

ASPECTOS CRITICOS SOBRE RECIENTES REFORMAS DEL
DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y LA POSIBLE
CONVENIENCIA DE UN FONDO DE CAPITALIZACIÓN

*CRITICAL ASPECTS ON DISMISSAL RECENT REFORMS IN SPANISH
LAW AND THE POSSIBLE CONVENIENCE OF A CAPITALIZATION FUND*

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 502-521



Enrique
LALAGUNA
HOLZWARTH

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2017

RESUMEN: El trabajo analiza las diversas implicaciones del fenómeno del abaratamiento y la facilitación de los despidos en la legislación española y sus consecuencias tras las últimas reformas laborales operadas a raíz de la reciente crisis financiera. Al respecto se exponen, en primer lugar, diversas cuestiones que afectan a los despidos colectivos tales como las relativas al control judicial sobre la decisión extintiva empresarial, los conflictos generados por las obligaciones formales dimanantes de la Directiva 98/59 y la necesaria reordenación de este tipo de despidos para su adaptación a las decisiones del TJUE en relación con el cálculo de dichas extinciones. En segundo lugar, se referencian cuestiones atinentes al despido disciplinario tales como el uso inadecuado del despido disciplinario en España para encubrir despidos económicos o la limitación de los salarios de tramitación. Por último se analiza la posible conveniencia de una propuesta legislativa basada en la posible constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores como alternativa al actual sistema de indemnizaciones por despido.

PALABRAS CLAVE: Despido, despidos colectivos, información y consulta, Tribunal de Justicia Unión Europea, centro de trabajo, trabajadores temporales, despido disciplinario, salario de tramitación, indemnización por despido, fondo de capitalización.

ABSTRACT: The paper analyses firstly the various implications of the underselling and facilitation of dismissals in the Spanish Law and its consequences due to labor reforms and financial crisis. In this regard, there follows, firstly, various matters affecting collective redundancies such as the judicial review on the employer dismissal decision, the labor conflicts due to formal obligations from the Council Directive 98/59/EC and the necessary reorganization of this kind of dismissals for their adjustment to the Court of Justice of the European Union rulings related with the calculation of these dismissals. Secondly, the paper analyses issues regarding disciplinary dismissals such as the improper use of this type of dismissals to conceal redundancy for economic reasons or others as limitation of the procedural salaries. Finally, the potential suitability of legislative proposal based on a labor capitalization fund as alternative to current severance pay system is analyzed.

KEY WORDS: Dismissal, collective redundancies, information and consultation, Court of Justice of the European Union, workplace, temporary worker, disciplinary dismissal, procedural salary, severance pay, labor capitalization fund.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL DESPIDO COLECTIVO.- 1. La conexión de razonabilidad. Su subsistencia judicial frente a la desaparición legal.- 2. Los conflictos derivados del nuevo procedimiento de información y consulta.- 3. La necesaria reordenación el despido colectivo en España para su adaptación a las decisiones del TJUE.- **III. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.-** 1. El recurso a la modalidad disciplinaria del despido para encubrir despidos económicos y la desaparición del despido “express”.- 2. La notable limitación de los salarios de tramitación.- **IV. EL SISTEMA INDEMNIZATORIO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE UN FONDO DE CAPITALIZACIÓN PARA LOS TRABAJADORES.- V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

A día de hoy, a nadie escapa el hecho de que la modificación de la tendencia empresarial en el uso del despido como una herramienta habitual de la gestión del personal de las empresas requiere, en nuestro país, de amplios esfuerzos, tanto desde el punto de vista legislativo, como en cuanto a lo que podría considerarse la necesaria reeducación de la costumbre empresarial en el uso de esta institución extintiva.

Los consabidos vaivenes de un mercado financiero en constante mutación y el carácter imprevisible de la economía los últimos años se ha reflejado en las reformas laborales intentando recortar el control judicial sobre el despido, al tiempo que se ha desplazado la necesaria ponderación de la conservación del empleo como bien jurídico protegido que debe coexistir en la relación de trabajo junto a la preservación del interés económico empresarial.

Desde punto de vista legislativo las últimas reformas laborales han hecho especial hincapié en la necesidad de rebajar los costes y aumentar la libertad para despedir¹. Asimismo, por lo que se refiere a la práctica empresarial, no es ningún secreto que el abaratamiento de los despidos ha supuesto un incremento

¹ SALA FRANCO, T.: “Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2013, núm. 10, pp. 31-44.

• Enrique Lalaguna Holzwarth

El autor es Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctor Europeo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Bologna (Italia). Actualmente desempeña su labor docente e investigadora en la Universidad de Valencia (España), siendo autor de diversas monografías y diferentes artículos y capítulos de libro en materia de Derecho laboral y de la Seguridad Social. Entre sus líneas de investigación principales destacan entre otras: La movilidad geográfica transnacional en el seno de los grupos de empresa multinacionales, La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, El despido económico del personal laboral en el sector público, o la Negociación colectiva en Finlandia. enlaholt@uv.es

considerable en la cantidad de expedientes de regulación de empleo desde la reciente reforma de la crisis².

En este sentido, podría hablarse de varios aspectos determinantes de este fenómeno del abaratamiento y la facilitación de los despidos. Entre ellos, y en el caso de los despidos colectivos, la nueva definición y al tiempo flexibilización de las causas objetivas del despido y la supresión del requisito de la autorización administrativa previa.

También se ha de resaltar la minoración de las indemnizaciones por despido improcedente³, la eliminación de los salarios de tramitación en los despidos declarados judicialmente improcedentes y las facilidades para poder llevar a cabo despidos por absentismo laboral⁴.

Junto a ello, otras medidas implementadas por la reforma en materia despido quizá no tan criticables son, por ejemplo, el hecho de que se suprime el conocido como despido "exprés", es decir, alegar un motivo disciplinario y evitar ir a juicio reconociendo después la improcedencia del despido y pagando la indemnización correspondiente.

II. EL DESPIDO COLECTIVO.

I. La conexión de razonabilidad. Su subsistencia judicial frente a la desaparición legal.

Con todo, parece que el verdadero problema vuelve a centrarse en la cuestión relativa al control judicial sobre la decisión empresarial extintiva y en si dicho control debe limitarse única y exclusivamente a la constatación de una situación económica objetivamente desfavorable para la empresa, o si por el contrario, debe además evaluar los parámetros de razonabilidad que justifican la supresión de los puestos de trabajo afectados por esa decisión empresarial.

Curiosamente, la concurrencia de las causas objetivas reconocidas por la reforma no garantizan *per se* que un despido colectivo sea reconocido como ajustado a derecho⁵, es decir los órganos jurisdiccionales competentes siguen imponiendo la llamada "conexión de razonabilidad" entre la causa motivadora y

2 En 2012 y 2013 los despidos colectivos superan en un 57% los registrados en 2010 y en cerca del 20% los llevados a cabo en 2011. Incluso superan en casi un 30% a los que se produjeron en 2009, siendo este el año más crítico desde el inicio de la crisis en cuanto a la destrucción de empleo. En GÓMEZ SÁNCHEZ, V.: "El legado de la Reforma de 2012", en AA.VV.: Reformas Laborales en la gran recesión, (coord. por S. M. RUEGSA BENITO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 83-112.

3 Se rebaja la indemnización por despido improcedente los contratos indefinidos a 33 días, en vez de 45, con un máximo de dos años de salario en vez de 3,5.

4 SALA FRANCO, T.: "Puntos críticos", cit., p. 42.

5 Entendiendo por no ajustado derecho lo que podría considerarse como improcedente

las consecuencias extintivas del despido colectivo, y ello pese a que dicha exigencia haya desaparecido, al menos desde el punto de vista formal, de la previsión legislativa.

En este sentido da la sensación de que los órganos jurisdiccionales han querido reconducir a través de la falta de proporcionalidad o razonabilidad el exceso de la medida recibida a través de la reforma en lo que atañe a los despidos colectivos. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la declaración por parte de un órgano judicial de dicha falta de proporcionalidad supone para las empresas el pago de las indemnizaciones más altas previstas para los despidos improcedentes. En otras palabras, la declaración de improcedencia del despido colectivo por dicha falta de razonabilidad parece haber jugado un efecto corrector o de desincentivación hacia el despido colectivo para con los empresarios.

2. Los conflictos derivados del nuevo procedimiento de información y consulta.

Ese intento represivo del control judicial del despido ha tenido como efecto colateral, en especial en lo que atañe al despido colectivo, el establecimiento de mayores requisitos formales. Todo ello debido a un procedimiento de información y consulta que por requerimiento de la Directiva 98/59⁶ ha generado importantes escollos en el trámite negociador.

Junto a ello, el alumbramiento del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, ha supuesto, de un lado, que se reduzca considerablemente la intervención pública que venía aportando seguridad jurídica y, de otro lado, que las previsiones del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la entrega de documentación a los representantes legales de los trabajadores, se amplíen de tal modo que ahora se imponen de forma exhaustiva requisitos sobre la forma en la que se han de llevar a cabo la entrega de documentos, la notificación del despido colectivo o la constitución de la mesa negociadora, etc., todo ello informado y auspiciado por la necesidad de que se negocie de buena fe⁷.

En este sentido, teniendo en cuenta que por mandato del artículo 2.3 a) de la Directiva 1998/59/CE de 20 de julio, la empresa se encuentra obligada a entregar toda aquella información adicional que sea solicitada por la Comisión representativa de los trabajadores -siempre que esta información sea considerada pertinente-, y que como es sabido la falta en la entrega de dicha documentación

6 Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

7 Artículo 7.1 Código Civil.

puede conllevar la declaración de nulidad del despido colectivo, no es de extrañar, que en tales circunstancias una elevada cantidad de sentencias hayan declarado nulo⁸ el despido colectivo por defectos de forma desde la implementación de esta nueva normativa.

Como es sabido, la nulidad por defectos formales en la tramitación comporta para la parte empresarial gravosos efectos tales como la readmisión de los trabajadores afectados por el despido colectivo y el correspondiente pago de los salarios de tramitación que correspondan. No obstante conviene tener en cuenta que no todos los defectos formales en la tramitación de los despidos colectivos comporta la declaración de nulidad per se. Asimismo el mandato de que la negociación se desarrolle bajo el auspicio del principio de la buena fe no es sinónimo de que se alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores.

En este sentido, parte de la doctrina⁹, se inclina por la propuesta de soluciones para estos casos de nulidad como la que supondría introducir una fase preliminar para la subsanación de errores formales por parte de la Inspección de Trabajo. Esta corriente además coincide al considerar que este tipo de irregularidades formales no deben ser motivo de la declaración de nulidad del despido colectivo sino más bien de la declaración de improcedencia del mismo, habiéndose de reservar la declaración de nulidad para aquellos supuestos que representen verdaderas vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores.

En cualquier caso resulta indudable que en cuanto al procedimiento de información y consulta de los trabajadores en los despidos colectivos deberían precisarse con mayor nitidez las obligaciones de información y documentación que deben llevar a cabo las empresas así como la determinación de forma concreta de los periodos de consulta otorgando mejores canales informativos a los representantes de los trabajadores y generando mayor seguridad jurídica.

3. La necesaria reordenación del despido colectivo en España para su adaptación a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En materia de despido colectivo convendría revisar la normativa actual, especialmente en cuanto a la determinación del centro de trabajo como unidad de referencia física básica para el cálculo de las extinciones en los despidos colectivos (centros de trabajo vs. empresas), la inclusión de los trabajadores temporales a la hora de determinar este tipo de cálculos, así como las extinciones contractuales computables (como las que son resultado de modificaciones sustanciales de

8 Conviene recordar que la nulidad por razones formales había sido prácticamente eliminada de nuestro ordenamiento jurídico en la reformas de 1994 y 2010.

9 DESDENTADO BONETE, A.: "Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2014, núm. 169°, pp. 55-82.

condiciones de trabajo y traslados por voluntad del trabajador). Todo ello para acomodar la actual regulación española a los requerimientos de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias Rabal Cañas, de 13 de mayo de 2015, C-392/13 y Pujante Rivera, de 11 de noviembre de 2015, C-422/14).

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo del contenido de las sentencias arriba referenciadas, sí se ha considerado conveniente identificar aquellas cuestiones que comportan mayor afectación a nuestra normativa nacional sobre el despido colectivo y que explican en gran medida el porqué de una necesaria reformulación del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores para su adecuación a los postulados jurisprudenciales europeos en materia de despido colectivo.

En este sentido, la sentencia Rabal Cañas, de 13 de mayo de 2015, C-392/13, resuelve inicialmente la cuarta de las cuestiones prejudiciales que plantea el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo esta la relativa a la necesaria concreción del concepto de centro de trabajo en la ya mencionada Directiva 98/59 y su posible contradicción con las previsiones del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En este punto, el debate se plantea en relación con el hecho de que para la determinación de los umbrales numéricos que obligan al inicio del procedimiento de información y consulta previsto para los despidos colectivos se tome como unidad física básica de referencia la empresa, con carácter único y exclusivo, o si por el contrario el umbral del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores debe aplicarse con independencia de que la unidad física básica de referencia sea la empresa o el centro de trabajo.

Aunque en la sentencia se clarifica que el centro de trabajo puede tratarse de una entidad diferenciada de la empresa, se señala que este razonamiento diferenciador no debe invalidar el carácter protector que inspira el artículo 1.1 de la Directiva 98/59 de cara al reconocimiento de los derechos de información y consulta de los trabajadores en caso de despido colectivo. En otras palabras, cuando la consideración exclusiva de la empresa como unidad de cómputo frente a la posible y alternativa consideración del centro de trabajo a dichos efectos, sea determinante de una privación de garantías en materia de información y consulta de los trabajadores afectados por el despido, se estaría vulnerando el mencionado precepto de la Directiva 98/59, que establece que ante dichas circunstancias, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo, pues de lo contrario se estaría eludiendo el sentido finalista de la norma que intenta proteger al trabajador mediante el procedimiento de información y consulta que debe acompañar a este tipo de despidos.

De este modo, afirma la sentencia que “el artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, (...) Siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo (...)”.

No obstante, conviene advertir que el escrutinio de las extinciones que se han de tomar en consideración para comprobar el alcance del umbral determinante del despido colectivo no habría de llevarse a cabo tomando como referencia inicial el centro de trabajo, sino en todo caso con carácter subsidiario a la consideración de la empresa como unidad física y básica de referencia. Por tanto, sólo en aquellos casos en los que al considerar la empresa como unidad física de referencia no se alcancen los umbrales numéricos desencadenantes de la consideración de despido colectivo y del inicio del procedimiento de información y consulta, será necesario el escrutinio de las extinciones tomando en consideración el centro de trabajo como unidad de referencia física para comprobar si se alcanza el umbral establecido en la Directiva 98/59.

De lo anteriormente expuesto es posible afirmar que pese a la valoración altamente positiva del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en tanto en cuanto, responde a esa finalidad protectora de los trabajadores afectados por despidos colectivos que persigue la Directiva 98/59, no deja de resultar cierto el hecho de que la consideración del concepto de centro de trabajo que reseña la Directiva difiera, al menos a efectos prácticos en supuestos de despidos colectivos en nuestro país, de la que reseña el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰. Sin duda, esta disparidad conceptual entre la normativa nacional y europea reclama una eficaz reformulación del concepto de centro de trabajo en nuestra legislación que responda, de un lado, a los requerimientos de transposición dimanantes de nuestra integración en el marco comunitario, y de otro lado a las necesidades de coherencia delimitadora por parte de nuestro ordenamiento jurídico y seguridad jurídica en este tipo de situaciones extintivas.

Volviendo sobre las cuestiones vinculadas al cálculo del umbral del despido colectivo se plantea ahora la cuestión de si, pese a que la propia Directiva 98/59 excluye de su ámbito de aplicación y protección en materia de despido colectivo a los trabajadores temporales cuyas extinciones contractuales se produzcan por el cumplimiento regular de la causa de temporalidad, ya sea por vencimiento del término pactado en el contrato, o por finalización de la obra o servicio, de

10 De hecho, el marcado carácter local que presenta el concepto de centro de trabajo lo aleja de los nuevos postulados empresariales marcados por la descentralización y fragmentación. En este sentido se pronuncian RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 2º, pp. 105-117.

conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 98/59, es posible que los trabajadores temporales sean computados a los efectos de determinar los trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo (o en el caso de España, en la empresa) a los efectos de calcular el umbral numérico del despido colectivo regulado en el artículo 1, apartado 1 letra a), inciso i) de la Directiva 98/59¹¹.

En este sentido, pese a que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Rabal Cañas (C-392/13), señala que conforme a las previsiones del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59, los contratos de dichos trabajadores que se han extinguido conforme a la llegada de su término resolutorio no deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la existencia de un “despido colectivo” en el sentido de la Directiva, otra sentencia del mismo tribunal, concretamente la Sentencia del asunto Pujante Rivera de 11 de noviembre de 2015, C-422/14, establece que a efectos del cálculo de los umbrales fijados en la Directiva los trabajadores temporales, o contratados para una obra o servicio determinados, pueden considerarse “habitualmente” empleados en el centro de trabajo de que se trate. De hecho, el apartado 33 de esta última Sentencia afirma que “no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas no pueden considerarse trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo de que se trate”.

En definitiva, y a la vista de los pronunciamientos de ambas sentencias es posible concluir que aunque no procede conceder la protección garantizada por la Directiva 98/59 a los trabajadores cuyos contratos se extinguen por la llegada del término resolutorio de forma ordinaria y regular (asunto Rabal Cañas), los trabajadores temporales sí habrán de computar para el cálculo de los umbrales numéricos a la hora de determinar el número de trabajadores que prestan servicios en la empresa o centro de trabajo (asunto Pujante Rivera). En este sentido, conviene tener en cuenta que el razonamiento sobre el que se asienta la decisión de incluir a los trabajadores temporales entre los “habitualmente” empleados en el centro de trabajo o la empresa, no es otro que el de evitar las posibles consecuencias negativas que pudiese tener para el resto de los trabajadores del centro de trabajo o la empresa la exclusión de los mismos en el cómputo, dado que en determinadas ocasiones ello podría suponer que no se alcanzasen los umbrales numéricos requeridos y por ende la inaplicación de la Directiva para el conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo. De hecho, si no

11 Señala dicho precepto que para un periodo de 30 días se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: 1) Al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; 2) Al menos el 10% del número de trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores; 3) Al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

se les tuviera en cuenta, se estaría menoscabando el efecto útil de la Directiva (apartado 35, asunto Pujante Rivera).

Con todo, en nuestro ámbito interno, el criterio consistente en que se deban contabilizar todos los trabajadores al margen de la duración prevista de su contrato de trabajo, sea ésta más corta o más extensa en el tiempo resulta, aún sin ser unánime, comúnmente aceptado por la mayor parte de nuestros órganos jurisdiccionales.

Otra de las cuestiones que ha conseguido clarificar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2015 (asunto C-422/14) es la de la interpretación que del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores se ha de llevar a cabo al señalar que “para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1 . c), siempre que su número sea al menos de cinco”.

Ciertamente, y pese a la disparidad de redacciones entre el artículo 51 ET, y la misma previsión que a tal efecto establece la Directiva 98/59¹² -al señalar que para acreditar la existencia de un despido colectivo y alcanzar los umbrales requeridos para tal consideración, será posible que se asimilen a los despidos aquellas extinciones del contrato de trabajo producidas a iniciativa del empresario en base a motivos no inherentes a la persona de los trabajador, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco-, hasta ahora, la mayor parte de la doctrina en nuestro país consideraba que la expresión del artículo 51 ET “... siempre que su número sea al menos de cinco” podía ir referida a las extinciones por motivos no inherentes al trabajador a instancia del empresario, y que por lo tanto para que opere tal asimilación el número mínimo de extinciones potencialmente “asimilables” debería ser cinco¹³.

Al respecto, la STJUE, Pujante Rivera, viene a contradecir este criterio resolviendo un conflicto interpretativo de nuestro ordenamiento laboral ampliamente discutido. En este sentido, las Conclusiones del Abogado General (Sra. Juliane Kokott), dejan claro que la condición impuesta en referencia ese número mínimo sólo se refiere a los despidos, lo que excluye las extinciones de contratos asimiladas a un despido. Por tanto, para acreditar la existencia de un despido colectivo, la condición según la cual es preciso que los despidos sean

12 El segundo párrafo del apartado b) del artículo uno, apartado uno de la Directiva 98/59.

13 Entre otras, SSTS de 25 noviembre de 2013 (recurso 52/2013) 3 de julio de 2012 (recurso 1657/2011), 8 de julio de 2012 (recurso 2341/2011).

al menos cinco, debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas con despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto.

Finalmente, a través de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2015 (asunto C-422/14), se plantea si las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en base a motivos no inherentes a la persona del trabajador, pueden también estar integradas aquellas extinciones contractuales que hayan sido pactadas con el empresario, incluso a iniciativa del trabajador, siempre y cuando dicho pacto provenga de la previa modificación sustancial de condiciones de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador. Dicha integración, conllevaría, a nivel interno, indudables efectos para las empresas, especialmente, a la hora de establecer el cómputo de las extinciones que se hayan llevado a cabo (en los 90 días anteriores a la adopción de la decisión extintiva) determinantes de si se ha de proceder o no al despido colectivo.

Lo que en definitiva se significa a través de la sentencia es que no sólo se han de tener en cuenta las extinciones contractuales “directas” sino también aquellas otras que, pese a ser adoptadas por iniciativa del trabajador, son consecuencia de una primigenia decisión empresarial perjudicial para los intereses del empleado.

En el ordenamiento jurídico laboral español dichas extinciones indirectas podrían estar relacionadas con los presupuestos que reseñan los artículos 40, 41 y 50 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, decisiones empresariales lesivas para el trabajador en materia de movilidad geográfica (traslados), modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y las justas causas que reseña el artículo 50.1 ET para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, respectivamente. Y ello porque, aunque en el caso enjuiciado únicamente se plantea el supuesto de que la reducción de la remuneración fija de la trabajadora en cuestión fue impuesta unilateralmente por el empresario, por razones económicas y de producción, y, al no ser aceptada por la persona afectada, ello dio lugar a la rescisión del contrato de trabajo, no puede excluirse apriorísticamente que otras razones lesivas para los trabajadores impuestas por una decisión empresarial (como las previstas en los artículos 40, 41 y 50 ET) puedan ser determinantes de la extinción de su contrato por decisión voluntaria del trabajador, dado que esa decisión voluntaria es dimanante de un perjuicio sufrido con carácter previo y ajeno su voluntad.

III. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.

I. El recurso a la modalidad disciplinaria del despido para encubrir despidos económicos y la desaparición del despido “exprés”.

Una de las cuestiones ineludibles es la referente a que cada despido deba tramitarse a través de la modalidad extintiva que legalmente le corresponda en atención a las circunstancias determinantes de la decisión empresarial. En efecto, en nuestro país, y muy especialmente con anterioridad a la reforma de 2012, resultaba frecuente la utilización en la práctica de extinciones de trabajadores que formalmente se presentaban como despidos disciplinarios, cuando en realidad no respondían a motivos de dicha índole.

En este sentido, la conocida como huida hacia el despido disciplinario o la falsa discipliniedad del despido, consistía en la utilización de esta modalidad disciplinaria del despido para encubrir despidos económicos. El ejemplo paradigmático de dicha utilización desviada de las motivaciones justificantes del despido se concreta en el que, hasta su supresión por parte de la reforma de 2012, era conocido como despido “exprés”.

Hasta la llegada de la Ley 3/2012 (y con anterioridad el Real Decreto-ley 3/2012), resultaba frecuente que las empresas hiciesen uso de esta modalidad de despido que permitía, mediante el depósito de la indemnización correspondiente al despido improcedente en las 48 horas siguientes a la declaración del despido, y con anterioridad a la realización de la conciliación en sede judicial, evitar que se devengasen salarios de tramitación¹⁴.

Las motivaciones que explican este uso desviado de la institución jurídica extintiva del despido disciplinario son de diversa índole. De un lado, se encuentran las que se relacionan con la seguridad jurídica que comportaba un conocimiento previo y fidedigno para el empresario tanto del valor indemnizatorio que comportaba el despido en cuestión, como del tiempo que supondría la tramitación del procedimiento de despido. De otro lado, las que se relacionan con el ahorro de los costes imponderables de dichos despidos, o lo que es lo mismo, la relacionadas con la eliminación o minoración considerable de los salarios de tramitación, cuya mayor o menor cuantía dependía en gran medida de la mayor o menor celeridad en la tramitación del procedimiento por parte del órgano jurisdiccional competente.

Ese reconocimiento previo por parte del empresario de la improcedencia del despido era seguramente el responsable de la laxitud empresarial en cuanto a la

14 Artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción anterior a la Ley 3/2012.

verdadera determinación causal de una extinción necesaria en la empresa, con independencia de las causas reales motivadoras de la misma.

Con todo, el panorama actual es ciertamente diverso, principalmente, a causa de la supresión de dicha posibilidad de reconocimiento previo por parte del empresario de la improcedencia del despido por parte de la reforma de 2012 a través de la actual redacción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como la supresión de los salarios de tramitación salvo en supuestos muy concretos¹⁵.

2. La notable limitación de los salarios de tramitación.

La supresión de los salarios de tramitación se justifica en el preámbulo de la Ley 3/2012 al señalar que “en el caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días”¹⁶.

Con todo, y al margen de que se comparta o no la declaración de constitucionalidad que sobre dicho criterio ha confirmado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, al señalar que se trata de una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable, lo cierto es que la eliminación de los salarios de tramitación ha tenido, indudablemente, un efecto corrector sobre ese uso desviado de la modalidad de despido disciplinario al obligar a la parte empresarial a realizar mayores esfuerzos a la hora de certificar las causas reales que motiva los despidos.

Sin embargo, no deja de ser cierto que esta última afirmación no puede ser interpretada en términos absolutos, sobre todo porque como señala GARCÍA PERROTE la tentación de utilizar una modalidad extintiva que legalmente no corresponde aumenta cuando resulta más sencilla y segura para las empresas,

15 Concretamente para el supuesto de despido nulo, así como en los de despido improcedente, únicamente si el empresario opta por la readmisión o si la improcedencia del despido afecta a un representante unitario o sindical de los trabajadores.

16 En la actualidad la posibilidad para reclamar al Estado los salarios de tramitación requiere de la superación de un plazo de 90 días.

incluso aunque en determinados casos pueda comportar un mayor coste económico¹⁷.

Entre las distintas propuestas para paliar este uso inadecuado de la modalidad de despido disciplinario podrían plantearse un abanico de medidas de actuación de distinta índole desde las sancionadoras hasta la resarcitorias en función de la inexistencia de causa o de su falta de acreditación, con la pretensión en todo caso de encarecer su utilización y al tiempo desincentivar su uso inadecuado.

IV. EL SISTEMA INDEMNIZATORIO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE UN FONDO DE CAPITALIZACIÓN PARA LOS TRABAJADORES.

En lo relativo al actual sistema de indemnizaciones por despido, otra de las propuestas que quizás sería conveniente someter a debate es la recuperación de una idea que en su día ya apuntaba la disposición adicional 10ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, sobre la posible constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores que permitiese a estos acceder a las cantidades acumuladas en dicho fondo a su favor con motivo de su despido, supuestos de movilidad geográfica, la realización de actividades formativas o su paso a la jubilación.

Esta idea proveniente de la experiencia austríaca se basa en la aportación de un porcentaje del salario del trabajador para que, llegado el momento y bajo los requisitos que determinan el acceso a las cantidades acumuladas en el fondo, éste pueda hacer frente a las eventuales necesidades económicas generadas por las causas laborales que determinan y permiten la capitalización del fondo. Por su parte, el empresario vería reducida la cantidad a abonar al trabajador en la indemnización por despido en un número de días por año de servicio equivalente al que en su momento se determinase para la constitución del fondo.

La implementación de esta iniciativa prevista inicialmente para enero de 2012 fue nuevamente redactada y aplazada hasta 2013 por parte del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad del empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo¹⁸, siendo posteriormente derogada por parte de la disposición derogatoria única 1c) de la Ley 3/2012.

17 En este sentido, GARCÍA PERROTE, I.: "El despido: puntos para el debate", Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3º, pp.273-284.

18 Artículo 3 del Real Decreto -ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad del empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, BOE, número 208, de 30 de agosto de 2011.

No obstante, pese a que en su momento la desfavorable coyuntura para la economía y el empleo hicieron inviable la constitución de un fondo individual de capitalización mantenido a lo largo de toda la vida laboral del trabajador, todo parece apuntar a que se trata de una idea nada desdeñable por lo que resultaría conveniente un replanteamiento de la misma.

Lo que todavía queda por dilucidar, habida cuenta de la inexistencia de un desarrollo legal y reglamentario *ad hoc* y de la consabida necesidad de llevar a cabo un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre este tipo de propuesta, es si el diseño auspiciado por el modelo austriaco tendría un efectivo encaje en el actual sistema indemnizatorio español.

En el país austriaco el carácter creciente de la aportación a cargo del trabajador, durante toda su vida laboral, comporta que los empleadores puedan despedir con mayor libertad, pudiendo incluso llegar a despedir sin coste. En concreto los empleadores deben aportar mensualmente el 1,53% del salario bruto mensual del trabajador desde el segundo mes de antigüedad de éste en la empresa, y mientras que el Estado garantiza la totalidad de las aportaciones netas del empleado, un gestor económico externo (el Fondo en cuestión o Caja de Prevención Laboral) desarrolla operaciones financieras a fin de obtener rendimientos del capital para incrementar el valor fondo. En Austria, la determinación de cuál de los nueve fondos autorizados administrativamente será el encargado de llevar a cabo este tipo de funciones se suele acordar entre la empresa y los trabajadores¹⁹.

Entre las distintas opciones del trabajador austriaco sobre el capital acumulado²⁰ en el fondo y junto a su posible liquidación²¹ se encuentra la de trasladar el capital a otro fondo de carácter análogo en el que un nuevo empresario realice las aportaciones de los trabajadores de su empresa.

De lo anteriormente expuesto, y a tenor de lo que prevé el modelo austriaco, la ventaja para el trabajador redunda esencialmente en la posibilidad de decidir llevar a cabo, y de forma voluntaria, un cambio de puesto de trabajo y/o empresa sin temor a que desaparezca el derecho a la indemnización que podría percibir

19 DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: "El modelo Austriaco: Fondo de indemnizaciones por despido ("Abfertigung"). ¿Un modelo exportable para España?", *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3°, pp. 293-295.

20 El trabajador bajo ciertas condiciones y requisitos puede optar por su liquidación, o bien no hacerlo siguiendo éste generando rentabilidad; transformar el capital en aportaciones a un plan de pensiones, o bien que sirva este de complemento a la pensión de jubilación. Junto al anterior existe la opción de trasladar el importe acumulado del fondo a otro de carácter análogo en el que el nuevo empleador del trabajador lleve a cabo las aportaciones de su plantilla.

21 Bajo el requisito de haber llevado a cabo aportaciones a lo largo de tres años desde el inicio de la relación laboral y que la misma no se haya extinguido por dimisión del trabajador. En este último caso el trabajador si podría liquidar el capital acumulado si transcurridos cinco años no hubiese encontrado nueva ocupación. El cobro directo cuenta con un gravamen fiscal del 6%.

en el caso de que su despido fuese declarado improcedente. En otras palabras, el trabajador “se lleva consigo” lo acumulado en su fondo de capitalización en lugar de tener que acumular *ab initio* nuevas aportaciones que satisfagan su futura indemnización. Por su parte, para el empresario se eliminan las desventajas de tener que hacer frente a la totalidad de la indemnización de un trabajador a la finalización de la relación laboral, lo que en términos económicos, y en función de la antigüedad del empleado, puede suponer un repentino e importante coste para la caja de la empresa²², especialmente, en periodos de crisis económica en los que las empresas cuentan con menos recursos.

Sin embargo, y pese a las antedichas ventajas de la implantación de un fondo de capitalización para los trabajadores en otras realidades internacionales como la austríaca, lo cierto es que resulta inevitable cuestionar si las notables diferencias del sistema extintivo de relaciones laborales en nuestro ordenamiento harían viable el establecimiento de un sistema similar o al menos análogo.

De entrada, conviene recordar que el modelo inicial que auguraba la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, pretendía reducir las indemnizaciones del empresario en un número de días por año de servicio equivalente al que se determinase para la constitución del fondo. Por tanto, lo inicialmente previsto por la disposición adicional 10ª de la Ley 35/2010 no responde en puridad a la fórmula austríaca, donde la cantidad resultante de la capitalización viene a sustituir por completo la indemnización del trabajador. En el caso de Ley 35/2010 lo que se pretendía más bien era contribuir a la reducción de los “costos directos e inmediatos soportados por las empresas en el momento de la reestructuración empresarial”²³.

Otro rasgo diferenciador consiste en que conforme al modelo austriaco la íntegra sustitución de la indemnización por la cantidad capitalizada obligó a disminuir las cuantías indemnizatorias en dicho Estado para hacer efectiva y viable la implementación del nuevo sistema²⁴. En cambio, según lo que pronosticaba el modelo español el hecho de que las indemnizaciones del empresario se viesen reducidas en un número de días por año de servicio equivalente al que se determinase para la constitución del fondo podría llevar a pensar que los actuales topes indemnizatorios tendrían una vocación de permanencia al inicio del nuevo sistema y que en el peor de los casos una vez alcanzado el tope de las indemnizaciones que correspondiesen al trabajador, el empresario quedaría eximido de pagar indemnización alguna, facultándosele al tiempo a dejar de aportar cantidades adicionales al fondo del trabajador.

22 En este sentido, GARCÍA PERROTE, I.: “El despido”, cit., p. 283.

23 GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2010, núm. 107º, pp. 265-302.

24 HOFER, H.: “La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria”, *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 1º, pp. 1433-1448.

Asimismo, habría que determinar quién es el garante de las cantidades netas a las que ha de tener derecho el trabajador una vez alcanzadas las situaciones resolutorias que darían acceso a las cantidades del fondo. En este sentido, parece que lo lógico es que la Administración del Estado sea la que garantice dichas cantidades netas encomendándose la gestión de las mismas al Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) en una suerte de solución a la que en su día y, transitoriamente, se llevase a cabo a través de la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010²⁵ cuando preveía “el abono de parte de la indemnización por el Fondo de Garantía Salarial en los nuevos contratos indefinidos”.

Al respecto, algunas voces doctrinales se han manifestado partidarias de un modelo de fondo de capitalización español en esa misma línea de copago a la que se acaba de hacer referencia, en la que a través de un fondo público de cobertura de la indemnización por despido (como apuntaba a la disposición transitoria 3ª la Ley 35/2010), el FOGASA financiaba 8 días de la extinción para los nuevos contratos indefinidos. Y ello en la lógica de que frente al modelo austriaco el hecho de no tener que asumir el total de las indemnizaciones por despido supondría evitar un “sobrecoste fijo mensual elevado para las empresas”²⁶.

No obstante lo anterior, conviene no perder de vista el hecho de las empresas trasladarían al Fondo de Garantía Salarial parte de su responsabilidad indemnizatoria, lo que sin duda supone una “socialización del coste del despido”²⁷. De esta manera, y al igual que los fondos austriacos que operan en el mercado bursátil, el FOGASA asumiría un papel de entidad aseguradora de las indemnizaciones por despido del trabajador dado que a diferencia de las empresas, los fondos se encuentran protegidos frente a posibles situaciones de insolvencia.

Tampoco se ha de pasar por alto la cuestión relativa a cómo podrían satisfacerse las necesidades económicas del Estado para poder hacer frente a la capitalización de los días que las empresas dejarían de indemnizar, sobre todo, habida cuenta de que la propuesta inicial de la Ley 35/2010 contemplaba que la creación del fondo se llevaría a cabo sin el incremento de las cotizaciones empresariales. En este sentido, todo apunta a que sería necesaria una reordenación de costes en las cotizaciones sociales, por ejemplo, mediante una minoración de las cotizaciones por desempleo y formación profesional²⁸.

25 La disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, preveía para los supuestos de extinción de contratos indefinidos celebrados a partir del 18 de junio de 2010, ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, por despido objetivo o colectivo o por las causas del artículo 64 de la Ley Concursal, el resarcimiento por el FOGASA de una parte de la indemnización equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año.

26 DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: “El modelo Austriaco”, cit., p. 294.

27 GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma”, cit., p. 292.

28 En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma”, cit., p. 292. y DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: “El modelo Austriaco”, cit., p. 294.

Asimismo, sería necesario determinar la conveniencia de una gestión directa o indirecta, pública y/o privada de aquellas entidades encargadas de invertir las contribuciones en los mercados de capital, de forma que se genere una rentabilidad adicional a dichas aportaciones y también asegurar en qué márgenes se establecerían límites al riesgo de tales operaciones financieras.

No obstante lo anterior, y pese a los numerosos cuestionamientos que podrían hacerse en relación con la implantación de este tipo de sistema de capitalización, que -conviene no pasarlo por alto- se articula a través de una suerte de dotación anticipada y periódica de la indemnización por despido, lo cierto es que todo parece augurar que la eliminación de costes para el empresario a la hora de llevar a cabo ajustes en las plantillas de las empresas comportaría un indudable efecto que podría revertir la constante tendencia a la contratación temporal en nuestro país, o al menos contribuir a ello.

Que se reduzca la temporalidad y que aumente el porcentaje de las contrataciones indefinidas en nuestro país tendría un indudable efecto positivo pero no se debe olvidar que esa “mochila” de aportaciones mensuales se articula a modo de salario diferido y a cargo del trabajador. Queda por dilucidar por tanto si el porcentaje de salario bruto mensual que integraría dichas aportaciones al fondo debería ser descontado de la nómina actual del trabajador al momento del inicio del sistema, o si por el contrario y quizá, mediante la negociación colectiva, deberían establecerse cláusulas de aumento salarial o pluses (como los que se suele establecer para los planes de pensiones) a fin de sufragar dichas cantidades.

Por otro lado, y como ya se puso de manifiesto con anterioridad, la arraigada tendencia empresarial de nuestro país a utilizar el despido como herramienta habitual de gestión de personal podría llevar al efecto contrario, es decir, que ante la posibilidad de que los despidos supusiesen exiguos o nulos costes dicha anómala tendencia se viese incrementada exponencialmente.

Al respecto, y a fin de paliar el problema algunas voces doctrinales abogan por el establecimiento de un sistema *bonus/malus* donde se penalice o incremente las cotizaciones de aquellas empresas que despidan de forma desproporcionada bonificando las de aquellas otras que contribuyesen a la estabilidad en el empleo, al menos durante un tiempo determinado²⁹.

29 DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F: “El modelo Austriaco”, cit., p. 294.

V. BIBLIOGRAFÍA.

DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: “El modelo Austriaco: Fondo de indemnizaciones por despido (“Abfertigung”). ¿Un modelo exportable para España?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3º, pp. 293-295.

DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2014, núm 169º, 55-82.

GARCÍA PERROTE, I.: “El despido: puntos para el debate”, Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3º, pp.273-284.

GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2010, núm. 107º, pp. 265-302.

GÓMEZ SÁNCHEZ, V.: “El legado de la Reforma de 2012”, en AA.VV.: *Reformas Laborales en la gran recesión*, (coord. por S. M. RUESGA BENITO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 83-112.

HOFER, H.: “La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria”, *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 1º, pp. 1433-1448.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 2º pp. 105-117.

SALA FRANCO, T.: “Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2013, núm. 10, pp. 31-44.

