

GRADO UNIVERSITARIO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS

HUMANOS

FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO

UNIVERSIDAD DE LEON

CURSO 2014/2015

EL DESPIDO INDIVIDUAL OBJETIVO POR CAUSAS ECONOMICAS

THE INDIVIDUAL OBJECTIVE DISMISSAL FOR ECONOMIC
REASONS

Realizado por la alumna Dña. Alicia Lamana Gil

-Tutorizado por el Profesor D. José Gustavo Quirós Hidalgo

ÍNDICE

RESUMEN	5
ABSTRACT	6
OBJETO DEL TRABAJO	7
METODOLOGIA DE INVESTIGACION UTILIZADA.....	8
I.- EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	9
II.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y NORMATIVOS DEL DESPIDO	
OBJETIVO INDIVIDUAL POR CAUSAS ECONOMICAS.....	11
III.- EL ARTICULO 52 DEL E.T. , LAS CAUSAS OBJETIVAS, CON	
ESPECIAL REFERENCIA A LAS ECONOMICAS	13
IV.- REQUISITOS DEL DESPIDO OBJETIVO: FORMA Y EFECTOS	
1.-Comunicación por escrito	26
1.1.- Medio de comunicación	
1.2.- Contenido mínimo obligatorio	
1.3.- Fecha de efectos de la comunicación	
1.4.- Selección de los trabajadores afectados	
2.- Puesta a disposición de la indemnización	31
2.1.- Forma de pago de la indemnización	
2.2.- Cuantía de la indemnización	
2.3.- errores de cálculo en la indemnización	
A.- errores excusables	
B.- errores inexcusables	

3.- El plazo de preaviso	35
3.1.- Licencia para la búsqueda de empleo	
4.- Comunicación a los representantes de los trabajadores	37
V.- CALIFICACION JUDICIAL DEL DESPIDO OBJETIVO:	
CONSECUENCIAS JURIDICAS	39
1.- Procedente	
2.- Improcedente	
3.- Nulo	
VI.- CONCLUSIONES	43
VII.- BIBLIOGRAFIA	48

RESUMEN

Desde el año 2008, España atraviesa una profunda crisis económica, con unas tasas de desempleo en el primer trimestre de 2015 del 23,78%. Ante esta situación de crisis, las empresas debido a la falta de trabajo, se han visto en la necesidad de utilizar las herramientas previstas en la normativa laboral. El despido por causas objetivas ha sido una de las fórmulas más utilizadas por nuestras pymes para reducir sus plantillas, ya que su indemnización de 20 días por año de servicio es mucho menor que la del despido disciplinario improcedente, además hasta el 31 de diciembre de 2013, el 40% de la cuantía de esta indemnización iba a cargo del Fondo de Garantía Salarial, aunque para la realización de estos despidos tenga que cumplir la empresa con unos requisitos formales muy exigentes y acreditar las causas alegadas para la extinción de los contratos.

La regulación del despido por causas objetivas, se ha ido enriqueciendo a lo largo de prácticamente un siglo, con doctrina y jurisprudencia que han configurado un “*corpus juris*” de importante valor. Las vicisitudes económicas han ido marcando la configuración de esta figura, principalmente en las últimas reformas laborales de los años 2010 y 2012, en las que se aprecia una tendencia a la erradicación de obstáculos para facilitar la decisión empresarial y una minoración de la gravedad del incumplimiento de los requisitos formales.

ABSTRACT

Since 2008, Spain has undergone through deep economic crisis. With unemployment rate still at 23,78 % in the first quarter 2015. Companies, due lack of economic activity, have implemented necessary adjustments according to labour legislation. Redundancy for economic reasons has been used as the preferred option by SMEs companies to reduce their workforce. In that case the severance pay to employees should be equivalent to 20 days salary per year worked, less than the established for unlawful dismissal for disciplinary reasons. Furthermore until 31st December 2013, up to 40% of the severance pay was paid by FOGASA. However for the company to be able to use that legal figure the fulfilment of very complex formal requirements are demanded, as the need of justifying causes of termination of labour contracts for valid reasons according to labour law.

Legislation on redundancy for economic reasons has been enriched along during the last century, besides legal doctrine and jurisprudence have shaped a “*corpus juris*” of significant value. Economic developments have shaped this legal figure, especially in the last reforms of labour legislation in 2010 and 2012, in which a tendency to deregulation of labour market policies pursued to facilitate business decision making and a reduction of the severity of penalties for the infringement of the formal redundancy procedure.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente trabajo ha sido el realizar un análisis del despido objetivo individual por causas económicas, regulado en los artículos 51.1 y 52.c) del 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.

Para ello se ha realizado un análisis de fuentes y datos que se ha cumplimentado con la legislación tanto actual como la ya incluso derogada y los distintos criterios jurisprudenciales, que ha servido de soporte al desarrollo del tema, así como a las conclusiones del mismo. Sería interesante destacar en este apartado, que me ha sido de gran ayuda en el desarrollo de este trabajo, la relación tan directa que ha tenido el tema en estudio con el día a día de mi puesto de trabajo.

En este estudio de investigación, se ha intentado plasmar desde los antecedentes del despido objetivo en la Ley de Jurados Mixtos de 1931, pasando por la publicación en 1980 del Estatuto de los Trabajadores, para terminar con su régimen de aplicación actual tras la última reforma del mercado laboral regulada en la Ley 3/2012 de 6 de julio.

En las directrices que comprende el trabajo, se ha pretendido:

- 1.- analizar las distintas causas objetivas reguladas en el artículo 52 del E.T.
- 2.- desarrollar los requisitos formales del despido individual por causas objetivas, haciendo hincapié en cada uno de ellos, he intentando analizar todas las posibles variantes y aportar soluciones para evitar la improcedencia o nulidad del despido objetivo.
- 3.- indagar sobre las causas económicas del despido objetivo y sus modificaciones normativas tras las dos últimas reformas del mercado en los años 2010 y 2012.
- 4.- exponer la declaración judicial del despido objetivo individual y sus consecuencias jurídicas.

METODOLOGIA DE INVESTIGACION UTILIZADA

El primer paso de investigación para la realización de mi estudio atendió a la recopilación del material oportuno y consistente en la normativa legal tanto la vigente como la ya derogada, la bibliografía sobre la materia, manuales, dosieres monográficos, revistas jurídicas... Sin lugar a duda, los recursos materiales propios de mi puesto de trabajo, así como la documentación de los diferentes cursos, formación y charlas que a lo largo de mi trayectoria profesional he ido teniendo para estar al día en la legislación en materia laboral, han sido las fuentes principales e indispensables. En este punto quiero destacar como bibliografía importante el Memento Práctico Social para 2015 de la editorial Francis Lefebvre, así como un programa informático de legislación laboral actualizado, con normativa, comentarios, jurisprudencia.... de la editorial Europea del Derecho. También me ha sido de utilidad la información de las páginas de internet del Instituto Nacional de Estadística y del Servicio de Arbitraje, Mediación Aragón.

Una vez recopilado todo el material anteriormente descrito, la siguiente tarea consistía en la lectura y comprensión de la diferente normativa existente sin olvidarnos de la normativa derogada, con el fin de alcanzar una mejor comprensión de los cambios normativos que se han realizado hasta llegar a la actualidad y entender la posición de los criterios jurisprudenciales en todos estos procesos de cambios jurídicos.

Las técnicas de investigación utilizadas han sido el elaborar primero un esquema con las ideas principales sobre los contenidos que quería plasmar en este trabajo para más adelante ir desarrollando los distintos apartados, desde los aspectos más generales a los más concretos. A continuación y siguiendo con las indicaciones del tutor, el trabajo consistió en centrar el estudio no siendo tan generalista e ir desarrollando y redactando por escrito cada uno de los apartados enunciados en el índice, así como cumplir con los parámetros y criterios de forma para un trabajo digno de una titulación universitaria, todo ello siguiendo los consejos e indicaciones del tutor.

Por último, la elaboración de las conclusiones ofrece una reflexión final y personal sobre el tema abordado, haciendo un especial hincapié en la situación de crisis económica por la que ha atravesado nuestro país y analizando a través de unas estadísticas si se ha

cumplido el objetivo de creación de empleo marcado por el Gobierno después de las modificaciones legales y sus consecuencias que han supuesto las dos últimas reformas.

I.-EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En el año 1980 se produce en España tras la crisis energética de 1973, otra gran crisis, que unida a la primera reconversión industrial elevaba las cifras de desempleo hasta casi el 22% (tres millones de parados), y una pérdida de empleo en torno a los 1000 diarios. En este contexto, el entonces Ministro de Trabajo D. Rafael Calvo Ortega, le encarga al director de Estudios Sociales D. Juan Antonio Sagardo, el elaborar un Estatuto que regulase las relaciones laborales entre trabajadores y la empresa.

Sólo 15 meses después de la aprobación en referéndum de la Constitución Española de 1978, se cumplía lo establecido en su artículo 35:

- 1.- “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”
- 2.- “la ley regulará un estatuto de los trabajadores”

El 10 de marzo de 1980 se publica en el B.O.E. la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores.² Esta ley será una de las primeras leyes del desarrollo constitucional. De las principales novedades que incorporó el Estatuto a la legislación laboral, se pueden destacar las siguientes:

- Desarrollar las declaraciones y principios laborales contenidos en la Constitución española.
- Adecuar nuestro ordenamiento laboral al sistema democrático recientemente instaurado y aproximarle al de las principales democracias industriales de la entonces Comunidad Económica Europea.

² Esta ley, debido a las cuantiosas reformas que va teniendo, posteriormente será modificada por 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.

- Ofrecer nuevas modalidades contractuales que dieran satisfacción a las necesidades de contratación de personal de las empresas.

La aplicación del Estatuto de los trabajadores constituye un giro radical en la regulación de las relaciones laborales entre Empresa y trabajador, antes sujetas a las antiguas leyes franquistas, que no reconocían la existencia de organizaciones sindicales fuera de la “verticalidad”. Con este texto estatutario no sólo se reconoce la legalidad y el papel de los sindicatos, sino que se acepta la autonomía de las partes y se establecen las bases para la negociación colectiva, hecho que garantizaba una defensa razonable de los intereses de los trabajadores.

“El Estatuto de los Trabajadores es la norma estatal que garantiza los derechos y deberes de los trabajadores por cuenta ajena”, según se establece en la exposición de motivos del propio Estatuto de los Trabajadores.

Esta Ley por tanto deroga la normativa laboral durante el franquismo:

- Ley de Reglamentaciones de trabajo de 16 de octubre de 1942
- Ley de contrato de trabajo de 1944
- Ley de relaciones laborales de 8 de abril de 1976
- Ley de convenios colectivos sindicales de trabajo de 19 de diciembre de 1973

Es importante resaltar que hasta que los convenios colectivos sustituyan a las antiguas ordenanzas laborales, éstas se mantendrán transitoriamente para evitar un vacío normativo el cual sería perjudicial para las partes sociales.

Como curiosidad de este último apartado, sería interesante apuntar que en la actualidad, en el último convenio colectivo del sector de la industria siderometalúrgica de Zaragoza ³, se establece en su cláusula final lo siguiente: “En todo lo no previsto en el texto articulado de este convenio, se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, al texto de la derogada Ordenanza de Trabajo para la Industria Siderometalúrgica de 29 de julio de 1970, que ambas partes aceptan como norma pactada, al Acuerdo Estatal del Sector del Metal, y demás disposiciones de general aplicación”

³ Convenio colectivo publicado en el BOP de Zaragoza el 11 de abril de 2014.

Estamos hablando de una diferencia de 44 años desde la publicación de ordenanza siderometalúrgica hasta la publicación del último convenio colectivo en vigor de la industria siderometalúrgica , y las dos leyes siguen en vigor, esto ha hecho que en una Empresa que gestionamos en el despacho con veinte trabajadores, haya existido algún conflicto laboral entre la Empresa y los trabajadores, al establecerse condiciones laborales en la ordenanza laboral que no se contemplan en el convenio colectivo , lo que me ha supuesto tener como texto legal del día a día además del convenio colectivo siderometalúrgico de 2014, la ordenanza siderometalúrgica de 1970, que no deja de ser una situación curiosa. (de los convenios que he utilizado en mi trayectoria profesional es el único que establece una clausula en este contexto, si hay algún otro convenio , lo desconozco)

II- ANTECEDENTES HISTORICOS Y NORMATIVOS DEL DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL POR LAS CAUSAS OBJETIVAS.

El primer antecedente claro del supuesto de extinción del contrato de trabajo por causa económica o productiva, se puede encontrar en la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, la cual estableció como supuesto de despido no imputable a la voluntad del trabajador la “crisis de trabajo” y la “cesación de industria o profesión”

La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y de 31 de marzo del mismo año, más expresamente en su art. 76 apartado 7, citaba como causa de extinción del contrato de trabajo,” la cesación de la industria, comercio, profesión o servicio, fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada conforme a las disposiciones legales en vigor”. Esta ley tuvo su desarrollo reglamentario a través del Decreto 26 de enero de 1944 sobre despidos o suspensión de contratos por crisis de trabajo. Ha de destacarse que la indemnización que correspondía al trabajador en éstos casos todavía no había sido tasada, siendo el Magistrado de Trabajo el encargarlo de cuantificarla atendiendo a situaciones personales (cargas familiares, antigüedad, dificultad de colocación..) y con el límite una anualidad de salario⁴ .

⁴ Setenta años después de la publicación de este Decreto, el límite de la indemnización por “crisis económica”, sigue siendo la misma, una anualidad.

Posteriormente, el Decreto 3092/1972 sobre Política de Empleo, en sus artículos 7 y s.s. incluyó la extinción o suspensión de la relación laboral de los trabajadores fijos fundada en causas económicas o tecnológicas, fijando un procedimiento que exigía la autorización administrativa para proceder a los despidos o extinciones, y que sentará las bases de la posterior regulación del despido colectivo en lo referente a los expedientes de regulación de empleo.

Hasta el momento, las sucesivas regulaciones que ha habido sobre este despido, contienen una visión exclusivamente colectiva de la extinción del contrato, sin hacer mención expresa al supuesto del despido objetivo individual. Es con la publicación del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977 de 4 de marzo, cuando por primera vez se incluye como causa específica para el despido individual la causa económica y en su artículo 39 c) establecía como causa de despido “la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar el trabajador afectado en otras tareas” añadiendo en el apartado 2 de dicho artículo que “cuando la amortización de puesto de trabajo afectase a un conjunto de trabajadores, debía seguirse el procedimiento de regulación de empleo”⁵ En relación a los aspectos formales en el artículo 40 de este Real Decreto Ley, se impone la comunicación escrita y la puesta a disposición del trabajador de la indemnización (según el art. 44 sería de una semana de salario por año trabajado), la concesión de preaviso. Y en el caso de no cumplir la empresa con estos requisitos, excepto el del plazo de preaviso, tendría como consecuencia jurídica la nulidad del despido, por lo que además de individualizar el despido, con este Decreto, se le empieza a dar importancia a los requisitos formales en los casos de rescisión de los contratos por causas económicas.

Finalmente, la aprobación de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, norma fundamental reguladora de las relaciones laborales según establecía la propia Constitución de 1978, será la portadora de gran parte de la regulación establecido en

⁵ En aplicación de esta norma, el Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 19 de enero de 1978, 20 de mayo de 1978 y 23 de abril de 1979 concluyó que el despido individual no era otra cosa que una concreción individual del despido colectivo.

el RDL 17/1977, a pesar de su derogación expresa por parte de la Disposición Final Tercera del Estatuto de los Trabajadores. Es el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores el encargado de regular el despido objetivo individual para las empresas de menos de 50 trabajadores.

III.- EL ARTÍCULO 52 DEL E.T. LAS CAUSAS OBJETIVAS CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS ECONOMICAS.

El despido se regula normativamente en la Sección 4º, del Capítulo III, del Título I (artículos 49 a 57) del Estatuto de los Trabajadores, en los que reconoce las diferentes causas de extinción de la relación laboral y las consecuencias que acarrea, pero en este articulado no se da definición alguna de despido. Donde sí que encontramos la definición de despido es en el diccionario de la Real Academia de la Lengua:

“Despido: 1.m. Acción y efecto de despedir o despedirse.

2.m. Decisión del empresario por la que pone término a la relación laboral que le unía a un empleado.

3.m. Indemnización o finiquito que recibe el trabajador despedido”

En un principio, brevemente una diferenciación entre el despido individual y el despido colectivo. Ambos despidos constituyen las medidas de ajuste de empleo específicas a las que pueden recurrir las empresas que no estando sujetas a concurso de acreedores, pretendan extinguir contratos de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas y productivas. La definición de las causas y el alcance del control judicial sobre su concurrencia son aspectos comunes en los dos casos. La utilización de una u otra figura depende de los variables:

1.- El tamaño de la plantilla. Las empresas de menos de seis trabajadores deberán seguir necesariamente la vía del despido individual.

2.- El número de trabajadores afectados. Que en el periodo de 90 días afecten, sea de manera simultánea o sucesiva, afecten a más de 9 trabajadores si la empresa ocupa entre 10 y 99 trabajadores y un porcentaje no inferior al 10% de la plantilla, si ésta

emplea entre 100 y 300 trabajadores, más de 29, si el censo laboral de la empresa excede de 300 trabajadores⁶

Hay que tener en cuenta, por tanto, que el despido puede tener naturaleza individual desde un punto de vista sustantivo y procedimental a pesar de afectar a una pluralidad de trabajadores, siempre que no superen los límites fijados según la dimensión de la plantilla.

Concretamente, en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores se enumeran los diferentes motivos del despido por causas objetivas y aunque en este trabajo me voy a centrar en el apartado c) que son las causas económicas, merece la pena hacer una exposición aunque sea rápida del resto de las causas de despido objetivo. El art. 52 del Estatuto de los Trabajadores establece que:

“el contrato podrá extinguirse:

a).- Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

b).- Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.

c).- Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

d).- Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

e).- En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas 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.”

Analizaremos las causas que se podrían definir como imputables al trabajador, que serían las establecidas en los apartados a), b) y d) relacionados anteriormente.

⁶ Si el coeficiente tiene decimales, para determinar si se supera o no el límite, hay que estar al siguiente número entero (sentencia del Tribunal Superior de Aragón de 30 de mayo de 2012)

1.- Ineptitud del trabajador consiste en la falta de aptitud de las condiciones necesarias para desempeñar adecuadamente un determinado trabajo, la cual puede ser física o psíquica (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de julio de 2006), es decir, cuando concurren una carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, o bien por el deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, destreza, capacidad de concentración...) Esta falta de aptitud o suficiencia para desarrollar un trabajo, debe considerarse de manera permanente y debe de afectar a las tareas principales de su puesto de trabajo. Además, no puede venir causada por los medios materiales o el medio de trabajo, aunque tampoco directamente le sea imputable al trabajador. La ineptitud debe ser acreditada por la empresa, correspondiendo al trabajador la prueba de su aptitud, o que esta situación ya era conocida y consentida por el empresario. Por ejemplo, la ineptitud puede provenir de la necesidad de poseer ciertas titulaciones o acreditaciones administrativas para el desempeño de su puesto de trabajo, es decir, la pérdida del carnet de conducir en un trabajador que lo necesita para el cumplimiento de sus funciones.

2.- Falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo. Cuando una empresa realiza algunas modificaciones técnicas que afectan a las funciones desempeñadas habitualmente por un trabajador en su puesto de trabajo, el empresario deberá ofrecer al trabajador la formación suficiente dirigida a facilitar la adaptación a las modificaciones técnicas realizadas. La modificación ha de ser razonable, en el sentido de que pueda ser asumido por el trabajador atendiendo a sus competencias. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, y si una vez haya transcurrido como mínimo dos meses desde que finalizó la formación, el trabajador no se ha adaptado a las modificaciones, el empresario podrá despedirlo por causas objetivas.⁷

3.- Las causas previstas en el art. 51.1, concretamente las causas económicas. Según el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y al R.D. 1483/2012, se contemplan tres supuestos constitutivos de situación económica de la Empresa:

⁷ Estas mejoras fueron incorporadas en la última reforma laboral, con el Real Decreto Ley 13/2012, que introduce como gran novedad la obligación del empresario de ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas.

1.- Pérdidas actuales. Son los resultados desfavorables en la cuenta de pérdidas y ganancias, en las que se refleja el resultado económico del ejercicio, obtenido por una diferencia entre ingresos y gastos. Esta situación desfavorable debe de existir en el momento que la empresa adopta la medida extintiva, y no si ya se ha superado o en ejercicios anteriores tuvo pérdidas, tal y como establece el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2011). No se requiere que las pérdidas sean cuantiosas, continuadas y progresivas, ni que hayan llevado a la empresa a una situación crítica o irreversible, bastando con que desde la perspectiva cuantitativa , tengan cierta importancia, es decir, que sean significativas en relación a la envergadura económica de la empresa, y que, desde el punto de vista temporal se produzcan en varios ejercicios económicos o en uno si éstas son elevadas (en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias del 12 de junio de 2012 y 15 de octubre de 2003)

Corresponde a la empresa la carga de acreditar la realidad de las pérdidas, éstas requieren una acreditación en el acto del juicio, que será a través de la presentación en la prueba documental de las cuentas de la sociedad, debiendo aportar las cuentas anuales⁸ de los dos últimos ejercicios completos , y además se exigirá la auditoría de las cuentas si esta es obligatoria⁹, y las cuentas provisionales a la fecha del despido firmadas por los administradores o representantes de la empresa, todo esto según STSJ de Asturias de 4 de mayo de 2012, por lo tanto no es necesaria prueba pericial al respecto ni tampoco se requiere la realización de una auditoría externa. En el caso de que el empresario sea una persona física, la forma de acreditar su situación económica es a través de las declaraciones de renta, donde constan los rendimientos de actividades económicas en estimación directa, así como las declaraciones de I.V.A. (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24 de octubre de 2011)

2.- Previsión de pérdidas. Aunque las cuentas de la empresa no resulten deficitarias, ésta puede incurrir en una situación económica negativa si a la vista de su estado actual y de los datos de futuro disponibles, es previsible que vaya a entrar en pérdidas. Es perfectamente factible que la situación de pérdidas previsibles venga determinada por una

⁸ Si las cuentas anuales están redactadas conforme a las exigencias legales y depositadas en el Registro Mercantil, gozan de presunción “iurus tantum”

⁹ El informe de auditoría responde a los principios de transparencia, fiabilidad y fidelidad, y por tanto goza de la presunción de veracidad cercana a la fe pública contable.

disminución continuada en la facturación de la empresa produciéndose una concurrencia de causas determinantes de la situación económica negativa, según el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 21 de diciembre de 2011. La previsión de pérdidas implica un pronóstico, suposición o conjetura fundada en hipótesis sobre sucesos futuros y, como tales, inciertos en su acaecimiento. Por ello, la causa económica no puede acreditarse de forma concluyente mediante datos objetivos y contrastables.

3.- Disminución de ingresos ordinarios o ventas. La disminución del volumen de ingresos ordinarios o ventas¹⁰ de la empresa tiene que ser real, objetiva y constatable, es decir, en el momento de producirse el despido, debe de ser una disminución persistente, es decir, mantenida, reiterada o prolongada en el tiempo y no meramente coyuntural, por circunstancias ocasionales¹¹. Deberá de afectar a las ventas o a los ingresos ordinarios, es decir, no se requiere que la disminución alcance a las dos variables (ventas o ingresos).

Se entiende que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos o de ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, es decir, han de sucederse sin interrupción y deben de ser inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de despido. Se pretende con ello objetivar el supuesto atendiendo a la estacionalidad de la mayoría de las actividades económicas, no siendo por ejemplo lo mismo en un establecimiento de venta de ropa los trimestres de rebajas que los de inicio de campaña (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 4 de diciembre de 2013) Los ingresos computables no son los totales en la empresa, sino tan sólo los ordinarios, es decir, los producidos por ventas de productos y prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, es decir, las realizadas regularmente con carácter habitual. No se contabilizan las ganancias de carácter excepcional derivadas de la realización de actividades no corrientes en la empresa.

¹⁰ En defecto de previsión legal específica, cabe entender que la cifra de ventas o ingresos a considerar son brutas, pues el IVA no forma parte del valor de la transacción y el empresario está obligado a ingresarlo en Hacienda

¹¹ En estos supuestos podríamos estar hablando de supuestos de suspensión de contratos de trabajo o de reducción de jornada mediante un Expediente de Regulación de Empleo Temporal.

Para terminar, es importante comentar que la situación económica negativa de la empresa vincula a los resultados de la empresa en todo su conjunto y no en unos concretos departamentos, secciones, unidades productivas o centros de trabajo. En los supuestos de despidos acordados por empresas que forman parte de un grupo de empresas a efectos laborales, para apreciar una situación económica negativa, es necesario valorar el estado económico del grupo en su conjunto (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012) , no es suficiente que haya demostrado la realidad de las pérdidas en la empresa concreta en la que el trabajador desempeñaba su trabajo, debiendo analizarse la situación del grupo de empresas en su conjunto. Desde el punto de vista formal, en la carta de despido ha de referirse no sólo la situación económica de la empresa para la que el trabajador afectado preste sus servicios, sino a todo el grupo para que se pueda conocer la verdadera situación del empresario real, sin que la omisión de esa información pueda subsanarse en el acto del juicio (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de enero de 2012). En los casos de grupos de empresas mercantiles sin reflejo en el ámbito estrictamente laboral la situación económica que se ha de valorar es únicamente la de la empresa que despide.

3.1.- Las causas económicas en la reforma laboral de 2.010- Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio y Ley 35/2010 de 17 de septiembre.

En la Reforma Laboral establecida en el Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, ya en su exposición de motivos busca en lo referente al despido, proporcionar una mayor certeza a los trabajadores y empresarios, así como a los órganos jurisdiccionales. En su redacción se simplifican y precisan las causas económicas. Con esta reforma se da una nueva redacción del artículo 51.1 del E.T., establece que se debe entender como causa económica:

“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 una disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismo se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”

En la anterior reforma laboral, el despido por causas económicas exigía que el cese del trabajador contribuyera a “superar una situación económica negativa”, éste concepto tan

generalista dejaba un importante margen de decisión a los jueces, por lo que había sido definido por la jurisprudencia¹² como la existencia en la empresa de pérdidas cuantiosas, que se prolongaran en el tiempo al menos dos años y que afectaran a la continuidad de la empresa. Esta doctrina jurisprudencial había evidenciado que para que concurra la causa económica no bastaba una situación de crisis en la empresa, sino que había matizado unos requisitos y un juicio de necesidad del despido que implicara ponderar su contribución a superar la crisis. Con esta reforma laboral se introducen novedades sustanciales en este punto, ya que con la nueva redacción la expresión de “pérdidas actuales” pasa a “pérdidas actuales o previstas”, lo que supone una mayor flexibilidad en la empresa para utilizar esta fórmula de despido, es decir, las pérdidas se consolidan como causa automática de un despido objetivo, ya no tienen que tener en los últimos dos ejercicios pérdidas sustanciales, sino que pudiera tener incluso beneficios e invocar en el despido una previsión futura de pérdidas, la cual al ser una previsión no puede acreditarse de forma concluyente. También dicho precepto incorpora el término “disminución persistente del nivel de ingresos”, lo que afecta exclusivamente a la facturación de la empresa, sin que tenga que acabar en pérdidas, al citarse que debe ser persistente implica que tiene que ser prolongada y reiterada en el tiempo, aunque no se concreta la extensión temporal.

Juicio de viabilidad.- Continuando con el precepto establece “que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”, se establece la necesidad de que los hechos constitutivos del despido tengan una particular afectación a la empresa tanto en su viabilidad como en las posibilidades de poder mantener el empleo existente. Esta alusión a la viabilidad se refiere a que ante una situación negativa, si no se adoptan las medidas correctoras, implicaría la propia desaparición de la empresa y de todos o una parte de los puestos de trabajo, por lo que las causas no podrán ser meramente temporales o coyunturales, sino que deberán ser estructurales. El juicio de viabilidad por tanto es un juicio pericial, un detallado análisis de la documentación contable y del plan de viabilidad.

Juicio de razonabilidad.- Por último el precepto hace una alusión a la “razonabilidad de la decisión extintiva”. El juicio de razonabilidad que tiene que aportar el empresario

¹² La doctrina más representativa se plasmó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008 en la que se recogieron los criterios de lo que sería una situación económica negativa, vinculados a la situación de pérdidas de la empresa, las cuales deben de ser continuadas al menos durante dos ejercicios, cuantiosas y comprometer a la solvencia de la empresa.

exige que la extinción sirva para preservar o favorecer la posición competitiva en la empresa, ha de ser objetiva y por tanto verificable, y no se puede identificar simplemente con los criterios de oportunidad de gestión empresarial. Estos criterios objetivos han de resultar acreditados en la realidad empresarial, y tienen que ser objeto de prueba plena.

En lo que hace referencia al artículo 52.c) del E.T. debe señalarse que desaparece cualquier mención a la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”, que establecía la redacción anterior.

Esta nueva regulación tan parca no aclara lo suficiente dejando de nuevo un amplio margen de decisión a los jueces.

Como elementos importantes a tener en cuenta en esta reforma laboral, hemos de citar la reducción del plazo de preaviso, que pasa de 30 días a 15. Así mismo la inobservancia de los requisitos formales del despido objetivo, ya no determinará la nulidad de la extinción, sino su improcedencia, unificándose así su régimen jurídico con el del despido disciplinario.

3.2.- Las causas económicas en la reforma laboral de 2012. Normativa en vigor. Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero y Ley 3/2012 de 6 de julio.

Intentando superar las deficiencias técnicas que había tenido la reforma laboral de 2010, la posterior reforma laboral de 2012, en sus dos versiones¹³, dan una mayor concreción a las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. Ya en la exposición de motivos, el legislador deja claro que las altas tasas de desempleo que tenemos en España y la crisis económica evidencian la “insostenibilidad del modelo laboral español”. Por ello aborda una modificación de gran calado en la flexibilización de nuestro sistema de relaciones laborales en su conjunto, quizá la más ambiciosa desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980, de hecho esta reforma laboral, aprobada por Mariano Rajoy

¹³ Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

cuando apenas llevaba cien días en el Gobierno¹⁴, propició una Huelga General el 29 de marzo de 2012 con el lema “quieren acabar con todo, con los derechos laborales y sociales”.

En lo que respecta a las causas económicas, se produce fundamentalmente una delimitación concreta de éstas, eliminando así el sometimiento de la decisión extintiva a un juicio de viabilidad y razonabilidad. Ya no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa. Con la nueva redacción del art. 51.1 el E.T., 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. En todo caso, 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”

La gran novedad de la nueva redacción de este precepto es la introducción de un parámetro objetivo para determinar cuando la disminución en el nivel de ingresos o ventas tiene el carácter de permanente. Así en virtud de dicho artículo, la empresa podrá amortizar puesto de trabajo cuando nos encontremos ante una disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas durante 9 meses consecutivos.

Con esta nueva regulación, ya no es necesario probar que las causas invocadas tengan que afectar a la viabilidad futura de la empresa. También se suprime la exigencia de la justificación por parte de la empresa de que de los resultados alegados se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Todo ello no implica que el empresario quede exonerado de la demostración de los hechos, ya que en el caso de impugnación judicial tendrá que demostrarlo, de lo contrario la sentencia declarará la improcedencia del despido por no acreditarse la causa alegada.

Los requisitos para que pueda procederse a la declaración de la existencia de una situación económica negativa de la empresa son:

¹⁴ El 29 de julio de 2011, José Luis Rodríguez Zapatero anunció la convocatoria de elecciones generales anticipadas para el 20 de noviembre del mismo año. El Partido Popular ganó las elecciones con mayoría absoluta en congreso y senado.

1. Que la disminución de los ingresos sea real, objetiva y constatable en el momento de producirse el despido objetivo.
2. Disminución persistente, es decir, mantenida en el tiempo y no meramente puntual ni coyuntural. Incluso el precepto aclara cuando la disminución es persistente.
3. Tiene que afectar a las ventas o a los ingresos ordinarios, no se requiere que el descenso sea simultáneamente en estas dos variables.
4. La disminución de ingresos o ventas además de persistente, ha de ser ininterrumpida, ya que hace referencia a tres trimestres consecutivos.
5. La situación económica negativa sólo se tiene en cuenta el elemento temporal, en ningún momento se hace referencia a un determinado porcentaje de ingresos, lo que significa que se considerará causa económica en ley aunque sea de grado medio o incluso mínimo.

Novedad importante de la reforma laboral de 2012 ha sido el eliminar del art. 51.1 del E.T. las exigencias que dicho precepto exigía respecto a las causas económicas, suprimiendo la proyección de futuro. La Empresa debía de justificar que de los resultados contables alegados en la carta de despido se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva, con el fin de preservar su posición competitiva en el mercado. Ahora, en las dos versiones de esta última reforma laboral de 2012 queda claro, y así lo remarcan en sus preámbulos, que el control judicial de los despidos objetivos se ciñe exclusivamente a una valoración de concurrencia de unos hechos: las causas. Es decir, no ha desaparecido la conexión de funcionalidad entre la causa económica y las extinciones contractuales, sino que lo ha modificado, ya que ya no exigirá que la medida contribuya a la consecución de objetivos futuros, sino que deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos que se van a extinguir, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.

En virtud de la nueva normativa, el Juez no debería entrar a valorar si las causas alegadas por la empresa, afectan a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo, ni si la decisión empresarial de extinguir cierto número de contratos de trabajo es razonable, hechos que con la legislación anterior sí que era el Juez el que tenía que valorar,

es decir, no corresponde a los jueces fiscalizar si la gestión de la empresa ha sido o es la adecuada, lo que queda fuera del su ámbito de control, ni sustituir las medidas decididas por el empresario en el ejercicio de su libertad de gestión empresarial según establece el artículo 38 de la Constitución Española.

Por todo ello, los tribunales siguen estableciendo límites a las prerrogativas que la actual regulación establece y piden una acreditación de pérdidas mínimas que permiten interpretar la medida como un claro abuso de derecho. Por lo que la Empresa que quiere aplicar un despido por causas económicas, ha de acreditar que en la situación en la que se encuentra concurren unos hechos o circunstancias que justifican esa acción, formando parte del control judicial constatar si esos hechos o circunstancias tienen ese efecto causalmente lógico que justifica el despido.

Como ejemplo a la necesidad de tutela judicial, tenemos la sentencia del TSJ de Madrid de 2013, en la que la situación económica que expone la empresa para justificar el despido es la de una cifra de negocios que ha experimentado una reducción moderada en los años 2011 y 2012, pasando de 898.844€ a 868.407€, es decir una disminución de algo más de 30.000€. En el año 2011 las pérdidas fueron de 8.827€ y en el año 2012 de 2.295€, es decir que incluso la empresa en lo que se refiere a resultados había mejorado, sin dejar pasar que las pérdidas eran prácticamente insignificantes. Con estos datos, la empresa decide despedir a tres trabajadores. Sin embargo, el Tribunal entiende que acordar tres despidos objetivos en función de unas pérdidas de 2.295€ anuales constituye un manifiesto de abuso de derecho y que por lo tanto, tal decisión no es conforme a derecho.

Se puede extinguir el contrato de trabajo sin necesidad de llevar a cabo una amortización del puesto de trabajo más que en sentido orgánico, es decir, puede seguir existiendo en la empresa la necesidad de realizar las funciones que le correspondían al trabajador despedido, y éstas pueden ser asumidas por el resto de trabajadores de la empresa según sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012.

También destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 11 de julio de 2012, la cual establece que no hay causa económica que ampare la decisión extintiva, cuando ésta no se basa en la existencia de pérdidas presentes, pasadas o futuras, o en el decrecimiento de los ingresos o ventas que amenacen el equilibrio financiero de la

empresa, sino en una conveniencia empresarial y consecución de un mayor beneficio empresarial a costa de la reducción de gasto salarial.

4.- Faltas de asistencia al trabajo (absentismo laboral) Se puede extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador tiene faltas de asistencia intermitentes, aunque sean justificadas. Con este despido se penalizan las ausencias cortas pero repetidas en el tiempo. En este marco jurídico, por ejemplo, sería procedente el despido de un trabajador que estuviera en situación de incapacidad temporal 5 días hábiles por una gripe (del 9 al 13 de enero), y posteriormente una baja por una gastroenteritis otros 5 días hábiles (del 6 al 10 de febrero). Al haberse superado el 20% de las faltas en las 45 jornadas hábiles de estos 2 meses consecutivos.

En ningún caso se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a huelga legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por el 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 20 días consecutivos¹⁵, ni las derivadas de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave¹⁶.

Resulta difícil entender que la aplicación de este artículo permita el despido de los que podríamos denominar “absentistas fraudulentos profesionales”, ya que éstos serán capaces de prolongar su situación de incapacidad temporal hasta alcanzar los 21 naturales consecutivos, por lo que dichas bajas ya no computarán como absentismo. Para combatir realmente el absentismo laboral injustificado y por lo tanto fraudulento, no debería ser mediante una modificación del despido objetivo, sino combatiendo el problema desde su origen, es decir, yendo a su correcta concesión por el médico de cabecera y al propio control

¹⁵ Las bajas por incapacidad temporal de duración inferior a 20 días sí que computarán como absentismo laboral.

¹⁶ Esta causa fue incorporada al art. 52 d) del E.T. en la última reforma laboral, Ley 3/2012 de 6 de julio.

de su evolución posterior por parte del mismo y de las mutuas¹⁷. No en vano, se sigue utilizando coloquialmente la expresión “cógete la baja” como si fuera algo que decidiera el trabajador más que el facultativo, con el correlativo gravamen no sólo para el empresario, sino para las propias arcas del sistema de protección social.

Hay que tener en cuenta que desde el 12 d febrero de 2012 se eliminó la exigencia de que el empresario sufriera simultáneamente determinado nivel de absentismo, en el centro de trabajo del trabajador despedido (RDL 3/2012) que había quedado fijado en 2,5% en una reforma previa (L35/2010). Para el cómputo de las faltas individuales del trabajador despedido objetivamente hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1.- las faltas de asistencia han de ser necesariamente intermitentes, siendo irrelevante a estos efectos su carácter justificado.

2.- las faltas han de alcanzar alternativamente o bien el 20% de las jornada hábiles en dos meses consecutivos, exigiéndose desde el 8 de julio de 2012 además que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o bien el 25% de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos, dentro de un periodo de 12 meses. De manera que se deben considerar los periodos integrados por esos 2 ó 4 meses para aplicar el porcentaje, independientemente de lo que suceda en cada mes aislado, pues lo que cuenta son los periodos mencionados en su conjunto (sentencia Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005)

A falta de indicación expresa del E.T., estos periodos de 2 meses consecutivos o 4 discontinuos, se computan por meses de fecha a fecha (desde la baja inicial) y no por meses naturales completos. Se llega a esta conclusión considerando que no se logra el objetivo de

¹⁷ En este sentido el R.D. 625/2014 de 26 de diciembre, efectúa una importante reforma en la gestión y seguimiento de los procesos de incapacidad temporal de los trabajadores. Dicho Decreto, reconoce al médico de cabecera la valoración jurídica-médica de la baja y le exige que en el parte de baja emita un juicio y posible duración de su incapacidad para realizar su trabajo. Para ello al facultativo se le facilitan una serie de tablas orientativas y unos plazos de referencia basados en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador, con los cuales éste elabora el parte de baja y su posterior control.

A parte de lo anterior, también asumen más protagonismo en el control de la i.t. las mutuas, ya que en el plazo de cuatro días desde la fecha de la baja, el trabajador podrá ser citado para reconocimiento médico y en el caso de no presentarse se suspenderá cautelarmente su prestación económica, pudiendo incluso producirse la extinción del subsidio.

esta causa de despido, el cual es la lucha contra el absentismo, si se acepta el criterio de los meses naturales en cuyo marco podrían no computarse determinadas faltas de asistencia que se producen en los días finales de un mes y primeros del siguiente, todo ello según la sentencia del TS de 9 de diciembre de 2010.

IV.- REQUISITOS DEL DESPIDO OBJETIVO. FORMA Y EFECTOS.

El apartado primero del artículo 53 del estatuto de los trabajadores establece que “La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

- a) La comunicación por escrita al trabajador expresando la causa.
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año un con un máximo de doce mensualidades.
- c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo”

1.-Comunicación por escrito

1.1.- Medio de comunicación

El despido es un acto recepticio, es decir, que no adquiere eficacia jurídica hasta que no llegue a conocimiento del trabajador, por eso requiere mucha importancia el sistema de comunicación a utilizar a la hora de despedir al trabajador, y más hoy día con la cantidad de medios informáticos y telemáticos de los que disponemos. En este sentido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de marzo de 1986 ha entendido que “son medios de comunicación válidos las fórmulas que puedan considerarse inequívocamente idóneas para que la decisión llegue a conocimiento del trabajador” La conducta deliberadamente rebelde del trabajador despedido, con la negativa a recibir y conocer el contenido de la carta, no

puede servir para impugnar su existencia en los términos establecidos en la Ley. Los medios de comunicación al trabajador de la decisión extintiva más utilizados son:

- la entrega en mano con firma del recibí. En este caso una copia de la carta firmada por la empresa se le entregará al trabajador y otra copia exacta la tendrá que firmar el trabajador como recibí. Es común que en este momento, el trabajador, que se acaba de enterar de que está siendo despedido, se niegue a firmar dicho recibí, por lo que el empresario puede requerir a algún trabajador para que atestigüe que el trabajador se ha negado a firmar y recibir la carta de despido. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1986)
- el burofax.¹⁸ En este caso, se envía al domicilio del trabajador a través de las oficinas de correos una copia literal de su carta de despido.

Ahora bien, ¿qué pasaría si haciendo uso de las nuevas tecnologías el Empresario comunicara la decisión extintiva mediante correo electrónico, SMS, Whassapp u otra aplicación móvil similar? La respuesta está en estos dos requisitos imprescindibles: que la comunicación contenga el contenido mínimo obligatorio que concrete y motive suficientemente las causas del despido para evitar la indefensión del trabajador, y que la Empresa pueda acreditar el envío, remisión y recepción de la comunicación del despido al trabajador.

En el caso del correo electrónico¹⁹, respecto al requisito del contenido mínimo obligatorio, no habría problemas ya que a través de este medio la empresa se puede extender y cumplir con las exigencias mínimas de descripción y justificación del despido. Respecto al otro requisito existen consolidadas dudas sobre la eficacia de su notificación, puesto que no se puede justificar su recibí por lo que no tendría mucho valor como prueba válida en un proceso judicial. Se podría justificar, siempre que tanto el emisor como el receptor dispusieran de un certificado electrónico oficial que acreditara el envío y recepción de dicho

¹⁸ El burofax es una comunicación fehaciente con valor probatorio, ya que tanto el contenido del texto como su fecha de envío y recepción queda acreditado.

¹⁹ Esta modalidad es la utilizó Radio Televisión Valencia en el popular caso del cierre de Canal 9 para despedir a 843 trabajadores a través de su cuenta de correo corporativa y del sistema de intranet de la empresa.

mensaje²⁰, es este caso estamos hablando de un documento electrónico que tiene la misma eficacia que cualquier documento en papel firmado por la empresa y con recibí, pero de momento no es usual que los trabajadores dispongan de dicho certificado electrónico. (podría ser el d.n.i. electrónico en vigor, pero no se ha fomentado su uso y apenas se utiliza en la actualidad)

En el caso de SMS, Whassapp o similares ²¹ la comunicación en este caso, como es evidente sería escueta sin poder dar detalles de las causas del despido y por lo tanto el trabajador no tendría la oportunidad de conocer los motivos de su despido lo que le3 crearía una total indefensión judicial. Queda claro que no se cumpliría con ninguno de los dos requisitos mencionados anteriormente, ya que no son medios en los que se pueda hacer una exposición de los hechos que motivan el despido y tampoco acreditar la emisión y recepción de dicha comunicación y en consecuencia conduciría a la improcedencia del despido, ya que para justificar la extinción del contrato, al empresario no se le admitirían en el juicio otros motivos que no fueran los indicados en la comunicación de despido al trabajador, recayendo sobre el empresario la carga de probar la veracidad de los hechos imputados para justificar el mismo y preservando al trabajador de la indefensión que podría sufrir de no ser así. ²²

1.2.- Contenido mínimo obligatorio

El escrito debe contener, con la suficiente amplitud, concreción y claridad, los motivos, datos y elementos en los que se basa el empresario para proceder a dicho despido, ya que estamos hablando de causas económicas, y por su carácter meramente empresarial, son desconocidas por el trabajador. Es necesario que el trabajador afectado conozca perfectamente y sin dudas las razones concretas y específicas el motivo de la amortización

²⁰ Existen algunos servidores de internet que permiten certificar electrónicamente la entrega de los correos electrónicos para que pueda ser una prueba válida en un juicio y así lo ha avalado el Tribunal Supremo. Se trata de empresas que generan un acta de entrega que guardan ante notario, junto con las fechas de envío y recepción y el contenido íntegro de la comunicación, así como la dirección i.p. del remitente y destinatario.

²¹http://www.elderecho.com/aplicaciones/despido-SMS-whatsApp-improcedente_11_598555003.html

²² artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción Social “para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido

de su puesto de trabajo, sin ser válido que se haga de manera genérica, como sería por ejemplo la utilización de términos como “crisis económica” “necesidades de la empresa” “reestructuración de plantilla” “momentos difíciles” (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1987, de 7 de julio de 1986 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos de 28 de marzo de 2012). Esta alegación de la causa, se exige que sea lo suficientemente clara e inequívoca en sus contenidos a fin de evitar confusiones e incertidumbres respecto de los hechos que motivan la decisión extintiva. La finalidad es dar a conocer al trabajador los motivos que fundamentan su despido para facilitarle así su defensa, es decir, evitar la indefensión del trabajador afectado (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de octubre de 1995 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de noviembre de 1999)

No es necesario que se dé por parte del empresario documentación contable ni informes específicos, pero al trabajador le tiene que quedar claro los motivos por el que se extingue su relación laboral, y pueda, en su caso, impugnar dicha decisión vía judicial y preparar los medios de prueba para su defensa, ya que de no ser así el despido objetivo tendrá la calificación de nulo²³, aunque en la actualidad y tras la reforma laboral de 2012 la calificación por defecto de forma ya no sería la nulidad, sino que sería la de improcedencia del despido.

En cuando al contenido mínimo de las cartas de despido objetivo, durante mi experiencia profesional desde que empezó la crisis hasta la actualidad, al representar en la mayoría de las ocasiones a la parte empresarial, en varios de los despidos objetivos que he realizado he tenido que terminar negociando una indemnización en el Servicio de Mediación de Arbitraje y Conciliación (SAMA), aún teniendo suficientes motivaciones económicas para proceder al despido objetivo, debido a la falta de concreción y de claridad en la carta de despido y la consiguiente indefensión del trabajador, para evitar así la nulidad

²³ La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina) fija la doctrina al respecto y exige la expresión de las concretas dificultades o situaciones económicas negativas, estima el recurso y declara la nulidad del despido, poniendo de relieve que mientras en los despidos disciplinarios la omisión de las formalidades de la carta de despido determinan la calificación de improcedencia (art. 55.4 E.T.), en los supuesto de despidos objetivos y colectivos estas omisiones comporta la nulidad, con las consecuencias legales inherentes de la readmisión inmediata del trabajador, y del abono de los salarios dejados de percibir. (criterio modificado tras la reforma laboral de 2012, que califica del defecto de forma como despido improcedente)

o improcedencia del despido (dependiendo si estaba en vigor la reforma laboral de 2010 o la de 2012).

1.3.- Fecha de efectos de la comunicación

Es un requisito necesario que en la carta de despido conste la fecha de efectos de la extinción. Dicha fecha indica el cese efectivo de la prestación de trabajo y la fecha de eficacia del despido, por lo que constituye una garantía para el trabajador, ya que el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido se inicia desde el momento en que el despido tiene eficacia no desde la fecha anterior en que la carta de despido se redactó o se entregó al trabajador.²⁴ La sentencia del Tribunal Supremo del 27 de marzo de 2013, establece que “la mención de la fecha de efectos es un requisito esencial e imprescindible de cualquier carta de despido, y si no consta dicha mención el despido será improcedente”. El Tribunal considera en esta sentencia que este requisito formal produce indefensión del trabajador. De este modo, rectifica la opinión de otros tribunales que, de forma menos formalista, habían considerado válidos estos despidos si, a pesar no constar la fecha de efectos, quedaba clara la voluntad de la empresa de dar por finalizada la relación laboral en el momento de la entrega de la carta de despido. Lo curioso de esta sentencia es que quedó acreditado que el trabajador había sustraído mercancía de la Empresa y por lo tanto la sanción de despido era ajustada a la ley, pero por la falta de indicación de fecha de efectos del despido, supuso la improcedencia sin más, de forma que el tribunal ya no entró a valorar los hechos.

1.4.- Selección de los trabajadores afectados

La legislación laboral no hace referencia a los criterios que deben seguirse para la elección de los trabajadores afectados por la extinción de la relación contractual, por lo que se entiende que la empresa en un principio goza de la libertad para seleccionar a los

²⁴ www.acvasesores.com/noticia/no-olide-indicar-la-fecha-de-efecto-de-un-despido

trabajadores afectados ²⁵ , encuadrándose en las facultades de dirección y de organización empresarial. Cuando dicha decisión incurra en causa de discriminación, vulneración de derechos fundamentales, fraude de ley o abuso de derecho, esta será revisable por los órganos judiciales, tal y como establece en su sentencia de 15 de octubre de 2003 el Tribunal Supremo (en la que ratifica la doctrina contenida en la sentencia de 19 de enero de 1998) “Únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento”

2.- Puesta a disposición de la indemnización al trabajador

En el mismo acto en que la empresa comunica al trabajador su despido por causas económicas a través de la carta de despido, ha de poner a disposición del trabajador el importe dinerario de la indemnización legal de 20 días por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades, cuando el trabajador no alcance un año en la empresa, la indemnización será proporcional al tiempo efectivo de permanencia en la empresa. El Tribunal Supremo ha determinado en numerosas sentencias (20 de noviembre de 1982 y 29 de abril de 1988) que se entiende cumplido este requisito cuando “si en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido y sin solución de continuidad, sin precisión de otro trámite ni de cualquier que hacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley le confiere”

El incumplimiento de este requisito de simultaneidad obliga a calificar el despido como improcedente, sin que quepa subsanación posterior, según sentencia del TS de 26 de julio de 2005. Solamente existe una excepción, y es en el caso en que se acredite una situación de iliquidez, en la que se permite la demora de su entrega al momento de la efectividad del despido objetivo.

²⁵ <http://www.aticojuridico.com/categoria-laboral/426-despido-objetivo-es-valida-la-seleccion-de-los-trabajadores-en-base-a-criterios-de-productividad-y-absentismo>

2.1.- Forma de pago de la indemnización

La puesta a disposición ha de ser efectiva, no sirve el hecho de un mero ofrecimiento de ésta. El trabajador debe de disponer del dinero en el mismo acto en el que se sabe despedido. El incumplimiento de esta obligación conduce a la declaración de improcedencia del despido objetivo y no es susceptible de subsanación. Pero la negativa a la recepción por parte del trabajador, no conlleva la improcedencia del despido, pues el cobro no ha de ser efectivo, sólo la puesta a disposición. (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de abril de 2010)

Resulta lógico entender que la mejor manera de realizar el pago de la indemnización es con entrega inmediata mediante dinero en efectivo ²⁶ y firmado su recibí en ese acto no va a dar ningún tipo de problema, pero ¿qué pasa si se realiza por otro método?, seguramente nos encontraremos con múltiples problemas a la hora de conocer si se cumple el requisito de simultaneidad, y afortunadamente la doctrina jurisprudencial ha solucionado alguna de estas cuestiones.

Si se le entrega al trabajador un cheque bancario, se concluye que se trata de un medio adecuado e idóneo, por su equivalencia con el dinero en metálico, siempre claro está que se entregue junto con la carta de despido, según sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2011. En el caso de que se extendiera un cheque sin fondos, no habría puesta a disposición de la indemnización, por lo que el despido debería pronunciarse como improcedente.

En el caso de realizar el pago de la indemnización mediante transferencia bancaria, según la sentencia anterior, este hecho goza de la misma validez que el cheque bancario, siendo incluso, un medio de pago más fiable, eso sí, deberá de producirse la orden el mismo día de la entrega de la carta. Se considera improcedente el despido en el que se entrega la

²⁶ Hay que tener en cuenta que existen limitaciones a la hora de realizar pago en efectivo, según la Ley 7/2012 de 29 de octubre sobre prevención del fraude fiscal ha establecido en su artículo 7.1 limitaciones a los pagos en efectivo. Dispone: “No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera.”

indemnización al trabajador tres días después de la comunicación, según sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2014 ó cuatro días después de la misma según sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2005.

De manera excepcional, la norma permite en el supuesto de causas económicas con imposibilidad de puesta a disposición por falta de liquidez real de la empresa, la exoneración de la obligación empresarial. El artículo 53.1 b) del E.T. establece que “cuando la decisión extintiva se fundare en al 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 por escrito²⁷, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”

No obstante es imprescindible alegar y acreditar la imposibilidad concreta de esta puesta a disposición, ya que las dificultades económicas para la actividad empresarial o su inviabilidad por motivos económicos no bastan, siendo necesario probar la falta de capacidad económica para hacer frente a la indemnización. La prueba de esta imposibilidad le corresponde, claro está a la Empresa. Según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 31 de junio de 2009,” la empresa deberá de acreditar que a la fecha de entrega de la carta de despido al trabajador, ésta se encontraba en estado de iliquidez, lo que puede acreditarse con el estado de cuentas cerrado a la fecha del despido”.

2.2- Cuantía de la indemnización

La cuantía de la indemnización por despido objetivo consiste en “20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

El salario regulador, es el salario percibido por el trabajador en el momento del despido. Se incluye el salario base, los complementos salariales, el salario en especie, las

²⁷ Ya que de lo contrario, si no se especifica por escrito en la carta de despido, la empresa no se podrá amparar en dichas dificultades económicas para justificar el aplazamiento del pago y el despido se consideraría improcedente, por falta de puesta a disposición de la indemnización.

pagas extraordinarias (incluidas las de productividad), horas extraordinarias y demás conceptos salariales. Si el trabajador ha tenido salario variable, se suman todos los conceptos variables de los últimos 12 meses y se divide entre 365 días (366 días si el año es bisiesto). Se excluyen las dietas, gastos de desplazamiento, y demás conceptos extrasalariales, siempre que, efectivamente, tengan naturaleza indemnizatoria y no salarial; en caso contrario, habría que incluir estas cantidades, según sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006. Respecto a la antigüedad del trabajador en la empresa, ese dato puede entrañar dudas en algunos casos (varios contratos temporales, contratos fijos-discontinuos, supuestos de sucesión de empresa...) Hay que tener en cuenta, para el cálculo del tiempo de antigüedad, que los periodos inferiores a un mes se computan como un mes completo. A estos efectos, si un trabajador tiene por ejemplo tres meses y cinco días de antigüedad, se computarían cuatro meses. En los contratos fijos-discontinuos se computa solamente los periodos efectivamente trabajados.

El Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 15-2-2000 señala que la antigüedad que se computa para determinar el importe de la indemnización es el total de la prestación de servicios aunque entre los sucesivos contratos hayan mediado breves interrupciones de tiempo y existan finiquitos entre los distintos contratos temporales.

En los supuestos de reducción de jornada por guarda legal por motivos familiares, violencia de género o terrorismo (artículo 37 apartados 4, 5 y 7 del ET), se abonará la indemnización con el salario que le hubiese correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legal para dicha reducción.

2.3.- Errores en el cálculo de la indemnización

Los tribunales interpretan que hay dos tipos de errores al calcular:

- A.- Los errores excusables. Son errores de cálculo que signifiquen pequeñas diferencias, o fundados en una discrepancia jurídica razonable no fijada de forma taxativa en la normativa, teniendo como regla general la concurrencia de la buena fe, por ejemplo cuando la determinación de la

antigüedad es muy compleja por sucesión empresarial (TS 18 de junio de 2013), o exista un error en el cálculo de la indemnización de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijos (TS de 24 de octubre de 2006), o errores de cálculo en la cuantía del salario y de cómputo de la antigüedad (TS de 1 de octubre de 2007). La calificación de un error en el cálculo de la indemnización como excusable no supondrá la improcedencia del despido, estando tan solo el empresario obligado a la subsanación del mismo y al reintegro de la diferencia económica al trabajador.²⁸

- o B.- Los errores inexcusables (errores de concepto jurídico o hechos con mala fe) Son diferencias de cantidad importantes, como no computar pagos en dinero negro que se puedan acreditar, no calcular la antigüedad correcta cuando exista una sucesión de contratos temporales, cuando no se haya actualizado el salario conforme al convenio colectivo aplicable (TSJ Asturias de 23 de abril de 2010), o se excluye el tiempo por el cual un trabajador estuvo vinculado mediante un contrato en prácticas (TS 11 de octubre de 2006). La calificación de un error en el cálculo de la indemnización como inexcusable es la declaración de la improcedencia del despido, con los efectos económicos que tendrá para la empresa, que pasará de pagar los 20 días con un máximo de 12 mensualidades, a pagar una indemnización de 33 días con un máximo de 24 mensualidades, o en el caso de trabajadores con mucha antigüedad²⁹ incluso 45 días con un máximo de 42 mensualidades.

3.- El plazo de preaviso

La ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modificó el artículo 35.1 c) del ET, estableciendo “la concesión de un

²⁸ Artículo 122.3 de la Ley de Jurisdicción Social

²⁹ Cuando haya periodos de contratos anteriores a la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo”, reduciendo el plazo de este preaviso que en la anterior regulación estaba fijado en treinta días.

En este caso, el incumplimiento del plazo de preaviso no afecta a la validez del despido, ni supone la improcedencia del mismo, eso sí, la empresa deberá de abonar los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos. En este sentido, el Tribunal Supremo ³⁰ señala que “la no concesión de este periodo de preaviso, si bien no a la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo de vigencia de existencia de contrato, pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido”

3.1 Licencia para la búsqueda de empleo

El artículo 53.2 del ET establece que “durante el periodo de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo” En principio este artículo no debería acarrear ningún problema interpretativo debido a su sencillez, pues bien, en la práctica puede acarrear varios problemas a la empresa:

- No se establece nada sobre si las 6 horas se podrán disfrutar seguidas o una hora cada día, o a demanda del trabajador. Mi experiencia en este tema ha sido que el trabajador una vez conocedor de su despido ya no tiene nada que perder por lo que solicita las 12 horas como unas vacaciones más. Como ejemplo, comentar un caso en el que el trabajador solicitó entrar una hora más tarde al trabajo hasta completar sus 12 horas de permiso, el cual la empresa denegó, por no ser coherente con el objetivo de este precepto que es la búsqueda de un nuevo empleo.
- Sería necesario el preaviso del trabajador en la solicitud de dichas horas, para que la Empresa pueda organizar sus recursos y no afecte dicha licencia a la producción.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, la cual confirma la doctrina unificada por su sentencia de 28 de febrero de 2005

- En los contratos a tiempo parcial el ET no hace referencia de que el derecho sea exclusivo a contratos a jornada completa, por lo que siguiendo el mismo criterio que en el periodo de preaviso que son 15 días para todos los contratos, aquí deberíamos entender que para ambos el preaviso es de 6 horas.
- Otro supuesto interesante que se plantea es si el trabajador despedido es discapacitado ¿la licencia debería ser para los dos? Resulta más lógico entender que sí, tanto para el trabajador despedido como para su representante legal (por ejemplo en el caso de una entrevista de trabajo) , ya que para el representante legal lo podríamos considerar como un permiso por un deber inexcusable de carácter personal, regulado en el artículo 37.3 d) del ET.

Por otro lado la legislación no establece las consecuencias que tendría para el empresario la omisión en la carta de despido de información de dicho permiso, o la denegación de su disfrute. Al igual que se hace con el no cumplimiento del plazo de preaviso, debería suponer la obligación de indemnizar esas horas que no han sido disfrutadas, siempre que lo reclame el trabajador despedido.

4.- Comunicación a los representantes de los trabajadores

El artículo 53.1 c) establece como requisito para el despido objetivo que “en el supuesto contemplado en el artículo 52.c) del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”.

Este precepto establece que se deberá de entregar una copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, esto supone la entrega de una reproducción de la carta de despido que se le ha entregado al trabajador y no una mera información verbal. Como es evidente y ha señalado la doctrina jurídica en su sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2001. Parece obvio interpretar que hay un error en la redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, ya que como tal el escrito de preaviso no existe, sino que es preaviso es uno de los requisitos formales de la propia carta de despido objetivo que es de la que realmente debemos de entregar copia literal a los representantes sindicales. Incluso como hemos

comentado anteriormente el preaviso podría no incluirse en la comunicación de despido, ya que simplemente es un plazo que se establece entre la comunicación del despido y la efectividad del cese, con la finalidad de que el trabajador pueda buscar empleo, cuya omisión además no tiene consecuencias relevantes en orden a la calificación, pues, como dice el número 4 del artículo 53 del ET, “la no concesión del preaviso no anulará la extinción, sin perjuicio de que el empresario deba abonar los salarios correspondientes”.

La finalidad de este precepto es el darle al trabajador una garantía, con el fin de que sus representantes puedan valorar si el despido objetivo se ha realizado correctamente conforme a la legislación vigente. En la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2007 establece que “la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo” En este sentido el art. 64 del ET, dispone en su apartado 6 que “la información se deberá facilitar por el empresario al Comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permita a la representación de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar , en su caso, la consulta y el informe”. Podemos decir que la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos por causas económicas, es una pieza esencial en el sistema legal de control de la situación económica de la Empresa, y de si la Empresa está utilizando correctamente el cauce del despido objetivo económico, dependiendo del número de trabajadores afectados, según los límites cuantitativos establecidos en el art. 51.1 del ET.

El incumplimiento de la obligación de entregar copia de la comunicación de cese a los representantes de los trabajadores desde la aprobación de la Ley 32/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, su defecto ya no desencadena la nulidad del despido, sino que de dicha omisión se considerará ahora como despido improcedente. No obstante, esta obligación sólo es exigible para los despidos objetivos regulados en el artículo 52.c) del ET, no para el resto de extinciones de contrato por causas objetivas que se recogen en los demás apartados del citado artículo.

VI.- CALIFICACION JUDICIAL DEL DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL. CONSECUENCIAS JURIDICAS.

El despido objetivo por causas económicas, se podrá declarar por la autoridad judicial como procedente, improcedente o nulo.

1.1 Procedente - cuando se cumplan los requisitos formales exigibles y se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva.

Consecuencia jurídica – supone:

1.- la extinción del contrato de trabajo y la condena a la empresa del pago de salarios pendientes si los hubiera, ya que se entiende que la indemnización de 20 días de salario por año trabajado se le ha pagado al trabajador al entregarle la carta de despido, a no ser que la empresa alegara falta de liquidez en la carta de despido, en tal caso, este será el momento para el abono de la indemnización.

2.- se consolida la indemnización percibida y se condena a la empresa al abono de las diferencias que hubieran podido existir, tanto en la indemnización como en los salarios o falta de preaviso, entre lo abonado y lo que legalmente le correspondiera al trabajador.

3.- el trabajador tiene derecho a prestación por desempleo desde la fecha de su despido y no desde la resolución judicial

1.2 Improcedente – cuando la sentencia declara la improcedencia de la decisión extintiva por no acreditarse las causas en que se fundamentó el despido o no se hayan cumplido los requisitos formales exigidos en el artículo 53.1 del E.T. es decir, la comunicación por escrito, defectos de forma y la falta de puesta a disposición de la indemnización.

Consecuencia jurídica – El empresario en el plazo de 5 días desde la notificación de sentencia tendrá que optar entre:

1.- la readmisión del trabajador y por lo tanto el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la incorporación. En este caso el trabajador deberá de reintegrar al empresario la indemnización que en el momento de entregarle la carta de despido puso la empresa a su disposición (art. 53.5.b del E.T. y art. 123.3 de LRJS)

2.- Si la empresa opta por la indemnización, el juez acordará la compensación entre la indemnización percibida correspondiente a 20 días por año de servicio y la indemnización que se fije en sentencia, la cual será de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades (720 días), para los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2012³¹. La opción de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, fijándose como fecha de efectos del despido la fecha del cese efectivo en el trabajo.³² En el caso de que el trabajador despedido sea representante legal de los trabajadores, además del pago de la indemnización, la empresa deberá de abonar al trabajador la suma de los salarios de tramitación³³ desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia (con independencia de si la empresa opta por readmisión o indemnización). En el caso de que el trabajador hubiera encontrado otro empleo, se abonarían los salarios hasta la fecha de su colocación.

³¹ Respecto a los contratos suscritos con anterioridad al 12 de febrero de 2012 la indemnización se calculará a razón de 45 días por año trabajado hasta dicha fecha y a razón de 33 días por año trabajado a partir del 12 de febrero de 2012 prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

Respecto al tope de la indemnización, con la nueva redacción, no podrá ser superior a los 720 días, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 ya resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará ese importe indemnizatorio máximo, sin que claro está, este tope pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Por lo que, sólo podrán recibir el máximo anterior de las 42 mensualidades los trabajadores que a la fecha del Real Decreto tengan una antigüedad de 28 años. En el resto opera el doble cálculo y el tope de 720 días.

³² El Real Decreto ley 13/2012 modificó sustancialmente las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido con respecto a los salarios de tramitación, dejándolos sólo en el caso de que el empresario opte por la readmisión o el trabajador despedido sea representante sindical de los trabajadores.

³³ La empresa es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación abonados, y siguiendo instrucciones de Tesorería de la Seguridad Social habrá de plazo reglamentario hasta el último día del mes siguiente a la notificación de sentencia, sino se deberán de pagar con un recargo del 20% por ingreso de cuotas fuera de plazo.

1.3 Nulo – La sentencia puede declarar nula la extinción , cuando concurren alguna de las causas siguientes: la decisión extintiva del empresario tenga como móvil algunas de las causas de discriminación establecidas en la Constitución, o se hubiera producido una violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 122.2.a de LRJS) , cuando el despido sea en fraude de ley por acogerse a la modalidad de despido por causas objetivas cuando debió de hacerlo conforme al despido colectivo. También será declarado nula la decisión extintiva que afecte: ³⁴

- A trabajadores en situación de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad.
- Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio de embarazo hasta el comiendo del periodo de suspensión por maternidad y la de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años o discapacitado que no desempeñe actividad retribuida, trabajadores disfrutando un permiso por hospitalización de neonato, o hayan solicitado excedencia para el cuidado de un hijo menor o un familiar.
- las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo.
- Los trabajadores después de incorporado a su puesto de trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Consecuencia jurídica – supone la inmediata readmisión del trabajador a su puesto de trabajo desde la fecha de despido, con el abono de los salarios dejados de

³⁴ Todas estas causas de nulidad del despido está relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral, reflejo de la actual legislación sobre igualdad de género. (artículos 37.4 , 4 bis, 5 , 46.3, 53.4 del E.T. y art. 122.2 LRJS)

percibir. El trabajador debe reintegrar la indemnización percibida, y tal y como venía entendiéndose algún pronunciamiento judicial (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 1996), esta obligación de reintegro sólo nace una vez que la sentencia sea firme (art. 123.3 de LRJS)

Citar que desde el 11 de diciembre de 2011, se establece que en el marco de la ejecución de una sentencia firme de despido nulo que responde a acoso laboral, sexual o por razón de sexo o violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso puede optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación (art. 286.1 y 2 de LRJS). Además en el marco de la ejecución de las sentencias firmes de despido cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligado o cuando concurra cualquier otra causa de imposibilidad material o legal de readmisión, el órgano jurisdiccional ha de dictar auto acordando la extinción de la relación laboral y condenando al abono de la indemnización y los salarios de tramitación.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que ante una decisión empresarial con presunción de discriminación, se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración de los derechos fundamentales, por lo que se le traslada al empresario la carga de la prueba de la existencia de un motivo razonable en su decisión extintiva. Esta exigencia constituye una auténtica carga probatoria, debiendo llevar a la convicción del juez (y no a la duda) la certeza de que su decisión fue absolutamente ajena a todo propósito discriminatorio (STS de 22 de junio de 1989). El Tribunal Constitucional completa esta doctrina estableciendo que “para imponer la carga probatoria expresada, el actor ha de aportar un indicio razonable de que el acto impugnado lesiona sus derechos fundamentales”, a lo que añade que “no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que al demandante corresponde aportar un indicio razonable de que la alegada lesión se ha producido. Sólo una vez constatada la existencia de tales indicios, es cuando se producirá la inversión de la carga de la prueba, que obliga a la empresa a acreditar que su conducta es totalmente ajena a cualquier intención de atentar contra los derechos fundamentales del trabajador.

VI.- CONCLUSIONES

1.- Causas objetivas son las derivadas de necesidades de funcionamiento de la Empresa, las cuales pueden ser económicas, técnicas, organizativas o de producción –en este estudio nos hemos centrado en las primeras-. Podemos entender las causas económicas como un estado desequilibrado y crítico en la estructura financiera de la empresa. Esta situación responde a la necesidad que tiene la empresa de amortizar o suprimir un puesto o una pluralidad de puestos de trabajo mediante la fórmula del despido objetivo, para intentar paliar esa crisis económica y ajustar el nivel de empleo a la productividad existente en la empresa. Para ello la empresa tiene la necesidad de acreditar las causas alegadas motivadoras de dicho despido (ya que la carga de la prueba le corresponde al empresario) ante el trabajador o ante el juez, en el caso de que el trabajador plantee una demanda por despido ante el Juzgado de Lo Social, además debe de cumplir en este procedimiento con importantes requisitos formales para evitar la declaración de improcedencia o nulidad del despido.

2.- La gran recesión de 2008 ha centrado la atención pública de los últimos años, tanto a nivel político, como entre locutores sociales y opinión ciudadana, ello es debido a que se trata de una crisis sistemática sin precedentes, debido a la raíz estructural de las causas, y a su carácter multidimensional debido a la rapidez por la que se ha transmitido a nivel mundial. En este contexto de crisis económica, el Gobierno aprueba dos reformas laborales –ambas sin el consenso de los interlocutores sociales- que inciden sobre aspectos centrales de la regulación del mercado de trabajo, con el objetivo de “construir un nuevo modelo de las relaciones laborales que frene la destrucción de empleo y sienta las bases para la creación de empleo estable y de calidad y favorezca la competitividad”. Ninguna de las dos reformas han conseguido estos objetivos, entre otras, podemos llegar a la conclusión de que las reformas legales que operan sin consenso, a espaldas de la voluntad en este caso de las organizaciones sindicales y patronales, están abocadas al fracaso y máxime cuando las medias afecten a materias que constitucionalmente están reconocidas como propias de los interlocutores sociales, como es el caso de la normativa laboral.

3.- Respecto a las reformas laborales, después de analizar tanta documentación al respecto, he podido comprobar que tenemos dos puntos de vista antagónicos: sindicatos y patronal. Los primeros opinan que esta reforma resta derechos a los trabajadores y aumenta

la precariedad en el empleo, ampliando el poder de decisión empresarial en detrimento de los derechos de los trabajadores, ya que el empresario con esa mayor flexibilidad pasa a tener control absoluto de las condiciones laborales del trabajador, situación que le crea una gran indefensión al éste. Por el otro lado, la parte empresarial apoya estas reformas, las cuales considera clave para ajustarse al marco económico actual, entendiéndose que dicha flexibilidad va a ayudar al mantenimiento del empleo durante la situación de crisis, contribuyendo así a la mejora económica de la empresa. Después de tantos años ya de crisis, tanta normativa modificada y tantos intentos de salir de la situación tan difícil que han tenido nuestras empresas, no puedo inclinarme ante ninguna de las dos posturas, ya que las dos tienen su parte de razón, pero lo que sí sé es que estas reformas laborales han terminado con el diálogo social, han incrementado la conflictividad entre patronal y sindicatos y no ha creado empleo.

4.- El objetivo de la reforma laboral de 2010 era atajar la destrucción de empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo en un contexto económico tan difícil como el que teníamos en España. Con esta reforma, el despido objetivo experimenta una importante modificación, ya que respecto a la normativa anterior: se da un tratamiento unitario a la definición de las causas del despido individual o colectivo, desaparece la necesidad de que el despido contribuya a la superación de situaciones económicas negativas, desaparece también la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo y el concepto de situación económica negativa se simplifica, ya que anteriormente era un concepto con alto grado de indeterminación por lo que daba un margen excesivo de decisión al juez, siendo criterio jurisprudencial asentado que situación económica negativa supone pérdidas cuantiosas y continuadas durante al menos dos años, es decir, la utilización de este modelo de despido estaba vinculada a la situación de importantes pérdidas continuadas en la empresa.

Con la nueva redacción, ya no es necesario hablar de pérdidas, ya que aparece el término de “pérdidas actuales o previstas” , con lo cual los criterios jurisprudenciales anteriores ya carecen de sentido y por lo tanto se flexibiliza sustancialmente las causas para la realización de un despido objetivo por causas económicas. Sigue existiendo la necesidad de que la medida adoptada por la empresa afecte a la viabilidad de ésta y un juicio de razonabilidad de la decisión extintiva, es decir que la finalidad del despido deberá ser para mejorar la competitividad de la Empresa, por lo que esa aparente indefensión que puede

tener el trabajador con el nuevo precepto, no será así porque mientras exista esa razonabilidad, van a ser los jueces los que van a velar por la legalidad en los procesos de despido.

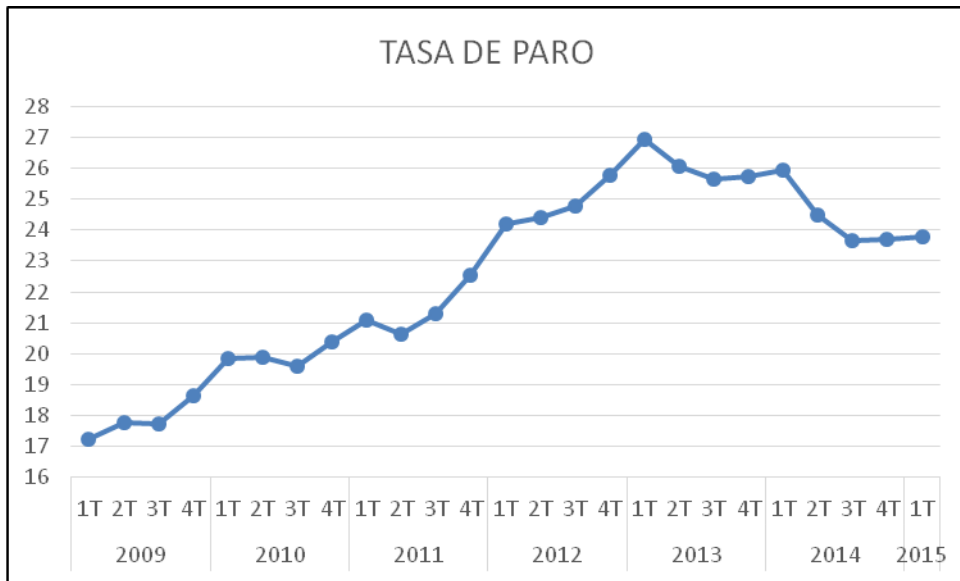
Otras modificaciones de esta reforma son que el plazo de preaviso pasa a ser de 30 días a 15 y que la falta de requisitos formales ya no supone la nulidad del despido, como en la normativa anterior, sino la improcedencia.

5.- La reforma laboral de 2012 intenta superar las deficiencias técnicas de la normativa anterior, la gran novedad es la concreción de las causas económicas, introduciendo un parámetro objetivo para determinar cuándo la disminución en el nivel de ingresos o ventas tiene el carácter de permanente (durante tres trimestres consecutivos los ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre sean inferiores a los registrados en el mismo trimestre del ejercicio anterior) Novedad importante también es la eliminación en la redacción del precepto de la necesidad de acreditar la razonabilidad de la medida para que la empresa supere las dificultades alegadas.

Las primeras reacciones a esta publicación daban al entendimiento de que el empresario ahora podía despedir abonando 20 días de salario, empleando la fórmula del despido objetivo de una manera libre, como si con esta reforma se descausalizaran los procedimientos de despido objetivo o estuvieran exentos del control de la legalidad, la realidad, a tres años de la publicación de esta reforma es que la pretendida flexibilización de este despido está limitada por diversas previsiones legales y posturas jurisprudenciales ya que deberán quedar acreditadas las causas alegadas en la carta de despido, de lo contrario el juez declarará la improcedencia de éste. Sólo en empresas en las que concurran realmente problemas económicos acreditables ante la jurisdicción social cabe esta posibilidad.

6.- Con el paso del tiempo desde la publicación de estas reformas laborales hasta la fecha en la que nos encontramos, observamos cómo el desempleo no ha ido disminuyendo, sino que ha aumentado, estando actualmente en una tasa de desempleo del 23,78%, una tasa muy superior a la de antes de la publicación de la primera reforma laboral en 2010 que era del 19,89%, y algo inferior a la tasa que había cuando se publicó la segunda reforma laboral con el 24,79%, estas cifras demuestran que los efectos de las dos reformas laborales en cuanto a la consecución del objetivo del Gobierno de creación de empleo, están muy lejos de conseguirse. Por lo tanto seguimos alejándonos de la tasa media de paro de la Unión

Europea y del objetivo fijado en la Estrategia 20-20, que para el caso de España es de un 15% para el año 2020.



Fuente: elaboración propia con datos de la E.P.A.³⁵ extraída del Instituto Nacional de Estadística y actualizada al primer trimestre de 2015.

Últimos datos publicados sobre población activa:

Ocupados: 17.454.800 Parados: 5.444.600 tasa actividad: 59,45 tasa paro: 23,78

Con la información estadística podemos llegar a la conclusión de que estas reformas estructurales del mercado laboral no se están planteando de manera adecuada a la vista de los datos relacionados. En mi opinión el mercado de trabajo, ni crea ni destruye empleo, sino que transmite al mismo la evolución de los mercados, por lo que podemos decir que la salida de la crisis no depende únicamente de políticas laborales, sino de otras políticas que a la hora de afrontar los retos estructurales que planea el actual escenario de la economía española, deberían cobrar un mayor protagonismo. Unas políticas que incidieran en actuaciones más inmediatas como el aumento de la inversión pública y privada para evitar la destrucción de empleo, medidas de carácter financiero que hagan fluir el dinero a empresas y economía familiar y porqué no.... un mayor control de la gestión de nuestros políticos.

³⁵ La población activa es la suma de ocupados, quienes tienen trabajo y de parados, es decir quienes buscan empleo pero no lo encuentran. Por lo que en esta encuesta no figuran los que se han puesto a estudiar o se han marchado del país, o simplemente se han rendido ante la imposible búsqueda de empleo.

7.- Pasados tres años después de la puesta en marcha de la última reforma laboral, el Gobierno, patronal y sindicatos, siguen discrepando a cerca de los efectos que ha tenido sobre el mercado de trabajo (noticia de expansión del día 8 de febrero de 2015). Por un lado el Gobierno a través de su Ministra de empleo y seguridad social Dña. Fátima Bañez, defiende la reforma porque ha revolucionado los cimientos del mercado de trabajo, considera que el esfuerzo de la sociedad española está dando sus frutos porque se crea más empleo y de mayor calidad. Por otro lado los sindicatos consideran que la reforma laboral ha dejado un país con más precariedad y desigualdad laboral y social, en el que los salarios han perdido gran poder adquisitivo y en el que tener un empleo no significa salir de la pobreza. Cándido Mendez de UGT la califica como un “absoluto fracaso” al no haber conseguido cumplir ninguno de los objetivos que se propusieron y por último la patronal a través de su secretario D. Jose María Lacasa, entiende que los cambios que introdujo la reforma en la contratación, flexibilidad interna, despido y negociación colectiva han sido determinantes a la hora de permitir la recuperación de la competitividad de las empresas y la creación de empleo.

Podrá haber opiniones encontradas y cada parte justificará su posición, pero ante los datos resulta inverosímil el hablar de recuperación económica en un país en el que tenemos 5.444.600 millones de parados.

8.- Para finalizar con mis conclusiones y muy brevemente, comentar que en estos momentos estamos en pleno proceso electoral , por lo que es posible que los contenidos de este estudio a un corto plazo puedan ser susceptibles de cambio, incluso me atrevería a decir que en algunos apartados este cambio puede llegar a ser sustancial, ya que según ha anunciado el líder de la oposición D. Pedro Sanchez ya en varias ocasiones, una de las medidas a adoptar, en el caso de que ganara las elecciones el PSOE, sería la derogación de la reforma laboral.

VII.- BIBLIOGRAFIA

- VARIOS AUTORES: *Memento Práctico Social* (Ediciones Francis Lefebvre), 2015
- VARIOS AUTORES : *Despido , Otras formas de Extinción del Contrato de trabajo* (Ediciones Francis Lefebvre), 2010
- SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, JM.: *Estatuto de los Trabajadores, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias* (Editorial El Derecho), 2010
- ALFONSO MELLADO C. Y OTROS: *La reforma laboral en la Ley 35/2010* (Editorial Tirant Lo Blanch), 2010
- *Ley de Reforma laboral- Todas las claves para conocerla en profundidad.* (Editorial Wolters Kluwer), 2010
- ROMERO MARTIN, E. : “*Pasado y presente del despido objetivo individual por las causas del artículo 52 c) del estatuto de los trabajadores*” (noticias jurídicas), 2012
- GONZALEZ SOLIS, S.: “*los despidos por causas económicas con posterioridad a la reforma laboral*” (actualidad jurídica Uría Menéndez) , 2011
- GUALDA ALCALA, FJ.: “*La nueva regulación de las causas del despido colectivo y objetivo*” (Fundación 1º mayo), 2010
- GUALDA ALCALA, FJ Y M.: “*Los efectos prácticos de la Reforma laboral*” (Gabinete estudios jurídicos CCOO), 2010
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: “*Informe de evaluación del impacto de la Reforma Laboral*”
- CARRASCOSA BERMEJO, D. : “*La reforma del despido individual en el Real Decreto Ley 3/2012*”. (Artículo doctrinal), 2012
- “*52 reformas desde la aprobación del estatuto de los trabajadores de 1980*” (Informe fundación 1º de mayo), 2012