al trabajador expresando la causa>>.

A pesar de lo conciso que es la referencia del legislador respecto de la carta de despido, es importante referirse a varios aspectos relativos a la misma.

Aunque únicamente se exija de manera expresa la comunicación de la causa, se deberá manifestar los hechos que motivan el despido. Todo ello tiene como finalidad proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que fundan el despido para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa de acuerdo con lo fijado en el artículo 53.3 ET.

Y es que no solo puede provocar indefensión al trabajador el hecho de que la empresa no establezca en la carta los hechos del despido, impidiendo que aquel pueda defenderse desvirtuando los hechos alegados por ésta, sino que también es solo en lo establecido en la carta, en lo que se puede basar el empresario a la hora de defender la procedencia de la medida, ya que lo que no se hubiera indicado en la carta, no podrá debatirse en juicio. Por otra parte, cuando la empresa alegue ineptitud no será necesario citar patología concreta del trabajador si se apoya en documentación fehaciente, puesto que nos encontramos ante una información sujeta a reserva por afectar a la intimidad del trabajador.

Además dicha carta, por razones de seguridad jurídica, deberá identificar los datos consustanciales al despido: fecha de emisión de la carta y constancia de la fecha de su entrega al trabajador, identificación del destinatario de la carta, fecha de efectos del despido (ya que tenemos que tener en cuenta el preaviso, que posteriormente será analizado).

2. PREAVISO

En el artículo 53.1.c) ET, se le impone al empresario la obligación de conceder <<un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo>>.

En la reforma operada en 2010 este apartado fue modificado, reduciendo el plazo de preaviso de 30 a 15 días, siendo este, el único cambio introducido por la Ley 35/2010 en lo relativo a los requisitos de forma.

Si nos encontramos ante un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas del artículo 52.c) del ET el empresario se vera obligado a entregar copia de la carta de despido a la representación de los trabajadores. Esto comporta únicamente un deber de información, no siendo necesario un periodo de consultas con dichos representantes, con todo, no resulta suficiente con una mera comunicación verbal, sino que se debe entregar copia por escrito de la carta de despido. Además el incumplimiento de este deber de información no solamente comporta la declaración de improcedencia del despido objetivo, además dicho incumplimiento queda tipificado como una infracción administrativa grave.²² Este preaviso tiene como objetivo, evitar los efectos dañosos de la ruptura brusca del contrato, además de facilitar al trabajador la búsqueda de un nuevo empleo, por ello el legislador ha previsto en el artículo 53.2 del ET que <<durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales>>.

Es habitual que, en la práctica, este plazo de preaviso no se respete, por ello la norma ofrece una alternativa en el artículo 53.4 ET al establecer que se puede proceder al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo, siendo esta la decisión más cómoda para el empresario.

No obstante, el empresario, durante el periodo de preaviso, puede retractarse del despido.²³

²² Sancionada pecuniariamente en el artículo 7.7 del Real Decreto Legislativo 5/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Al establecer que <<la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos>>.

²³ STS de 1 de julio de 2010, Rec. 3289/2009 relativa a la válida retractación del trabajador de su voluntad extintiva del contrato realizada durante el periodo del preaviso.

Debido a que los despidos por causas objetivas pueden afectar a varios trabajadores a la vez, pudiendo adquirir así trascendencia colectiva, el artículo 85.2 ET habilita a los convenios colectivos para que establezcan procedimientos de información y seguimiento de los despidos.

Por último, en virtud del artículo 49.2 ET el empresario está obligado a acompañar al preaviso de propuesta de liquidación de las cantidades que este le adeude.

Hay que aclarar que la utilización por parte del trabajador del permiso para buscar un nuevo empleo, no implica conformidad con la decisión extintiva del empresario, ni tampoco impide el ejercicio de la acción del artículo 53.3 ET.

3. INDEMNIZACIÓN

El artículo 53.1.b) ET obliga al empresario a <<poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades>>.

El fundamento de exigir el pago simultáneo a la entrega de la carta no es tanto garantizar que el trabajador vaya a cobrar en el futuro, sino más bien posibilitar el percibo inmediato de la cantidad. No siendo válida cualquier otra puesta a disposición de la indemnización.²⁴

Para la validez del despido el trabajador, ha de disponer efectivamente del importe de la indemnización, sin que este tenga que realizar ningún trámite complementario, aunque si el error que se produce en la cuantía es excusable no habrá incumplimiento.

Para que se cumpla de forma completa esta exigencia, la ley indica que la puesta a disposición ha de ser simultánea al acto de entrega de la comunicación escrita del despido, por lo que, si se produce demora, aunque sea de pocos días, estaríamos ante un incumplimiento.²⁵

²⁴ SAN de 16 de mayo de 2014, Rec. 500/2013. En la misma, la Audiencia Nacional indica que no se encuentra ajustado a derecho diferir el pago de la indemnización hasta su tope legal (20 días año y máximo de 12 mensualidades) y abonarla de forma parcelada en 18 mensualidades, en lugar de pagarla al momento de la comunicación individualizada del despido a cada uno de los trabajadores afectados.

²⁵ STS de 24 de febrero de 2014, Rec. 3152/2012. El Tribunal Supremo establece que la puesta a disposición, y el pago efectivo, en fecha posterior a la notificación del despido, determina la improcedencia del despido, sin que quede acreditado, que la orden de transferencia bancaria se hubiera cursado por la empresa de manera simultánea a la comunicación escrita.

Se establece en el párrafo segundo del mencionado artículo que <<cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52.c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva>>²⁶.

Adviértase que ello no significa que el trabajador carezca del derecho a percibir la indemnización que le corresponde, sino que el empleador no tiene la obligación de abonarla en el momento de entrega de la carta de despido, pudiendo postergar el pago a un momento posterior.

Estos casos pueden acabar con la declaración de procedencia del despido sin el abono de la indemnización, a pesar de que exista condena a la entrega de la misma, en la sentencia correspondiente. El impago podrá dar lugar en la fase de ejecución judicial a la declaración de insolvencia de la empresa y a la sucesiva reclamación de cobertura por parte del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de que posteriormente el FOGASA se subrogue en el crédito frente al empleador deudor. Todo ello en virtud del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores y con los límites establecidos en el mismo.

Si el trabajador impugna la decisión empresarial (tal y como se vera más adelante), la consolidación o no de la indemnización va a depender de la calificación del despido. Si el juez declara procedente el despido se consolidará la indemnización percibida; si la declara improcedente, tendrá que devolverse la misma cuando opte el empresario por la readmisión o completarse con la indemnización correspondiente en caso de ruptura del contrato. Y en caso de que sea declarada nula y en los supuestos en que proceda la readmisión, el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia.

Por último, es preciso aclarar que la percepción de la indemnización no supone, en ningún momento, la conformidad del trabajador con la decisión del empresario y por lo tanto no impide la acción correspondiente.

²⁶ STS de 3 de febrero de 2014, Rec. 1012/2013, que declara procedente el despido ya que, efectivamente, existía falta de liquidez en la fecha de despido y por lo tanto, la empresa no podía poner a disposición del trabajador la indemnización correspondiente.

IV. PROCESO DE IMPUGNACION DEL DESPIDO OBJETIVO

En virtud del artículo 120 de la Ley de la Jurisdicción Social (a partir de ahora, LJS) para conocer el proceso de impugnación del despido objetivo debemos acudir a lo que establece el legislador para el despido disciplinario, con una serie de especialidades.

El objeto de este proceso es el análisis de las pretensiones de impugnación que tiene el trabajador de las decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo fundadas en alguna de las circunstancias del artículo 52 y 53 del ET.

Es necesario apuntar que, para las reclamaciones de tutela de derechos fundamentales que se hayan visto lesionados por un despido objetivo, este proceso es el cauce obligado.

1. PLAZO

Tal y como ha fijado el legislador en el artículo 121 LJS, <<el plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días, que en todo caso comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo>>.

Este plazo es de caducidad y comienza a computarse a partir del momento del cese efectivo del trabajo. Pero, según continua el mencionado artículo, <<el trabajador podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso>>, preaviso anteriormente analizado y regulado en el artículo 53.1.c) ET.

2. FORMA

La forma correcta de ejercitar la acción de impugnación es a través de demanda, no sin olvidar que previamente a dicha interposición, ante los órganos judiciales es necesario haber llevado a cabo un acto de conciliación o mediación o administrativa previa, que tendrá lugar en el Servicio de Conciliación de la Comunidad Autónoma

correspondiente, siendo este requisito inexcusable para que puede ser admitida dicha demanda en los juzgados de lo social.²⁷

De acuerdo con lo establecido en el apartado segundo del artículo 103 de la LJS, <<si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario>>.

Los trabajadores al servicio de la administración pública, no tienen obligación de acudir a la mediación previa, pero si acuden a la misma y se cumplen una serie de requisitos establecidos en sentencia se produce la suspensión del plazo de caducidad.

Como está establecido en el artículo 121.2 LJS, la percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar nuevo puesto de trabajo no enerva el ejercicio de esta acción ni suponen conformidad con la decisión empresarial.

3. REQUISITOS DE LA DEMANDA

En cuanto a los requisitos exigidos a la hora de redactar la demanda, se pueden encontrar en el artículo 104 LJS:

Es necesario indicar la antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; categoría profesional; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.

La fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido.

En el caso de que el trabajador ostente, o haya ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como otra

²⁷ De acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social.

circunstancia que sea relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada.

Y por último, en el caso de que el trabajador se encuentre afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que se alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

4. CARGA DE LA PRUEBA

En lo relativo a la carga de la prueba, el artículo 105 de la LJS establece, como regla general, que si se ratifica la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones será el demandado el encargado de exponer sus posiciones en primer lugar. Además también le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo.

Siendo relevante lo fijado en el apartado segundo de este mismo artículo, ya que obliga al empresario a la elaboración correcta y detallada de la carta de despido, puesto que, para justificar el despido, al empresario no se le admitirá en juicio otros motivos de oposición a la demanda que los que este hubiera indicado en dicha carta.

Hay una excepción a esta regla general, recogida en el artículo 121.3 de la LJS, que se aplica con exclusividad a los trabajadores contratados por contratos de fomento de la contratación indefinida, cuando estos aleguen <<que la utilización por la empresa del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria>> corresponderá al mismo la carga de la prueba al respecto de esta cuestión. No hay que entender esta alegación como un supuesto de autoinculpación del trabajador, sino que el trabajador está probando la orientación disciplinaria del despido. Sin embargo, y sin perjuicio de la vigencia de los contratos celebrados con anterioridad, es necesario aclarar que el contrato para fomento de la contratación indefinida, que fue creado por el RDL 8/1997, ha sido suprimido por el RDL 3/2012.

5. HECHOS PROBADOS EN LA SENTENCIA

Antes de entrar en la calificación del despido el artículo 107 LJS establece que se deberá hacer constar entre los hechos probados de la sentencia las siguientes circunstancias:

<<Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido. Indicación exacta de la fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo, en su caso, y hechos acreditados en relación con dichas causas. Y si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso>>.

6. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

El trabajador, ante el despido objetivo, puede aceptar la medida y no impugnarla, asumiendo así la procedencia del mismo (supuesto contemplado de situación legal de desempleo en virtud del artículo 208 de Real Decreto Legislativo 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) o como se ha establecido anteriormente y así se fija en el artículo 53.3 del ET, el trabajador podrá optar por recurrir la decisión extintiva tomada por el empresario.

Pues bien, si la decisión del trabajador es presentar la demanda ante los Juzgados de lo Social impugnando el despido objetivo, el órgano judicial se pronunciara al respecto, declarando la extinción contractual procedente, improcedente o nula.

En caso de que el trabajador discrepe únicamente en cuanto a la indemnización recibida debido a que no se computa toda la antigüedad real en la empresa, y acepte la concurrencia de la causa del despido, no esta obligado a ejercer la acción por despido reclamando la cantidad correspondiente, sino que lo correcto es reclamar dicha cantidad a través del proceso ordinario.²⁸

6.1 DESPIDO PROCEDENTE

El despido será declarado procedente, de acuerdo con los artículos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y el 122.1 LJS, cuando se acredite la concurrencia de la causa en la que se fundamentó la decisión extintiva (causas del artículo 52 ET) y cuando se hayan

²⁸ STS de 22 de enero de 2007, Rec. 3011/2005 relativo al cauce correcto para reclamar la indemnización correcta en caso de que se discrepe de la antigüedad computada.

cumplido los requisitos formales exigidos en el artículo 53.1 ET, aunque se precisa que la no concesión del preaviso o el error excusable (en el siguiente apartado se trata la distinción entre error excusable y error inexcusable) en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido.

6.2 DESPIDO IMPROCEDENTE

En virtud de los artículos 53.4 ET y el 122.1 y 122.3 LJS será declarado un despido como improcedente cuando el empresario no acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita y cuando no se hayan cumplido los requisitos establecidos en el artículo 53.1 ET.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido.

Importante resultó la reforma del Real Decreto-Ley 10/2010, ya que supuso el cambio de calificación del despido en caso de incumplimiento de los requisitos formales del artículo 53.1 ET. Anteriormente el incumplimiento era causa de nulidad, pero después de la reforma, se ha convertido en causa de improcedencia.

Cuando se dice que debe estar acreditada la concurrencia de la causa legal, no se está refiriendo al tipo genérico de causa de despido ni a la causa remota que provoca la situación negativa de la empresa, sino que se refiere a las concretas dificultades económicas de la empresa alegadas por el empresario que motivan y justifican el despido. Por lo tanto, sería motivo de declaración de improcedencia del despido expresar una causa abstracta.

Ante la problemática de saber cuándo el error en el cálculo de la indemnización es excusable o inexcusable, la doctrina jurisprudencial ha afirmado que “es necesario distinguir entre la consignación insuficiente por <<error excusable>> y la consignación insuficiente por negligencia o <<error inexcusable>>, pues una interpretación excesivamente rigorista y cerrada de la ley, en el sentido de que solo sería efectiva una consignación de total equivalencia con el importe de la indemnización supondría, en la mayoría de los casos, la inaplicación de la norma. De forma que el criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto”.²⁹

²⁹ STSJ Galicia de 21 de diciembre de 2011, AS 2011/164 relativa al criterio de buena fe.

En primer lugar, hay que precisar el tema relativo a la buena fe, puesto que el Tribunal Supremo ha considerado error excusable al que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia, refiriéndose con ello a la diligencia propia del hombre medio o del buen padre de familia. Estableciendo que más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de justa o injusta lesión de intereses en juego; y que el error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo.

Este planteamiento genérico no es suficiente, sino que para saber si existe o no error excusable en la cantidad depositada es necesario ponderar, en cada caso concreto, cuantas circunstancias hayan concurrido, tales como la incidencia de una nueva tabla retributiva y la complejidad jurídica del mismo.

Después de establecer el marco general, hay que precisar los hechos que nos llevan a considerar un error como excusable o inexcusable.

Indicios de error excusable:

- La escasa cuantía de la diferencia en la cantidad y la coincidencia en el cálculo por parte de la empresa y el Juzgado en la sentencia de instancia.³⁰
Ejemplo de escasa cuantía es depositar 54.45 euros menos.³¹
- La dificultad jurídica del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una discrepancia razonable.³²

Ejemplo de esta dificultad puede ser el que encontramos en una sentencia en la que el Tribunal estimó que, “el no tener en cuenta la antigüedad reconocida a una trabajadora en el momento de su contratación, porque la empresa reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa a efectos de calcular la indemnización, es un error excusable”. Otra muestra es el de la Sala de Tribunal Superior de Justicia de Aragón³³, que considera “excusable el error debido a la falta de cómputo de la antigüedad real como consecuencia del fraude inicial en la contratación encubridora de una cesión ilegal de mano de obra, no habiéndose

³⁰ STS de 24 de abril de 2000, Rec. 308/1999 relativa a la escasa cuantía de la equivocación en la cuantía de la indemnización.

³¹ STS de 13 de noviembre de 2006, Rec.3110/2005.

³² STS de 25 de mayo de 2006, Rec. 1107/2005 relativa a la dificultad jurídica del cálculo de la indemnización.

³³ STSJ Aragón de 5 de diciembre de 2011, nº 854/2011.

acreditado el conocimiento por parte de la empresa de las circunstancias remotas en las que se produjo la contratación del trabajador”.

Indicios de error inexcusable:

- Cuando la divergencia se ha producido maliciosamente o la podía haber evitado con una mayor diligencia.

Ejemplo de que la divergencia es maliciosa lo encontramos en una sentencia del TS³⁴, al no incluir, la empresa, la retribución correspondiente a las horas extraordinarias, tratándose de un supuesto en el que el cobro de dichas horas extras era habitual, siendo significativa la diferencia de indemnización.

- Cuando la diferencia no sea de escasa cuantía, es decir, requiere que sea relevante.

Ejemplo: No haber computado en la cuantía de la indemnización la cantidad que venía pagando la empresa por vivienda como parte del salario. Esa cantidad ascendía a 2306.86 euros.³⁵

Además de poder utilizar los indicios mencionados, la Sentencia nº 89/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, establece que “el examen de los pronunciamientos jurisprudenciales revela que el Tribunal Supremo maneja una pluralidad de criterios complementarios para determinar cuando un error es excusable o inexcusable, pudiendo destacar los siguientes:

- 1) Un criterio cuantitativo: la diferencia entre la indemnización abonada y la adecuada.
- 2) Un criterio de complejidad jurídica: la dificultad del cálculo indemnizatorio que puede dar lugar a una discrepancia razonable, por ejemplo cuando la fijación del salario exige un cálculo complejo
- 3) La concurrencia de dolo o culpa: si existe una voluntad consciente de incumplir el mandato legal o si la empresa ha empleado la diligencia propia del hombre medio o del buen padre de familia”.

³⁴ STS de 20 de octubre de 2010, nº 728/2010.

³⁵ STS de 5 de febrero de 2014, Rec. 1136/2013.

La puesta a disposición exigida por el legislador, y cuyo incumplimiento provocara la declaración de improcedencia, implica la posibilidad inmediata de tomar posesión de la indemnización por parte del trabajador, sin precisión de otro trámite complementario.

6.3 DESPIDO NULO

De acuerdo con los artículos 53.4 ET y el 122.2 LJS, la sentencia declarará la decisión extintiva nula en los siguientes supuestos:

- <<Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio>>.
- <<Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores>>.

Es decir, que el empresario con el objeto de eludir el procedimiento fijado para el despido colectivo, y en periodos sucesivos de noventa días, lleva a cabo despidos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) ET, siempre sin sobrepasar los umbrales del artículo 51 del mismo texto legal y sin que hayan concurrido nuevas causas que justifiquen dichas extinciones.

- Cuando la decisión extintiva afecte a <<los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período>>.
- Cuando el despido afecta a <<las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de

reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores>>>.

Los permisos a los que se refiere el precepto son:

- El del artículo 37.4 ET, permiso para la lactancia del menor hasta que cumpla nueve meses, en virtud del cual tendrá derecho el trabajador a ausentarse del trabajo durante un pequeño periodo de tiempo al día. La duración del permiso será mayor cuando el parto, la adopción o el acogimiento sea múltiple.
- El del artículo 37.4.bis ET, permiso que se concede a los trabajadores por parto prematuro o, en el caso de que tenga que permanecer hospitalizado el recién nacido a continuación del parto. Con este permiso, el trabajador, tiene derecho a una reducción de jornada o a ausentarse durante una hora al día del trabajo.
- El del artículo 37.5 ET, consistente en un permiso otorgado a quien tiene a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial. También disfrutará del mismo, tanto quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, (siempre que, en ambos casos, no sea una actividad retributiva); como el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. El derecho que se concede con este permiso es a una reducción de jornada.
- El del artículo 46.3 ET, que concede un periodo de excedencia con un máximo de dos o tres años, dependiendo del motivo del mismo, al trabajador para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa; o para atender al cuidado de un familiar

hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

- Cuando el despido afecta a los trabajadores que acaban de volver a su puesto de trabajo tras finalizar <<los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo>>.

Hay que precisar que si el despido afecta a un trabajador que se encuentre en alguna de las situaciones establecidas en las tres últimas causas analizadas, este será declarado nulo, salvo que, tal y como precisan los artículos 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Social y el artículo 53.4 ET, se declare la procedencia del mismo por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

7. EFECTOS JURÍDICOS

7.1 DESPIDO PROCEDENTE

A consecuencia de la declaración de procedencia del despido, quedará extinguido el contrato de trabajo y se entenderá en situación de desempleo al trabajador por causas no imputables al mismo. El trabajador, en todo caso, tendrá derecho a la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) ET. De haberla recibido, ésta se consolidará.

Así mismo, el empresario tendrá la obligación, cuando se de el caso de error excusable en el calculo de la cuantía de la indemnización, de satisfacer al trabajador las diferencias que existan entre la indemnización que éste hubiera recibido y la que legalmente le corresponda.

En caso de que el empresario haya incumplido el período de preaviso, el trabajador tendrá derecho al cobro del salario correspondiente a esos días.

Nos encontramos ante un caso más especial cuando la empresa no pone a disposición del trabajador la indemnización, alegando aquella la imposibilidad del pago debido a causas económicas. Ante esta situación, el Tribunal Supremo se ha pronunciado

estableciendo que “resulta razonable colegir que de no haber percibido dicha indemnización, la declaración de consolidación a que hace referencia el legislador habrá de ser sustituida por la condena a su abono”.

Frente a una situación como la analizada, problemático es saber si procedería efectuar de oficio un pronunciamiento judicial al respecto. Lo que sí que esta claro es que, si es el trabajador el que lo solicita, la sentencia que declara la procedencia de la extinción por la causa alegada, deberá establecer la pretensión subsidiaria sobre condena al abono de la indemnización, sin temor en caer en acumulación de acciones, puesto que dicho pronunciamiento esta previsto legalmente en caso de procedencia del despido.

7.2 DESPIDO IMPROCEDENTE

Ante la declaración de improcedencia del despido, los artículos 53.5.b) y 56.1 ET y 110.1 y 123 LJS establecen que el empresario, en el plazo de 5 días desde que le es notificada la sentencia, podrá optar entre:

- La readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el artículo 56.2 ET. Además de la obligación por parte del trabajador de reintegrarle al empresario la indemnización que aquel percibió. Cuando el legislador habla de salarios de tramitación, precisa que estos equivaldrán a la suma total de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta el día que se notifica la sentencia o hasta que el trabajador hubiera encontrado trabajo, si ese empleo lo empezó con anterioridad a la notificación de la sentencia y siempre que el empresario pueda demostrar lo percibido. Hay que precisar, que los salarios de tramitación no podrán deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso, de acuerdo con el artículo 123.2 LJS.
- El abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. En el caso de que los trabajadores, cuando fueron despedidos, trabajaran a jornada reducida por razones de atención a la familia, maternidad o paternidad, se tomara como base para el calculo de la indemnización el salario de jornada

ordinaria, de acuerdo con la Disposición Adicional 18ª del Estatuto de los Trabajadores.³⁶

La novedad de la Ley 2/2012 se puede observar en el cálculo de la cantidad a pagar en caso de declaración de improcedencia del despido. Ahora, el empresario estará obligado a abonar una cantidad igual a treinta y tres días de salario por año trabajado, prorrateando por meses los periodos inferiores al año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Produciéndose una disminución de la cuantía indemnizatoria en caso de despido improcedente. Además se suprimen los salarios de tramitación.

Sin embargo, en virtud de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, para los contratos vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, el cálculo de la indemnización se hará en virtud de la suma de dos conceptos. El primero de ellos, relativo al periodo de vigencia del contrato anterior al 12 de febrero de 2012, a razón de cuarenta y cinco días de salario por año trabajado. El segundo, para el periodo comprendido después del 12 de febrero de 2012, a razón de treinta y tres días de salario por año de trabajo con un límite de veinticuatro mensualidades.

Apuntar que la suma de ambos conceptos no puede superar la cantidad equivalente a setecientos veinte días, salvo que la cuantía del primero de los conceptos lo fuera, en ese caso se aplicaría dicha cantidad pero con el límite de 42 mensualidades

Si se opta por la indemnización quedará determinada la extinción del contrato de trabajo, entendiéndose que esta se produjo en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

³⁶ Según la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, para los contratos vigentes con anterioridad al 12 de febrero de 2012, el cálculo de la indemnización se hará en virtud de la suma de dos conceptos. El primero de ellos, relativo al periodo de vigencia del contrato anterior al 12 de febrero de 2012, a razón de cuarenta y cinco días de salario por año trabajado. El segundo, para el periodo comprendido después del 12 de febrero de 2012, a razón de treinta y tres días de salario por año de trabajo con un límite de veinticuatro mensualidades.

Si analizamos la redacción previa al Real Decreto-Ley 3/2012, se observa que solo ha habido una modificación. La misma consiste en añadir “la opción” al precepto. A pesar de ser mínima la reforma, esta es significativa, puesto que antes de la misma, se podía desprender de la lectura del artículo que el contrato no se extinguía hasta que no se pagase la indemnización y por lo tanto el empresario debería pagar los salarios de tramitación devengados durante ese periodo. Entendiéndose que solo se eliminarían los salarios de tramitación en caso de que el empresario abonase la indemnización.

Discutido ha sido el distinto tratamiento que el legislador ha dado a la posibilidad de compensar la indemnización fijada en la sentencia con la percibida en el momento del despido. Ya que el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 53.5.b), establece que se deberá deducir de la cantidad legalmente prevista por despido improcedente la percibida con la carta de despido. Sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Social, en su artículo 123.4, señala que <<el juez acordará, en su caso, la compensación entre la indemnización percibida y la que fije la sentencia>>, con ello el legislador esta dejando una puerta abierta al Juez para que pueda acordar la no compensación. Es decir, que puede ser que no haya que compensar cantidades en casos de especial incumplimiento empresarial. En cuanto a la naturaleza de esta indemnización, decir que no tiene naturaleza sancionadora para la empresa sino que más bien tiene naturaleza reparadora, y que se estableció en sustitución de las reglas de compensación por daños y perjuicios que rigen en el derecho común.

Ante dicha opción, si el empresario no se pronuncia dentro del plazo fijado para ello, se entenderá que procede la readmisión del trabajador.

El artículo 110.1 LJS establece una serie de particularidades a esta opción:

- En el acto de juicio, la parte titular de la opción podrá anticipar la misma, para el caso de que el órgano judicial declare la improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia.

- La parte demandante puede solicitar, si consta no ser realizable la readmisión, que se acuerde, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la

indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en ésta y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido. Estamos ante supuestos en los que la readmisión es físicamente imposible, aunque son presupuestos que no tienen porque ser evidentes y que por lo tanto deben ser discutidos y probados por las partes en juicio.

- En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.

Cuando el trabajador despedido fuese representante legal o delegado sindical, le corresponderá a éste la opción entre readmisión o indemnización. Esta opción le corresponde a este siempre y cuando no haya sido destituido o revocado antes del despido, manteniéndose esa posición durante el año siguiente al cese ordinario. Además se extiende a los candidatos formalmente proclamados o a quienes sin haber sido proclamados formalmente concurren al proceso electoral con el conocimiento del empresario y salgan elegidos tras el cese por el despido. Puede extenderse esta opción a todos los trabajadores cuando este establecido por el convenio colectivo.

En caso de que el trabajador no se pronuncie, se entenderá que la opción escogida es la de la readmisión. Aclarar que cuando la opción sea, expresa o presunta, la readmisión, está será obligatoria. Este caso es peculiar puesto que tanto si el trabajador opta por la readmisión como si opta por la indemnización, tendrá derecho a los salarios de tramitación.

También es reformado este artículo 56.4 ET, por la Ley 3/2012, con el objetivo de garantizar que el trabajador, en caso de ser representante de los trabajadores, cobre los salarios de tramitación, independientemente de la opción elegida por el trabajador.

De acuerdo con el artículo 110.3 LJS <<la opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia>>.

Por último, de acuerdo con el artículo 110.4 LJS, conviene indicar que en el caso de que el despido fuera declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma

y la opción escogida sea la readmisión, será posible llevar a cabo un nuevo despido, dentro del plazo de siete días a contar desde la sentencia. No se trata de una subsanación del primero, sino que estamos ante un nuevo despido que surte efectos desde su fecha.

Cabe preguntarse qué ocurre cuando la sentencia sea recurrida, si se deben ejecutar los efectos de la sentencia de manera provisional o esperar a que la sentencia sea firme. La respuesta la podemos encontrar en los artículos 111 y 112 LJS.

Realizando una lectura detallada de los mencionados preceptos podemos concluir que se dan dos soluciones distintas dependiendo de la opción que la empresa o el trabajador (si a él le correspondía dicha opción) haya elegido.

En caso de que la sentencia haya declarado improcedente o nulo el despido y se haya optado por la readmisión del trabajador, independientemente de si el recurso lo ha interpuesto la empresa o el trabajador, se deberá llevar a cabo la ejecución provisional de la sentencia. Es decir, en el caso analizado, el trabajador deberá reincorporarse a la empresa y prestar sus servicios, mientras que el empresario tendrá la obligación de abonar el salario correspondiente.

Posteriormente, si se revoca la sentencia favorable al trabajador, este no tiene que devolver los salarios percibidos, conservando incluso el derecho a que se le paguen los salarios devengados durante el desarrollo del recurso y todavía no cobrados. En caso de que lo que se recurra sea la declaración de improcedencia del despido a un representante de los trabajadores, mientras dure el recurso, el juez será el encargado de garantizar el ejercicio de las funciones representativas.

Por el contrario, si la decisión adoptada es la optar por la indemnización, no cabe la ejecución provisional de la sentencia.

Sería injusto que el trabajador se quedara sin empleo, sin prestación por desempleo y sin indemnización durante este periodo, por ello se le considera en situación legal de desempleo involuntario.

Puede ser distinta la solución si nos fijamos en el artículo 301 LJS, ya que permite la ejecución provisional a través de la vía de los anticipos reintegrables (puesto que nos encontramos ante una obligación exclusivamente dineraria).

En todo caso, una vez resuelto el recurso, si este modifica la cuantía de la indemnización, reduciéndola o aumentándola, el trabajador o el empresario, dentro de los 5 días siguientes al de la notificación, podrá cambiar la opción que había elegido en primera instancia. De producirse el cambio, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciendo de las cantidades que por tal concepto se abonen las que recibiera el trabajador en concepto de prestación por desempleo. Tanto esta cantidad como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad gestora.

No será posible cambiar la opción escogida cuando la sentencia que resuelve el recurso confirma la sentencia inicial.

De acuerdo con el artículo 57 ET << Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2 del artículo 56 de esta Ley, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles>>. Esta misma previsión, está recogida en el artículo 116 LJS y persigue evitar, el posible perjuicio económico que los trabajadores sufrirían en caso de demora.

En caso de que la readmisión haya sido la opción elegida, pero no se haya llevado a cabo de acuerdo con lo establecido en el artículo 278 LJS, es decir, si el empresario no ha realizado la comunicación una vez transcurridos los diez días, no ha llevado a cabo la readmisión o ha existido la readmisión pero de forma irregular, el trabajador podrá instar la ejecución judicial de la sentencia a través del incidente de no readmisión. Para solicitar este, el trabajador debe atender a los plazos establecidos en el artículo 279 de la LJS. En caso de que no se hubiere efectuado la readmisión, dispone de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la misma. Si el problema radica en que no se ha señalado fecha para reanudar la actividad laboral, podrá solicitar la ejecución judicial dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el plazo de diez días, que la ley otorga al empresario para comunicar la fecha de la reincorporación. Y, por último, si se considera irregular la readmisión, dispone el trabajador de los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar. Aclarar que estos plazos son de prescripción.

Tal y como se establece en los artículos 280 y 281 LJS, se llevará a cabo la comparecencia de las partes y, a excepción de que no queden acreditadas la inadmisión o la readmisión irregular, el Juez dictara auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abone al trabajador la indemnización correspondiente al despido improcedente. En virtud de las circunstancias del caso y del perjuicio ocasionado al trabajador podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. Además, se condenará al empresario al pago de los salarios que, el trabajador, ha dejado de percibir desde la fecha en la que se notifico por primera vez la improcedencia hasta la de su resolución.

Si el despido es de un representante de los trabajadores y, al igual que en el caso anterior, no se lleva a cabo la readmisión o ésta, en la práctica, resulta irregular, deberá solicitar la ejecución judicial de la sentencia dentro de los veinte días siguientes al tercero que, como plazo máximo para la reincorporación, se fija en la ley.

Oídas ambas partes en la comparecencia, el Juez resolverá dictaminando si la readmisión tuvo lugar o teniendo lugar esta, si fue irregular. En caso que dictaminara a favor del trabajador, de acuerdo con el artículo 283 LJS, ordenará al empresario que lleve a cabo la readmisión efectiva en su puesto de trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la resolución. Y si aún así, el empresario, no cumple con dicha obligación, el secretario podrá, en virtud del artículo 284 LJS, acordar que el trabajador continúe cobrando su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, además que se le apliquen los incrementos que establezca el convenio colectivo o la norma estatal y se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma; que el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social, poniéndolo en conocimiento de la entidad gestora; y que continúe desarrollando, en la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiéndolo al empresario que si impide u opone algún obstáculo a dicho ejercicio, podrá ser, su conducta, objeto de sanción de acuerdo con lo que dispone el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social.

Con el objeto de garantizar el cobro del salario, el órgano judicial podrá acordar la ejecución de una cantidad equivalente a seis meses de salario, en tantas ocasiones como

fuese necesario, pagándole con ello al trabajador las retribuciones que fueran venciendo, hasta que lleve a cabo la readmisión en forma regular, devolviéndole, al empresario, el saldo restante en esos momentos.

7.3 DESPIDO NULO

En caso de que el órgano judicial declare nulo el despido, cabe extraer de los artículos 53.5 y 55.6 ET y 113 y 123.2 LJS, los efectos del mismo.

Siendo condenado, el empresario, a la inmediata readmisión del trabajador, sin posibilidad de elegir entre esta opción y la indemnización, como ocurría cuando el despido era declarado improcedente. Además, deberá abonar los salarios de tramitación dejados de percibir por el trabajador desde que se produjo el despido y hasta que se lleva a cabo la readmisión, de dicha cantidad habrá que deducir las cantidades percibidas por prestación de desempleo y las que hubiera recibido en concepto de salario por haber encontrado un nuevo empleo, con anterioridad a la sentencia.

Cabe la posibilidad de que el despido del trabajador se produjera mientras estuviera éste en situación de suspensión del contrato. Entonces, la readmisión quedará pendiente y se deberá ejecutar cuando la situación suspensiva llegue a su fin. En tal caso, es comprensible que durante el tiempo que el contrato de trabajo este suspendido, el trabajador, no tenga derecho al cobro de los salarios de tramitación, recuperando ese derecho cuando, una vez finalizada la situación de suspensión, el reingreso debió haberse producido.

En caso de que el despido sea declarado nulo, por discriminación o por violación de derechos fundamentales del trabajador, la misma sentencia podrá establecer una indemnización adicional, siempre y cuando se acredite una base mínima para cuantificarla. El juez fijara la cuantía en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

Téngase en cuenta que en ningún momento se esta incurriendo en acumulación indebida ya que este doble pronunciamiento esta previsto en el artículo 183.3 LJS.

En caso de que la sentencia fuese recurrida por el trabajador o por el empresario, la sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos fijados en el artículo 297 LJS. Así, al igual que ocurría cuando se declaraba improcedente la sentencia y se optaba por la readmisión, el empresario tendrá la obligación de satisfacer al trabajador, mientras dure el recurso, la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos, continuando con la prestación de servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna. Además, como se establece en el apartado segundo de este mismo artículo, se podrán establecer cuantas medidas cautelares sean necesarias, en especial cuando nos encontramos ante un caso de acoso.

Ante el incumplimiento, por parte del empresario, de la obligación de readmisión fijada en la sentencia que declaraba nulo el despido, el juez deberá llevar a cabo la ejecución de la sentencia, en los mismos términos que lo hace ante despido improcedente de un representante de los trabajadores que opto por la readmisión y esta no se cumplió en la práctica.

V. OTRAS REFORMAS RELEVANTES QUE INCIDEN EN EL DESPIDO OBJETIVO.

- El artículo 53.4 ET ha sufrido una pequeña, aunque importante, modificación, ya que antes de la reforma del 2012 establecía que <<la decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo>>. Pues bien, después del Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012 queda redactado el precepto de la siguiente forma <<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>>.

Contrastando ambas redacciones, podemos observar un cambio significativo, ya que ahora la redacción del precepto pasa a hablar de procedencia en vez de improcedencia. Esta modificación viene a establecer una presunción jurídica sobre la procedencia del despido. Con ello, parece resultar preeminente la calificación de procedente respecto de la de improcedencia de la extinción.

Sí, hasta ahora, era el empresario el que tenía que demostrar que el despido llevado a cabo era procedente, con la reforma de 2012 y la nueva redacción del precepto, hay una inversión de la carga de la prueba, siendo ahora, el trabajador, el encargado de demostrar que el despido es improcedente.

- Otra de las novedades introducidas por la Ley 3/2012 es la supresión del llamado “despido exprés”, hasta entonces recogido en el artículo 56.2 ET. Este precepto permitía que el empresario reconociera la improcedencia del despido, entendiéndose extinguido el contrato de trabajo en fecha de despido y que ofreciera la indemnización prevista anteriormente en la ley, es decir, cuarenta y cinco días por año trabajado, mediante el depósito de dicha cantidad en el Juzgado de lo Social, para que, después de comunicárselo al trabajador, pudiera éste disponer de la misma. Esta opción suponía una ventaja para el empresario, ya que le permitía ahorrarse los salarios de tramitación en caso de que el depósito de dinero lo realizara dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, y la sentencia posterior declarara el despido improcedente.

En caso de que la puesta a disposición, de la cantidad correspondiente a la indemnización, en el Juzgado de lo Social, se realizara con posterioridad a esas cuarenta y ocho horas, el empresario se vería obligado a pagar los salarios de tramitación correspondientes al periodo de tiempo que transcurre entre la fecha de despido y el depósito.

Ante esta decisión, la duda que se presenta ahora es saber si queda prohibido el despido e inmediato reconocimiento de la improcedencia del mismo. Pues bien, no está prohibido, expresamente, dicho comportamiento empresarial en la ley, pero parece que esta actitud ya no resulta beneficiosa para el empresario. La razón es la supresión de los salarios de tramitación y la nueva regulación fiscal de las indemnizaciones, que solo excluye del impuesto sobre la renta de las personas físicas, las cantidades pactadas en conciliación judicial o extraterritorial pero siempre ante el servicio administrativo correspondiente o por resolución judicial.

- Otra de las consecuencias de la reforma, como ya se ha dicho anteriormente, es la eliminación de los salarios de tramitación en el caso de que el despido sea declarado improcedente y el empresario opte por la indemnización.

Sin embargo, tal y como establece la nueva redacción del propio artículo 56.2 ET, en el caso de que el empresario opte por la readmisión, el trabajador si que tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Ante la ausencia de disposiciones transitorias, que se pronuncien sobre la aplicación de las nuevas reglas, respecto de los efectos de los despidos improcedentes en las extinciones contractuales producidas con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas de 2012, ha sido necesario acudir a lo fijado en el artículo 2.3 del Código Civil. Dicho precepto establece que, a los despidos que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, se les aplicará los efectos de la norma que estuviera vigente en el momento en que se produjo el mismo, ya que no se permite que las normas tengan efectos retroactivos, salvo expresa previsión legal.

- El último apartado reformado del artículo 56 ET es el 4, relativo a la posibilidad de elección en caso de que el despido fuera un representante legal o un delegado sindical. Con la nueva redacción, lo que el legislador quiere conseguir es garantizar el cobro de los salarios de tramitación, independientemente de la opción elegida por el trabajador.

Alguno de los artículos, que afectan al despido objetivo, de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social también han sido objeto de reforma.

- Enorme trascendencia ha tenido la derogación del artículo 105.3 LJS. Eliminando la previsión, hasta ahora vigente, de que sí, el empresario había reconocido la improcedencia en la carta o posteriormente, éste ya no podía alterar su posición en juicio y defender la procedencia.

- Otra modificación, aunque esta de menor calado, es la practicada en el artículo 111.b) LJS. Anteriormente, cuando se interponía recurso contra la sentencia que declaraba improcedente el despido y la opción escogida había sido la indemnización, no era posible, mientras durara el recurso, la readmisión ni el abono de los salarios de tramitación. Pues bien, después de la Ley 3/2012 la referencia a los salarios de tramitación ha desaparecido.

- Cabe finalizar este apartado hablando del artículo 33.8 ET relativo al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Con la reforma operada por la Ley 3/2012, se estableció que cuando se extinguía alguno de los contratos indefinidos celebrados en empresas de menos de 25 trabajadores, por alguna de las causas de los artículos 51 y 52 ET, el FOGASA se haría cargo del pago del 40 por 100 de la indemnización. Sin embargo, en caso de declaración de improcedencia del despido, ya no sería de aplicación este precepto.

Pues bien, la Disposición Final Quinta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, dejó sin efecto este precepto desde 1 de enero de 2014 y con vigencia indefinida.

VI. CONCLUSIONES VALORATIVAS.

Mediante la realización del presente trabajo, he podido profundizar en un tema que ya despertaba mi interés anteriormente. Después de las reformas laborales, este tipo de extinción de contrato se convirtió en objeto de debate, la nueva regulación ha sido considerada por algunos como necesaria, mientras que otros, se refieren a ella como injusta, abusiva y beneficiosa para una sola de las partes contratantes, el empresario. Pues bien, después del tiempo dedicado en exclusiva a la elaboración del trabajo, creo estar en disposición de dar mi opinión y establecer las conclusiones a las que he podido llegar.

PRIMERA.- Lo que primero llama la atención es el cambio de tendencia que se produce, desde la reforma operada, tanto por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, como por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Tendencia que va a ser continuada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Lo que viene a establecer el legislador, con las nuevas normas, es una mayor inseguridad jurídica al trabajador y una ampliación de los poderes del empresario, al concederle un instrumento muy útil, ya que ahora puede despedir a los trabajadores con mayor facilidad.

No solamente se han introducido cambios en este tipo de extinción a través de los instrumentos legales nombrados, sino que también se ha apoyado el legislador en leyes de acompañamiento, que a pesar de no ser el instrumento más correcto para introducir este tipo de modificaciones, le permiten realizarlas sin levantar revuelo entre la sociedad. El ejemplo más claro lo podemos encontrar en la supresión del artículo 33.8 ET, eliminación que se articuló a través de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

SEGUNDA.- Aun así, a mi juicio, no resulta ser este dato el más grave, ya que la decisión más perjudicial y problemática consiste en reformar las causas que habilitan el despido, y más concretamente a las causas económicas. Una norma que permite despedir a un trabajador a pesar de que la empresa siga manteniendo un amplio margen

de beneficios, es una medida que no puede considerarse solidaria en la época en la que vivimos; un precepto que no obliga a que el empresario acredite que la extinción del contrato de trabajo es una medida necesaria y suficiente para poder superar una situación negativa de la empresa resulta perjudicial para el trabajador.

Muy significativo es este cambio, y lo podemos observar en las modificaciones operadas en las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas actualmente reguladas en el artículo 52.c) ET.

Con anterioridad a la reforma operada en el 2010, no se concretaban en el Estatuto de los Trabajadores las causas, únicamente quedaban enunciadas formalmente. Sí se hacía hincapié en la exigencia de un juicio de proporcionalidad y la necesidad de amortización de un puesto de trabajo. Exigiendo que, con el despido, se contribuyera a la superación de la situación económica negativa, o de las dificultades que impedían a la empresa continuar con el buen funcionamiento, a través de una mejor organización de los recursos.

Con la Ley 35/2010, se concretaron las causas que la empresa podía acreditar en los despidos, al indicar que debía existir una situación económica negativa, ampliándose además a los casos de pérdidas previstas y de disminución persistente del nivel de ingresos. Se eliminó el requisito de amortización del puesto de trabajo y, por último, el juicio de proporcionalidad o funcionalidad del despido se sustituyó por un mero test de racionalidad con el objetivo de preservar la posición competitiva de la empresa en el mercado, así como de exigir una justificación de la decisión extintiva.

En la actualidad, tanto el Real Decreto-ley 3/2012 como la Ley 3/2012 han vuelto a modificar los criterios de evaluación judicial, ampliando los supuestos de causalidad económica a la existencia de minoración o descenso de ventas. Se incluye una presunción absoluta al especificar que la disminución será persistente si durante tres trimestres consecutivos los ingresos o ventas son inferiores a las de los mismos trimestres del año anterior. Manteniendo la decisión adoptada por la Ley 35/2010, de eliminar el juicio de proporcionalidad, la Ley 3/2012 estableció que bastaba con la simple concurrencia de la causa para que la extinción del contrato de trabajo sea declarada procedente, tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, al indicar que <<queda claro que el control judicial debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas>>.

TERCERA.- Con todo ello, lo que se consigue es evitar cualquier tipo de control externo sobre la decisión tomada por la empresa respecto de la causa de justificación del despido. Otro elemento característico de la reforma de 2012 es la eliminación del requisito de la amortización del puesto de trabajo, tal y como se estableció en el 2010. Esto conlleva que el empresario podrá llevar a cabo la extinción del contrato por su simple voluntad, sin que sea necesaria dicha medida para el buen funcionamiento de la empresa, cuando concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Con esta reforma lo que se hace es permitir al empresario mantener su posición competitiva en el mercado, en detrimento de los derechos del trabajador. Dejando de ser este despido la última medida cuando la empresa se encuentra en situación de crisis, convirtiéndose en un instrumento más, en manos del empresario para gestionar su empresa.

CUARTA.- Un elemento que beneficia y abarata el despido al empresario es la eliminación de los salarios de tramitación en determinados casos, tal y como hemos visto a lo largo del trabajo. Hubiera sido, a mi parecer, más coherente mantenerlos, puesto que en realidad únicamente se aplicaba a aquellas empresas que habían actuado de forma incorrecta, a la hora de llevar a cabo el despido, con lo cual ya servía como elemento disuasorio y ejemplificador.

QUINTA.- Otro hecho que me hizo reflexionar fue la limitación de poder que en la práctica ha supuesto esta reforma para el órgano judicial. Ya que con la eliminación del juicio de razonabilidad, el juez se convierte en un mero controlador, revisor de que se cumplen los requisitos exigidos en la ley, sin poder indicar si la extinción es desproporcionada o si no se han intentado las medidas suficientes antes de llegar a una tan radical, como es despedir al trabajador.

Podemos observar esta limitación judicial en la reforma operada en la causa de absentismo recogida en el artículo 52.d) ET. Al eliminar la exigencia de que las faltas de asistencia individuales superaran el 2.5 por 100 de las faltas de asistencia del total de la plantilla del centro, se está privando al juez de un instrumento importante a la hora de poder valorar a la empresa, puesto que un índice de absentismo importante puede reflejar problemas en la estructura u organización productiva. A pesar de ello, en caso de que los niveles de absentismo colectivo sean altos es

recomendable aportar estos en el acto de juicio. Ya que pueden ser útiles a la hora de la calificación del despido.

SEXTA.- La modificación que más ha devaluado la posición del trabajador, ante la extinción del contrato por circunstancias objetivas, es la relativa al cálculo de la cantidad a pagar, por parte del empresario, en caso de que el despido sea declarado improcedente. Si con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley 3/2012, el empresario tenía que pagar una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año trabajado. Con la nueva redacción del artículo 56.1 ET, el empresario solo tiene que desembolsar la cantidad equivalente a treinta y tres días de salario por año de trabajo.

No obstante, este perjuicio ha querido ser paliado por el legislador a través de la Disposición Transitoria Quinta de la ley 3/2012, donde establece que para los contratos de trabajo vigentes con anterioridad al 12 de febrero de 2012, se llevara a cabo un doble cálculo. Cuarenta y cinco días de salario por año trabajado durante el periodo comprendido entre el inicio del contrato y el 12 de febrero de 2012, y treinta y tres días de salario por año de trabajo para el tiempo de duración del contrato posterior a dicha fecha.

SEPTIMA.- Observando el comportamiento judicial, a la hora de interpretar y aplicar la nueva normativa, puedo llegar a la conclusión de que los tribunales están actuando como un pequeño obstáculo, que frena la reforma laboral. Siendo estrictos y poco tolerantes a la hora de permitir actuaciones de las empresas que, aunque en un principio podrían parecer amparadas por la ley, son claramente abusivas y desproporcionadas. Ya que los jueces intentan evitar que los empresarios utilicen la reforma con la única intención de aumentar sus beneficios.

Por otro lado, si que es cierto que cuando la empresa se encuentra ante verdaderos problemas económicos, organizativos, técnicos o productivos, los tribunales no suponen un obstáculo para que aquella pueda recortar la plantilla, logrando una situación más productiva y positiva.

Una vez analizado con profundidad la extinción del contrato por causas objetivas y de haber enumerado con precisión las conclusiones alcanzadas, indicaré algunas propuestas de solución, que a mi parecer, son las más correctas.

PRIMERA.- Sería necesario permitir que los Tribunales valoren las circunstancias del caso concreto, pudiendo realizar un juicio de proporcionalidad respecto de la medida extintiva. Con ello se evitaría que los jueces se limiten a analizar si concurre alguna de las causas que la norma enumera.

También, se debería exigir al empresario que hubiera intentado, por medios menos dañosos, solucionar la situación negativa de la empresa. Siendo, este despido, la última opción o medida.

SEGUNDA.- Por otro lado, es imprescindible la eliminación de la norma por la que se permite despedir cuando la empresa no se encuentra en situación de pérdidas, sino que solamente ha sufrido un descenso de sus beneficios.

TERCERA.- Volver a establecer como requisito obligatorio, para que el despido objetivo por faltas de asistencia sea procedente, el factor colectivo, es decir, que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2.5 por 100, dentro del mismo periodo que el del factor individual.

CUARTA.- Por último lugar, las dos soluciones más importantes y trascendentes son sin duda:

- En primer lugar, la recuperación de los salarios de tramitación en caso de que el despido sea declarado improcedente. Con esta medida, los empresarios no despedirían con tanta facilidad y los acuerdos en la conciliación previa serían más habituales, para impedir prolongar en el tiempo la situación litigiosa, ya que eso provocaría un mayor coste para la empresa.
- En segundo lugar, aumentar la cantidad exigible en concepto de indemnización, en caso de declaración de improcedencia del despido objetivo, a cuarenta y cinco días de salario por año trabajado, dejando atrás los treinta y tres días que rigen en la actualidad. Con ello volveríamos a la normativa vigente con anterioridad a la reforma.

VII. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA UTILIZADA

BLASCO PELLICER, ÁNGEL, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp 10-30 y 100-129.

CAMPS RUIZ, LUIS MIGUEL, *Derecho del trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013 pp 463-526.

CRUZ VILLALÓN, JESUS, *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013 pp.420-454.

FALGUERA BARÓ, MIQUEL ÁNGEL, *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Edit. Bomarzo, 2013.

FERNÁNDEZ DíEZ, ANTONIO, Artículo “*El absentismo laboral como causa de despido objetivo en la reforma laboral*”, Thomson Reuters, 2012. → <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/135738/el-absentismo-laboral-como-causa-de-despido-objetivo-en-la-reforma-laboral>.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, *Los procesos especiales en la Jurisdicción social*, Edit. Bomarzo, Albacete, 2012 pp 19-63.

GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. MARTÍN VALVERDE, ANTONIO, *El despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012*, Edit. Aranzadi, 2012.

GARRIDO GARRIDO, JESÚS, *El despido objetivo individual por causas económicas*, Universidad de Navarra, 2014.

JURADO SEGOVIA, ÁNGEL *Los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral (Ley 35/2010)*, La Ley Wolters Kluwer. 2011.

LAHERA FORTEZA, JESÚS, *Reforma Laboral 2012: preguntas y respuestas*, Edit. Cinca, Madrid, 2012, pp 52-84.

MARTÍN VALVERDE, ANTONIO, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013 pp 791-817.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid 2013 pp 484-494.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid 2012, pp 220-231.

RAMOS MORAGES, FRANCISCO, Artículo “*El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral de 2012*”, *El Derecho*, grupo Francis Lefebvre, 2013. → http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/absentismo-laboral-despido-objetivo-reforma_11_538930001.html.

RODRIGUEZ PASTOR, GUILLERMO E., ALFONSO MELLADO, CARLOS.L., *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia 2013.

ROMERO MARTINEZ, ELOY, Artículo “*Pasado y presente del despido objetivo individual por las causas del art. 52 c) del estatuto de los trabajadores*” → <http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho-Laboral/201209-pasado-presente-despido-objetivo.html>.

SUÁREZ MIGOYO, ALFONSO y MAÑOSO GIMÉNEZ, CLARA, *Delimitación entre el despido colectivo y el despido objetivo individual. Cómputo de los 90 días del Artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2012; número de recurso 2724/2011)*. Colección Anuarios, 2013 *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2012 de los grandes despachos*. La Ley, grupo Wolters Kluwer. Pp 103-117.

VV.AA. *El despido objetivo. Análisis jurisprudencial tras la reforma por la ley 3/2012*. Edit. Sepin, 2014.

Estudio gabinete estudios jurídicos de CCOO, número 23/2013, Doctrina judicial, Reforma laboral.

VIII. RELACIÓN DE SENTENCIAS ANALIZADAS

Sentencia del Tribunal Constitucional. Nº Recurso 48/2002, de 25 de febrero de 2002.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Nº Recurso 1277/2003, de 24 de junio de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 1205/2003, de 15 de octubre de 2003.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Nº Recurso 4475/2002, de 20 de diciembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 1107/2005, de 25 de mayo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 3110/2005, de 13 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 3011/2005, de 22 de enero de 2007.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Nº Recurso 1932/2007, de 26 de febrero de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 1878/2008, de 18 de marzo de 2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 4 de noviembre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 3289/2009, de 1 de julio de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sentencia nº 728/2010, de 20 de octubre de 2010.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 28 de septiembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sentencia nº 854/2011, de 5 de diciembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. AS 164/2011, de 21 de diciembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sentencia nº 89/2012, de 29 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 2724/2011, de 23 de abril de 2012.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sentencia nº 418/2012, de 26 de julio de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 1362/2012, de 23 de enero de 2013.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia nº 2585/ 2013, de 3 de octubre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 1041/2013, de 10 de diciembre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 1012/2013, de 3 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 1136/2013, de 5 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 944/2013, de 20 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 3152/2012, de 24 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo. Nº Recurso 673/2013, de 12 de marzo de 2014.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sentencia nº 205/2014, de 7 de abril de 2014.

Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia nº 95/2014, de 16 de mayo de 2014. Nº Recurso 500/2013.