

LA REFORMA DE LA LEY 3/2012 EN LA CONTRATACIÓN LABORAL Y DESPIDO*

JESÚS LAHERA FORTEZA**

Resumen Este análisis está dedicado al conjunto de 17 medidas de la reforma laboral 2012 que afectan a los contratos de trabajo y al despido. La reforma de 2012 tiene un mayor impacto en la regulación de la extinción del contrato de trabajo que en contratación laboral. Mientras que permanece prácticamente intacto el modelo de contratos temporales, salvo el matiz de la recuperación del límite del art. 15.5 ET en los encadenamientos contractuales con el mismo trabajador, se transforma sustancialmente el régimen jurídico de los despidos, facilitando la extinción y reduciendo los costes. El cambio normativo tiene así, cierta asimetría, porque las transformaciones en la extinción del contrato de trabajo no se aprovechan para impulsar la contratación indefinida. Por ello, quizás la apuesta del contrato indefinido único, integrado en estas nuevas reglas extintivas, habría sido más equilibrada y transformadora que la opción de la reforma.

Palabras clave: Contratación laboral, Despido, Empleo temporal, Costes extintivos, Contrato indefinido único

Abstract This analysis is dedicated to the 17 measures of the 2012 labor reform that affect employment contracts and dismissal. The reform of 2012 has a greater impact on the regulation of termination of the employment contract than in hiring. While the model of fixed-term contracts remains virtually intact, unless recovery art. 15.5 ET limit in contractual chains with the same worker, the normative layoffs change facilitating extinction and reducing costs. The normative changed has some asymmetry, because the changes in termination of the employment contract are not used to promote open-ended contracts. So perhaps the bet single contract integrated on these new rules, would have been more balanced and transformative reform option.

Keywords: Hiring, firing, temporary employment, Severance Pay, single open-ended labour contract

SUMARIO: I. OBJETIVO DE LA REFORMA 2012 EN CONTRATACIÓN LABORAL Y DESPIDO; II. MEDIDAS EN CONTRATACIÓN LABORAL; 1. Reanudación del límite al encadenamiento de contratos temporales del art. 15.5 ET; 2. Derogación del contrato de fomento de la contratación indefinida; 3. Creación de un nuevo contrato indefinido en empresas de menos de 50 trabajadores; 4. Nueva regulación del contrato

* El presente texto se corresponde con el contenido (actualizado con la Ley 3/2012) de mi intervención en el Foro de debate sobre la reforma laboral celebrado el jueves, 8 de marzo de 2012 y organizado por la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

para la formación y aprendizaje; 5. Admisión de horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial; 6. Regulación del trabajo a distancia; III. MEDIDAS EN DESPIDO; 1. Reducción de la indemnización del despido improcedente; 2. Eliminación del despido exprés suprimiendo los salarios de tramitación; 3. Flexibilización del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; 4. Supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos; 5. Nuevo despido por falta de adaptación del trabajador; 6. Nuevo despido por absentismo; 7. Nuevo papel y sistema de pago del FOGASA en despidos procedentes de empresas de menos de 25 trabajadores; 8. Admisión del despido por causas empresariales en el sector público; 9. Reglas específicas de despido en sector financiero con ayudas públicas; 10. Encarecimiento del despido de trabajadores de más de 50 años y eliminación de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa; IV. VALORACIÓN DE LA REFORMA 2012 EN CONTRATACIÓN LABORAL Y DESPIDO.

I. OBJETIVO DE LA REFORMA 2012 EN CONTRATACIÓN LABORAL Y DESPIDO

La dualidad laboral entre fijos y temporales, con una alta tasa de temporalidad, es una característica esencial del mercado de trabajo español desde que en los años 80 se apostara por esta vía de contratación para crear empleo. La dualidad laboral está originada por la habitual utilización empresarial de contratos temporales flexibles, sobre todo los contratos de obra y eventual del art. 15.1.a y b ET, que facilitan los ajustes rápidos de empleo en situaciones económicas difíciles. En sentido inverso, la persistente dualidad laboral muestra la escasa contratación laboral indefinida, a pesar de los múltiples esfuerzos realizados por las reformas laborales desde 1994 para incentivar estos contratos de trabajo. Desde hace muchos años, las tasas de temporalidad han oscilado en tiempos de bonanza entre un 30 a un 35 por 100 y en momentos de crisis entre un 25 y 30 por 100, siendo cada mes frecuente que en torno a un 93 por 100 de los nuevos contratos sean temporales. Esta tendencia afecta especialmente a los jóvenes, encerrados a veces en dramáticos circuitos de precariedad laboral con un alto desempleo.

La reforma laboral de 2012 (decreto-ley 3/2012 y ahora ley 3/2012), tiene, como consta en la exposición de motivos de ambas normas jurídicas, el objetivo esencial de reducir esta dualidad laboral e incentivar un empleo más estable. En este objetivo coincide claramente con sus antecesoras, las reformas laborales de 2006 (ley 43/2006) y de 2010 (ley 35/2010), que caminaban en la misma dirección. De nuevo, este cambio normativo intenta sentar las bases para una mayor contratación indefinida y un empleo más estable, con la expectativa de mejorar las posibilidades especialmente de los jóvenes.

La reforma, al igual, por cierto, que las anteriormente mencionadas, intenta lograr este objetivo sin apenas modificar las causas y las reglas de la contratación temporal del art.15 ET. Ni el decreto-ley 3/2012 ni la ley 3/2012 alteran el contrato de obra del art.15.1.a ET

y el contrato eventual del art.15.1.b ET, como tampoco encarecen el coste económico de la utilización fraudulenta de ambas modalidades contractuales, intentando cambiar la tendencia empresarial hacia la temporalidad mediante reglas que dejan prácticamente intactas las estructuras del modelo temporal.

Desde este punto de partida, la superación de la dualidad laboral y el incentivo a los contratos indefinidos se efectúa con reformas en el sistema de contratación y despido, en la entrada y salida de la relación contractual de trabajo.

Los cambios normativos en la *contratación laboral* afectan al encadenamiento de contratos temporales, a la contratación indefinida con una nueva modalidad contractual dirigida a empresas de menos de 50 trabajadores, al contrato de formación y aprendizaje, al trabajo a tiempo parcial y al trabajo a distancia.

Las transformaciones en el *despido* inciden tanto en la indemnización y procedimiento del despido improcedente como en el despido procedente, modificando las causas empresariales del despido, los despidos colectivos, el despido objetivo por falta de adaptación y absentismo, el papel del Fondo de Garantía Salarial en el pago de las indemnizaciones, algunas reglas específicas dirigidas al sector público y financiero y los despidos de trabajadores de más de 50 años.

La ley 3/2012 mantiene prácticamente, con algunos matices y mejoras técnicas, las operaciones jurídicas efectuadas por el decreto-ley 3/2012 en contratación y despido, como será subrayado. Destacan, en cualquier caso, algunas novedades significativas de la ley 3/2012 en algunas materias relacionadas con la contratación y despido, lo que también será mencionado en este análisis.

La suma de todos estos intensos cambios normativos en *contratos y despido* – un total de 17 medidas – está dirigida a potenciar la contratación indefinida, limitando la rotación de contratos temporales, racionalizando y reduciendo el coste del despido e incentivando económicamente la utilización de esta vía contractual. El tiempo y los hechos dirán si, de nuevo, es una reforma fallida en el objetivo de la reducción de la dualidad laboral o si, por el contrario, sienta por fin las bases de un generalizado empleo estable, sobre todo cuando comience al fin el imprescindible crecimiento económico para ello.

En este análisis presento las medidas adoptadas por la reforma laboral 2012 (decreto-ley 3/2012 y ley 3/2012) en contratación laboral y despido, con una valoración final de sus efectos y riesgos.

II. MEDIDAS EN CONTRATACIÓN LABORAL

Como ha sido anticipado, los cambios normativos de la ley 3/2012 – con continuidad respecto al decreto-ley 3/2012 que lo antecede – en la *contratación laboral* afectan al en-

cadena de contratos temporales, a la contratación indefinida con la eliminación del contrato de fomento anterior y la creación de una nueva modalidad contractual dirigida a empresas de menos de 50 trabajadores, al contrato de formación y aprendizaje, al trabajo a tiempo parcial y al trabajo a distancia.

1. Reanudación del límite al encadenamiento de contratos temporales del art.15.5 ET

La reforma de 2006 (ley 43/2006) introdujo un novedoso *límite al encadenamiento de los contratos temporales* con un mismo trabajador en el art.15.5 ET, luego mejorado en la reforma de 2010 (ley 35/2010). En la versión 2006 del art.15.5 ET, el trabajador que superara 24 meses en 30 meses de utilización sucesiva de contratos temporales de obra o/y eventual en una misma empresa y en un mismo puesto de trabajo se convertía automáticamente en fijo. Tras la reforma de 2010, en virtud de un reformado art.15.5 ET, operaba la misma consecuencia jurídica en los encadenamientos con un primer contrato firmado tras el 18 de Junio de 2010 (DT 2ª ley 35/2010) en la misma empresa o grupo empresarial y en cualquier puesto de trabajo, siendo aplicable el límite también a las subrogaciones contractuales entre distintas empresas. Pese a ello, con posterioridad, el art.5 del decreto-ley 10/2011 suspendió durante dos años, desde el 31 de Agosto de 2011, la aplicación del art.15.5 ET, al entender que esta medida estaba incentivando durante la crisis no renovaciones de temporales más que conversiones a fijos. El art.17.1 de la ley 3/2012 no deroga esta suspensión pero sí adelanta la recuperación del art.15.5 ET, que de estar prevista para el 31 de Agosto de 2013 pasa a serlo el 1 de Enero de 2013. La suspensión del art.15.5 ET opera, así, en encadenamientos contractuales desde el 31 de Agosto de 2011 hasta el 31 de Diciembre de 2012. La novedad de la ley 3/2012 en esta medida es la aclaración, en el art.17.2, de los efectos de la suspensión y de la reanudación del límite del art.15.5 ET. El tiempo de contratos temporales transcurrido entre el 31 de Agosto de 2011 y el 31 de Diciembre de 2012 queda excluido del cómputo del plazo de 24 meses en 30 meses, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas. El cómputo de trabajo temporal se corresponde, entonces, con los períodos anteriores al 31 de Agosto de 2011 y posteriores al 31 de Diciembre de 2012. El art.17.2 de la ley 3/2012 confirma así la irretroactividad del art.5 del decreto-ley 10/2011 y asocia la suspensión del art.15.5 ET entre estas fechas a una exclusión del cómputo de contratos temporales. La opción de la ley 3/2012 tiene gran trascendencia en el cálculo de 24 meses de contratos temporales en 30 meses para aplicar la conversión a fijo del trabajador prevista en el resuscitado art.15.5 ET a partir del 1 de Enero de 2013.

2. Derogación del contrato de fomento de la contratación indefinida

La reforma de 1997 (ley 63/1997) creó un *contrato de fomento de la contratación indefinida* con un coste de despido objetivo improcedente de 33 días de salario/año con un máximo de 24 mensualidades para una serie de colectivos de desempleados. Este contrato fue confirmado y renovado en las reformas de 2001 (ley 12/2001), así como en las reformas de 2006 (ley 43/2006), 2010 (ley 35/2010) y 2011 (decreto-ley 10/2011), que ampliaron sustancialmente su utilización entre desempleados, con también sucesivos planes de conversión de temporales a fijos a través de esta modalidad, sobre el eje de la DA 1ª de la ley 12/2001, continuamente reformada. En coherencia con la generalización del despido improcedente a 33 días de salario/año con máximo 24 mensualidades del decreto-ley 3/2012 y ahora de la ley 3/2012 (nuevo art.56.1 ET), queda expresamente derogada, desde el 12 de Febrero de 2012, la DA 1ª ley 12/2001. La reforma elimina, así, de nuestro ordenamiento laboral este contrato de fomento de la contratación indefinida. Los contratos de fomento de la contratación indefinida suscritos con anterioridad permanecen vigentes y se rigen por la normativa anterior (DT 6ª ley 3/2012), bien que calculándose su indemnización por despido disciplinario improcedente conforme a la DT 5ª.2 ley 3/2012.

3. Creación de un nuevo contrato indefinido en empresas de menos de 50 trabajadores

En contrapartida a esta opción y con la intención de animar la contratación indefinida, el art. 4 del decreto-ley 3/2012 creó un nuevo *contrato indefinido de apoyo a los emprendedores*, confirmado con algunos matices en el art.4 de la ley 3/2012. El contrato está dirigido exclusivamente a empresas de menos de 50 trabajadores. Es un contrato escrito, indefinido y a tiempo completo, con la particularidad de tener un período de prueba de un año, sujeto por tanto durante este tiempo a una extinción unilateral del empresario sin ninguna indemnización, lo que, en la práctica, puede ejercer las funciones de un contrato temporal. La ley 3/2012 confirma esta opción con dos límites reforzados. El art.4.3 declara que no se puede suscribir este período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación. El art.4.6 impide que se pueda concertar este contrato en empresas que, en seis meses anteriores, hayan adoptado decisiones extintivas improcedentes en puestos del mismo grupo profesional y para el mismo centro de trabajo que el contratado, a partir de la entrada en vigor de la ley, el 8 de Julio de 2012. Como prevé el art.4.4, en contrataciones de desempleados, es posible, por esta vía, compatibilizar salario y el 25 por 100 de la cuantía de la prestación de desempleo que venía recibiendo el recién contratado con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de recibir. Esta nueva modalidad contractual tiene importantes incentivos fiscales y económicos previstos en el art.4 de la ley 3/2012. Este contrato inde-

finido podrá suscribirse hasta que la tasa de paro quede reducida a un 15 por 100 conforme a la nueva DT 9ª ley 3/2012. Queda así configurado definitivamente como un contrato de crisis económica.

4. Nueva regulación del contrato para la formación y aprendizaje

La reforma de 2010 (ley 35/2010) modificó el contrato para la formación del art.11.2 ET, luego cambiado sustancialmente por la reforma de 2011 (decreto-ley 10/2011), que lo pasa a denominar contrato para la formación y el aprendizaje. El art.2 del decreto- ley 3/2012 cambió de nuevo la regulación del *contrato para la formación y aprendizaje* (art.11.2 ET), confirmada ahora con matices en el art.2 de la ley 3/2012, en un intento de incentivar esta modalidad contractual entre jóvenes sin titulaciones académicas de ningún tipo ni certificados de profesionalidad. El contrato está dirigido a este segmento de trabajadores sin titulación o certificado de profesionalidad para firmar un contrato en prácticas con una edad entre 16-25 años (art.11.2.a ET), aunque hasta que no se reduzca la tasa de paro al 15 por 100, es posible suscribir el contrato con trabajadores de hasta 30 años (DT 9ª ley 3/2012). La novedad de la ley 3/2012 es que expresamente admite la firma del contrato en personas que cursen formación profesional del sistema educativo, buscando una formación dual que combine la actividad laboral retribuida con esta enseñanza externa. La duración del contrato oscila conforme lo pactado entre 1 y 3 años máximo pero, mediante convenio colectivo, se pueden establecer duraciones distintas entre 6 meses y 3 años (art.11.2.b ET). La ley 3/2012 incorpora expresamente la posibilidad de dos prórrogas de seis meses con esta duración máxima (art.11.2.b ET). Matizando al decreto-ley 3/2012, la ley establece que esta duración máxima opera en la misma o distinta empresa, salvo que la formación de un nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional (art.11.2.c ET). El gran cambio respecto a la regulación anterior, tanto del decreto-ley 3/2012 como ahora de la ley 3/2012, es que, a diferencia del decreto-ley 10/2011, la formación teórica del aprendiz se puede impartir en un centro formativo oficial o también en la propia empresa si tiene medios y personal adecuados, sin perjuicio de una posible alternancia entre ambas vías (art.11.2.d ET). En este caso, como precisa la ley 3/2012, la importación de la formación debe justificarse a la finalización del contrato (art.11.2.d ET). El tiempo de trabajo efectivo no puede ser superior al 75 por 100 el primer año y al 85 por 100 el segundo y tercer año de la jornada máxima del convenio colectivo (art.11.2.f ET). La retribución del trabajador se fija en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con el convenio colectivo, pero nunca en cuantía inferior al salario mínimo en proporción a dicho tiempo (art.11.2.g ET). El trabajador que recibe formación teórica con este contrato puede solicitar a la Administración Pública un certificado de profesionalidad o título de formación profesional en el marco de la ley 5/2002 (art.11.2.e ET y DT 7ª y 8ª decreto-ley 3/2012).

5. Admisión de horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial

La contratación a *tiempo parcial*, subrayada en la exposición de motivos, del decreto-ley 3/2012 y de la ley 3/2012, como una vía esencial para reactivar el empleo, no tiene, sin embargo, apenas cambios normativos. Las modalidades contractuales a tiempo parcial del art.12 ET, incluyendo los fijos discontinuos del art.15.8 ET, no han sido modificadas. La única reforma (art. 5) es la admisión de las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, antes prohibidas, salvo las de fuerza mayor (art.12.4.c ET). El número de horas extraordinarias máximo se mide en proporción a la jornada pactada. Con la nueva regla, es compatible la realización de horas extraordinarias acordadas con el pacto de horas complementarias, a disposición de la empresa, del art.12.5 ET. La suma de horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no puede exceder el límite legal de trabajo a tiempo parcial del art.12.1 ET, alcanzando una jornada a tiempo completo. La medida ofrece nuevas posibilidades en la distribución de horas en el trabajo a tiempo parcial, insistiendo la norma que estas horas cotizan a la seguridad social y se tienen en cuenta para las bases reguladoras de las prestaciones (DF 5ª ley 3/2012 con nueva DA 7.3 LGSS).

6. Regulación del trabajo a distancia

El art.13 ET regulaba el trabajo a domicilio desde el ET de 1980, siendo un precepto claramente desfasado e inadaptado a la realidad social vigente. El art. 6 del decreto-ley 3/2012 puso fin a este desfase, como también recibe ahora el art.6 de la ley 3/2012. El nuevo art.13 ET reconoce el *trabajo a distancia* como una forma de prestación laboral asociada en parte al uso de las nuevas tecnologías. El renovado precepto define el trabajo a distancia como aquél en que la prestación laboral se efectúa de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en lugar elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. El acuerdo de trabajo a distancia debe ser por escrito dentro del contrato de trabajo, inicial o durante su desarrollo (art.13.2 ET), por lo que la norma no consagra una modalidad contractual específica, sino un pacto que puede alcanzarse en cualquier tipo de contrato de trabajo. El trabajador a distancia tiene, en la línea de lo orientado por el acuerdo social europeo de teletrabajo, los mismos derechos laborales salvo los inherentes a la presencia en el puesto de trabajo, con un mínimo de la retribución total de su grupo profesional (art.13.3 ET). Se reconoce el derecho de estos trabajadores a ser informados de vacantes en la empresa (art.13.3 ET) y se subraya su derecho a la salud laboral y a la representación colectiva (arts.13.4 y 5 ET). La ley 3/2012 adapta la regulación laboral en algún aspecto a la presencia del trabajo a distancia. Así, se incorpora esta denominación a la exigencia de forma escrita del art.8.2 ET y a la infracción administrativa del art.6.5 LISOS por falta de información empresarial de vacantes.

III. MEDIDAS EN DESPIDO

Como ha sido anticipado, las transformaciones en el *despido* inciden tanto en el despido improcedente como en el despido procedente, modificando profundamente las causas empresariales de despido, los despidos colectivos, el despido objetivo por falta de adaptación y absentismo, el papel del Fondo de Garantía Salarial en el pago de las indemnizaciones y la ordenación extintiva del sector público y financiero.

1. Reducción de la indemnización del despido improcedente

El despido improcedente en nuestro ordenamiento estaba fijado en una indemnización de 45 días de salario/año con un máximo de 42 mensualidades. A pesar de que prácticamente todas las reformas laborales desde el ET de 1980 han incidido, en mayor o menor medida, en la extinción del contrato de trabajo, esta indemnización de referencia ha permanecido intacta. El art.18.7 del decreto-ley 3/2012 y ahora de la ley 3/2012 pone fin a este tabú y, en una nueva redacción del art.56.1 ET, *reduce la indemnización del despido improcedente* a 33 días salario/año con un máximo 24 mensualidades. La nueva indemnización se corresponde con la antes existente en los, por ello, ahora derogados contratos de fomento de la contratación indefinida (DA 1ª ley 12/2001). Este cambio normativo implica conservar derechos adquiridos de contratos indefinidos anteriores de 45 días salario/año, pero aplicando a partir de la entrada en vigor de la norma (12 Febrero 2012) los 33 días salario/año, sin que el importe resultante sea superior a 720 días de salario, salvo que anteriormente fuera superior, aplicándose entonces esa cuantía con 42 mensualidades de tope máximo (DT 5ª decreto-ley 3/2012 y ahora mantenida en idénticos términos por la DT 5ª ley 3/2012). En contratos de fomento de la contratación indefinida se aplica en los despidos objetivos improcedentes la indemnización de la DA 1ª ley 12/2001, 33 días de salario/año máximo 24 mensualidades, pero en sus despidos disciplinarios, al estar también sujetos a 45 días de salario/año, este mismo sistema escalonado (DT 5 y 6ª ley 3/2012).

2. Eliminación del despido exprés suprimiendo los salarios de tramitación

La ley 45/2002 consagró, a través del art.56.2 ET, un sistema extintivo donde el empresario podía reconocer la improcedencia del despido y poner a disposición del trabajador la indemnización de, según el contrato indefinido, 45 o 33 días de salario/año, con la consecuente paralización de los salarios de tramitación y ruptura unilateral del vínculo laboral. El sistema de la ley 45/2002, confirmado luego claramente en las reformas de 2006 y 2010, consagraba en nuestro ordenamiento un despido libre pagado o, en otra terminología más

común, un despido exprés. El art.18.8 del decreto-ley 3/2012 y ahora de la ley 3/2012 ponen fin a este sistema extintivo porque el nuevo art.56.2 ET, elimina el reconocimiento directo de la improcedencia del despido y los salarios de tramitación en las sentencias de despido improcedente donde se opte por la indemnización. Los salarios de tramitación, desde la fecha de despido hasta la de la sentencia, sólo permanecen en sentencias de despido improcedente con la opción empresarial por la readmisión y en los despidos de los representantes de los trabajadores que optan por readmisión o indemnización (art.56.2 y 56.4 ET). En estos casos, cuando transcurran más de 60 días hábiles desde la fecha de la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de salarios de tramitación en el tiempo que exceda de dicha fecha (art.57.1 ET). Esta importante depuración de los salarios de tramitación permite eliminar el despido libre pagado y recuperar la causa extintiva porque el despedido puede impugnar judicialmente la decisión empresarial si entiende que es improcedente, optando la empresa, salvo en los representantes de los trabajadores, por la readmisión con salarios de tramitación o la rebajada indemnización del despido improcedente sin dichos salarios (arts 56.1 y 56.2 ET). La DF 11ª ley 3/2012 adapta las exenciones fiscales de las indemnizaciones de despido a este nuevo sistema con un nuevo art.7.e de la ley 35/2006 del IRPF y una nueva DT 22ª que salvaguarda la exenciones fiscales de indemnizaciones de despidos exprés en este período transitorio pero que, leída en sentido contrario, las excluye a partir de la entrada en vigor de la ley, el 8 de Julio 2012. Tanto laboralmente como fiscalmente queda desactivado el despido exprés, en un nuevo escenario jurídico, bien distinto al protagonizado en los últimos años.

3. Flexibilización del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

La dualidad laboral marcada por la enorme brecha entre el coste extintivo de los trabajadores temporales (8 días salario/año) y los trabajadores fijos con un despido libre pagado (45 días salario/año) exigió a la reforma laboral de 2010 (ley 35/2010) redefinir la vía intermedia extintiva de los despidos por causas empresariales de los arts.52.c y 51 ET con una indemnización de referencia de 20 días salario/año con un máximo 12 mensualidades para incentivar la contratación indefinida y racionalizar su coste extintivo. Con tal finalidad, la reforma laboral de 2010 incorporó a la causa económica de estos despidos la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de ingresos que pudieran afectar a la viabilidad de la empresa o al empleo, así como los cambios organizativos, productivos o técnicos razonables para favorecer la posición competitiva o en el mercado de la empresa. En la misma línea, pero dando un paso hacia delante, el art.18.3 del decreto-ley 3/2012 dió una nueva redacción al art.51.1 ET que asociaba las causas económicas a la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de ingresos o ventas, entendida en todo caso si se producen durante tres trimestres consecutivos, y eliminaba el juicio de razonabilidad en los cambios técnicos, organizativos o productivos de la empresa. De

igual modo, las causas técnicas quedaban como cambios en medios o instrumentos de producción, las organizativas como cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo y modo de organizar la producción y las productivas como cambios en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. El art.18.3 ley 3/2012 precisa más ahora la redacción de la causa económica del art.51.1 ET y la define como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución de ingresos ordinarios o ventas, entendida en todo casos si se produce en tres trimestres consecutivos comparado con el registrado en el mismo trimestre del año anterior. Las causas organizativas, técnicas y productivas quedan redactadas igual. El giro normativo de la reforma 2012 desplaza un juicio valorativo sobre la adecuación, razonabilidad y finalidad del despido hacia un juicio fáctico de la causa económica, técnica, organizativa o de producción, pero sin eliminar un papel del juez en la constatación de fondo de la procedencia o no del despido que puede recuperar estos criterios. El nuevo despido por causas empresariales de los arts.52.c y 51 ET otorga más flexibilidad y certidumbre a esta medida extintiva con la indemnización de referencia de 20 días salario/año con un máximo de 12 mensualidades (art.53.1 y 51.4 ET), pero no descarta un control judicial de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de las medidas extintivas adoptadas. La eliminación, antes comentada, del despido libre pagado convierte ahora este despido por causa empresarial en el eje central del sistema, pues la empresa normalmente lo utilizará y el trabajador podrá impugnarlo judicialmente con el estímulo, si es improcedente, de alcanzar una indemnización de 45/33 días salario/año o, si es nulo, la readmisión con salarios de tramitación. Técnicamente, la reforma 2012 recupera la causalidad antes perdida del despido, bien que clarificando la causa empresarial (arts.51.1 y 52.c ET) y rebajando sustancialmente la indemnización del despido improcedente al bajar su cuantía (art.56.1 ET) y eliminar los salarios de tramitación (art.56.2 ET).

4. Supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos

La directiva europea 98/59 obliga en los despidos colectivos por motivos no inherentes a la persona del trabajador, en nuestra terminología causa empresarial, a abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo para evitar despidos o/y pactar sus indemnizaciones. La proyección de esta exigencia europea se articulaba en nuestro ordenamiento laboral a través de los expedientes de regulación de empleo del art.51 ET con un período de consultas y sujetos a una autorización administrativa, esencial en caso de desacuerdo. El art.18.3 del decreto-ley 3/2012, confirmado ahora por la ley 3/2012, transforma sustancialmente los expedientes de regulación de empleo porque *elimina la autorización administrativa en los despidos colectivos*. Es una solución compatible con la directiva europea 98/59, que no exige tal autorización administrativa. Ahora, en los despidos por causas empresariales que superan el umbral del art.51.1 ET, la empresa debe enviar un escrito a los representantes de los trabajadores, y copia a la autoridad laboral, con las causas del despido, el número y clasificación profesional de los afectados, el período para los despidos y los criterios

de designación (art.51.2 ET). Se abre entonces un período de consultas con los representantes de los trabajadores con una duración máxima de 30 días o 15 días en empresas de menos de 50 trabajadores, con vistas a firmar un acuerdo para evitar, reducir despidos y articular planes sociales con recolocaciones, formación y empleabilidad, o/y pactar indemnizaciones sobre 20 días salario/año con máximo 12 mensualidades (arts.51.2 y 51.10 ET). Si hay acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se aplica tal cual y la autoridad laboral sólo puede impugnarlo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art.51.6 ET). La gran novedad de la reforma 2012 es que, al eliminar la autorización administrativa, si no hay acuerdo, decide la empresa, que remite a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final del despido colectivo y sus condiciones (art.51.2 ET). Luego, la empresa notifica individualmente los despidos a cada afectado poniendo a sus disposición 20 días de salario/año con un máximo de 12 mensualidades en un plazo de preaviso de 15 días hasta la extinción (art.51.4 y 53.1 ET) pero, como mínimo, deben haber pasado 30 días desde la fecha de comunicación de apertura de consultas a la fecha de los efectos del despido. Las novedades de la ley 3/2012 en este procedimiento se centran en una mayor garantía de las consultas, pues junto a la comunicación debe presentarse la documentación reglamentaria del despido colectivo, y un mayor papel de la autoridad laboral, que puede a petición conjunta mediar y a instancia de parte asistir durante las negociaciones (art.51.2 ET). La ley 3/2012 transforma sustancialmente, respecto al decreto-ley 3/2012, el procedimiento de impugnación de despidos colectivos del art.124 LJS. Quedan aclarados los motivos de la demanda : falta de causa, incumplimiento de las consultas o de la entrega de la documentación, fraude, abuso de derecho, coacción o dolo, vulneración de los derechos fundamentales y, en un plano exclusivamente individual, la inaplicación de reglas de preferencia legales y convencionales (art.124.2 LJS). Junto a las ya reconocidas demandas individuales, de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral (art.51.6 y 124.1 y 124.13 LJS), se inaugura una posible demanda declarativa por parte de la empresa para que una sentencia declare el despido ajustado a derecho con eficacia de cosa juzgada en los procesos individuales (art.124.4 LJS). Esta posibilidad novedosa puede utilizarla la empresa si no ha existido demanda de la autoridad laboral o de los representantes de los trabajadores (art.124.4 LJS). El proceso es urgente y prioritario salvo respecto a tutela de derechos fundamentales (art.124.8 LJS). El juez declarará los despidos ajustado a Derecho o no ajustados a Derecho por falta de causa o nulos por incumplimiento de consultas o entrega de documentación o vulneración de derechos fundamentales (art.124.11 y 13 LJS). Los despidos colectivos ya iniciados a 12 febrero 2012 se rigen por la normativa anterior (DT 10ª ley 3/2012). Este giro exige sólo la autorización administrativa a los despidos por fuerza mayor (art.51.7 ET)

5. Nuevo despido por falta de adaptación del trabajador

El art.18.4 ley 3/2012 reforma *el despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo* (art.52.b ET). El empresario debe

ofrecer en estos casos un curso para la adaptación del trabajador. Durante la formación, el contrato queda en suspenso y el empresario abona el salario medio que viniera percibiendo el trabajador. La extinción, con 20 días de salario máximo 12 mensualidades (art.53.1 ET), puede ser acordada como mínimo en dos meses desde la modificación técnica o desde que finalizó la formación, teniendo como razón la falta de adaptación del trabajador.

6. Nuevo despido por absentismo

El art.18.5 ley 3/2012 reforma el despido objetivo por absentismo justificado con una nueva redacción respecto al decreto-ley 3/2012(art.52.d ET). Se elimina la anterior ratio media de absentismo de toda la plantilla. Cuenta, a estos efectos, sólo el absentismo justificado individual de cada trabajador. El despido puede proceder por faltas justificadas e intermitentes que alcancen el 20 por 100 de jornadas hábiles en 2 meses consecutivos y como novedad legal el 5 por 100 de jornadas en los doce meses anteriores, o 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un período de 12 meses. No computan huelgas, actividades de representación de trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante embarazo, lactancia, enfermedades derivadas de embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente común con baja médica oficial de más de 20 días consecutivos y las bajas médicas motivadas por situaciones físicas o psíquicas derivadas de violencia de género. Se añade a la ausencia de cómputo las bajas por tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. La indemnización es de 20 días de salario/año con máximo 12 mensualidades (art.53.1 ET).

7. Nuevo papel y sistema de pago del FOGASA en despidos procedentes de empresas de menos de 25 trabajadores

La reforma 2012 recupera, tras los cambios de la ley 35/2010 y del decreto-ley 10/2011, el antiguo papel del Fogasa en el pago de indemnizaciones exclusivamente en despidos procedentes por causas empresariales de empresas de menos de 25 trabajadores (art.33.8 ET). En estos casos, el Fogasa cubre 8 días de salario/año prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. La novedad de la ley 3/2012 es que cambia el sistema respecto al decreto-ley 3/2012, si antes el empresario se resarcía en el Fogasa, ahora es este organismo quien debe pagar dicha cuantía a los trabajadores. Por tanto, la empresa puede restar en el pago de 20 días los 8 días, quedando la indemnización en 12 días salario/año.

8. Admisión del despido por causas empresariales en el sector público

La reforma 2012 incorpora reglas específicas extintivas en el sector público. Se consagra la admisión expresa de despidos por causas empresariales en el sector público (DA 2ª decreto-ley 3/2012 y ahora ley 3/2012 y DA 20ª ET) donde la causa económica se asocia a la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, durante tres trimestres consecutivos, la causa técnica a los cambios en medios o instrumentos de la prestación del servicio público y la causa organizativa a los cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. La novedad de la ley 3/2012 es la proclamación en estos casos de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo.

9. Reglas específicas de despido en sector financiero con ayudas públicas

La reforma establece reglas específicas de despido en entidades de crédito participadas mayoritariamente o apoyadas por el fondo de reestructuración ordenada bancaria (DA 7ª ley 3/2012). Los directivos sancionados en el marco de la ley 26/1988 de disciplina e intervención de entidades de crédito pueden ser despedidos de manera disciplinaria sin indemnización. A su vez, el fin de contrato de trabajo en estas entidades financieras no puede dar lugar a indemnizaciones que excedan dos veces las bases máximas del decreto-ley 2/2012 de saneamiento del sector financiero o dos años de remuneración fija estipulada.

10. Encarecimiento del despido de trabajadores de más de 50 años y eliminación de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa

La reforma 2012 encarece el coste de los despidos colectivos de trabajadores de más de 50 años en grandes empresas con beneficios (DF 4.1 ley 3/2012 y DA 16ª ley 27/2011). En la línea del decreto-ley 3/2012, pero con mayor radio de acción, las empresas de más de 100 trabajadores, con beneficios en dos años consecutivos, que despiden colectivamente a trabajadores de más de 50 años, deben realizar una aportación económica al Tesoro Público medida en cuantía anual, teniendo en cuenta las prestaciones de desempleo de estos trabajadores, sus cotizaciones durante desempleo y los subsidios de prejubilación a partir de 52 años. Es una medida claramente desincentivadora de prejubilaciones en este tipo de empresas. Hay que destacar, en este sentido, la novedad de la ley 3/2012 (DF 4.2) que, en una nueva DA 10ª ET, declara nulas y sin efecto las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, cualquiera sea su extensión y alcance, con un régimen transitorio previsto en la DT 15ª.

IV. VALORACIÓN DE LA REFORMA LABORAL 2012 EN CONTRATACIÓN LABORAL Y DESPIDO

Del análisis de este conjunto de medidas de la reforma laboral 2012 se deduce la mayor intensidad del cambio normativo en despido que en contratación laboral. Mientras que permanece prácticamente intacto el modelo de contratos temporales, salvo el matiz de la recuperación del límite del art. 15.5 ET en los encadenamientos contractuales con el mismo trabajador, se transforma sustancialmente el régimen jurídico de los despidos, facilitando la extinción y reduciendo los costes. La novedad más importante en relación con la contratación laboral, el contrato indefinido con período de prueba de un año en empresas de menos de 50 trabajadores, es, en realidad, también, una medida que incide sobre todo en el despido, exento durante ese año a las reglas generales y sujeto a la singularidad de una aparente prueba del trabajador. De facto, además, este contrato puede hacer las funciones de un contrato temporal de un año, consolidando el modelo de temporalidad intacto en sus estructuras jurídicas.

Las importantes operaciones jurídicas del despido, reducción de la indemnización de la improcedencia a 33 días salario/año, eliminación de los salarios de tramitación, supresión de la autorización administrativa en los ERES, flexibilización de las causas empresariales extintivas, nuevas causas por absentismo y falta de adaptación, contrastan con la timidez de medidas en la contratación, limitadas a este período de prueba de un año en un nuevo contrato indefinido, y sin cambios significativos ni en los contratos temporales ni en el trabajo a tiempo parcial. El resultado de la reforma tiene, así, cierta asimetría, porque la flexibilidad de salida carece de estímulos a una entrada, al menos, indefinida en la empresa. Resulta previsible, por tanto, la permanencia de la habitual utilización de contratos temporales, sin que las nuevas reglas de despido se hagan notar en el volumen de contratación indefinida, al menos que el nuevo contrato tenga implantación en el tejido empresarial, lo que, a la luz de los datos (39.300 contratos desde febrero a junio 2012) no parece vaya a ser así. El resultado de la reforma es una, seguramente necesaria, modernización y transformación del sistema de despido, antes excesivamente sostenido en el despido exprés con el coste indemnizatorio más alto y con un fuerte intervencionismo administrativo en el despido colectivo que encarecía aún más los costes, sin cambios sustanciales en el tipo de contratación. La flexibilidad laboral se acumula de esta manera sin previsión razonable de situar el contrato indefinido como eje cuando comience la creación de empleo.

Es conocido que el debate previo a la reforma estuvo protagonizado por la propuesta del contrato indefinido único, con un coste indemnizatorio creciente en función de la antigüedad que podía ser encajado técnicamente en el sistema de despido causal por razones inherentes o no a la persona del trabajador, así como en las exigencias europeas de los despidos colectivos. El rechazo a esta propuesta fue, desde distintos ámbitos ideológicos, visceral, ocultando los posibles efectos positivos de esta medida frente a otras alternativas

posibles. Está claro que la reforma laboral 2012 descarta la opción del contrato único y apuesta por esas otras alternativas, ocultas en el debate previo a su aprobación. Dado el resultado, expuesto en este análisis, la pregunta es si no hubiera sido mejor una opción más clara por la contratación indefinida, a través de este contrato único, con similares reglas de despido y sin ese inquietante contrato con un período de prueba de un año subvencionado con dinero público. Seguramente esta apuesta habría sido más eficiente en la ruptura de la dualidad laboral y generación de un empleo en principio fijo, más razonable en los equilibrios entre contratación y despido, más barata para el erario público, y más transformadora en las tendencias futuras del comportamiento empresarial. Esta misma reforma con un contrato indefinido único sería bien distinta a la articulada sobre las mismas bases de un modelo de temporalidad.

No era, al fin y al cabo, tan fiero el contrato único, como se presentaba en los debates previos, cuando, como se ha visto, sus alternativas se concentraban en flexibilizar el despido sin tocar la contratación temporal. Quien sabe si estas evidencias terminan por revitalizar la idea del contrato único, ya inmerso en un nuevo sistema de despido, y esta reforma es otra estación más hacia la definitiva transformación de la relación laboral en España, que tendrá que ir unida a cambios profundos en un modelo productivo que necesita recuperar el valor social del trabajo y la productividad imprescindible del capital humano, solo viable a través de contratos indefinidos.