

La devaluación de las garantías del empleo: el reducido control de la decisión unilateral del empresario

Jaime Cabeza Pereiro¹

Recibido: 23 de agosto de 2021 / Aceptado: 14 de febrero 2022

Resumen. Las reformas de 2010 y de 2012 han cambiado profundamente las reglas sobre protección del empleo. El efecto combinado de las dos consiste en una disminución de las garantías de las personas trabajadoras, que ahora están mucho más expuestas a decisiones extintivas del contrato, procedentes e improcedentes. En cuanto al despido disciplinario, las nuevas normativas han facilitado el despido improcedente, mediante una serie de cambios que, en términos generales, disminuyen la indemnización e incentivan que las empresas opten por la extinción del contrato y no por la readmisión. Por lo que respecta al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, las novedades han consistido en reducir la intensidad de las mismas y en remover garantías de procedimiento muy variadas. En este artículo, se desarrolla un comentario crítico de ambas reformas, centrado en el período transcurrido entre 2010 y 2019.

Palabras clave: despido, protección del empleo, indemnización, readmisión.

[en] Devaluation of employment guarantees: the reduced control of unilateral decision of the employer

Abstract. The 2010 and 2012 reforms have deeply changed the rules on employment protection. The combined effect of both reforms consists of a reduction in the guarantees of workers, who are now much more exposed to terminations of contracts, fair or unfair. Regarding disciplinary dismissal, the new legislation has eased unfair dismissal, through a series of changes that, broadly speaking, reduce compensation and encourage companies to opt for the termination of the contract and not for reinstatement. With regard to dismissal for economic, technical, organizational or production reasons, the novelties have consisted in reducing their intensity and in removing very varied procedural guarantees. In this article, a critical commentary on both reforms is developed, focusing on the period between 2010 and 2019.

Key words: Dismissal, employment protection, compensation, reinstatement.

Sumario: 1. Ideas iniciales. 2. El despido disciplinario en su evolución reciente. 2.1. El papel desviado del despido disciplinario y el debate consecuente del contrato único. 2.2. La indemnización o la readmisión como parte de la obligación alternativa en el despido improcedente. 2.3. Los salarios de tramitación como la otra parte de dicha obligación. 2.4 La doctrina del Tribunal Constitucional. 2.5. La jurisprudencia ordinaria. 2.6. Recapitulación. 3. El despido por causas objetivas y el despido colectivo. 3.1. El ámbito causal. 3.2. El ámbito del procedimiento, los actores y los efectos. 3.3 Recapitulación.

¹ Universidade de Vigo. Departamento de Dereito Público Especial.
Correo electrónico: jcabeza@uvigo.es

1. Ideas iniciales

El balance de las reformas laborales de la década que se inicia en 2010 y finaliza en 2019 justifica con creces el título de este estudio. Lo reproduzco tal y como se me ha sugerido no solo por lealtad con el encargo, sino porque lo asumo como propio. La expresión “devaluación” expresa muy bien la idea de pérdida de valor de las garantías del empleo. No solo en un sentido de descenso de la protección de las personas trabajadoras frente a las decisiones unilaterales de la empresa, extintivas y no extintivas. También en un entendimiento cualitativo en términos de técnica jurídica: las normas vigentes son comparativamente mucho más toscas que las que regían doce años atrás, sin que con este contraste quiera decirse, ni mucho menos, que lo anterior fuera un ejemplo de buena técnica jurídica.

A ambos significados dedicaré espacio suficiente. Pero probablemente porque ése es el objeto de análisis que se me ha pedido, quiero destacar el primero de ellos. Ya desde hace tiempo se ha utilizado la dualidad del mercado de trabajo como pretexto para disminuir cualitativa y cuantitativamente la protección frente al despido. Se ha expresado que la excesiva protección del contrato de trabajo constituía la primera explicación del exceso de temporalidad que existe en el sistema español de relaciones laborales. Y, pese a que hace tiempo que se intuía que esa relación causal no explicaba este funcionamiento anormal del mercado de trabajo, las reformas de 2010 y de 2012 apelaron a ella para insistir en el proceso de disminución de las garantías jurídicas frente al despido.

Sin embargo, la experiencia de la década que aquí se comenta ha constituido el gran desmentido frente a esa hipótesis. En realidad, las reformas no han servido para reducir el porcentaje de contratos temporales y solo las crisis de empleo han sido capaces de disminuirlo. Y, bien al contrario de lo que se había pronosticado, la extinción de contratos temporales e indefinidos han ido de la mano, sin que hayan funcionado como “vasos comunicantes”. La reciente crisis de la pandemia ha constituido, quizá, el mejor experimento, pues la pérdida de trabajo temporal no ha funcionado como debiera a modo de “parachoques” de la erosión de empleo estable, que se ha evitado más bien con los mecanismos extraordinarios puestos en marcha a partir del RD-Ley 8/2020, de 17 marzo². Es decir, la temporalidad sigue enquistada en el modelo interno muy a pesar de la progresiva desprotección frente al despido.

En consecuencia, la aproximación adecuada probablemente sea la contraria, la que no se ha ensayado suficientemente, y que consiste en proteger lo que no está suficientemente protegido. Es decir, reanudar el camino emprendido en la reforma de 2006 culminada con la Ley 43/2006, de 29 diciembre y volver la vista a cómo disminuir la temporalidad mediante un recorte de la denominada “flexibilidad de entrada”³. No debe ser muy difícil a este respecto alcanzar compromisos en la mesa de diálogo

² Resulta fácil comprobar, a la vista de las estadísticas del INE, que entre el primer trimestre de 2021 y el primer trimestre de 2021 se perdieron 176 mil empleos indefinidos (de 12.448 mil a 1.272 mil), en tanto que los contratos temporales se redujeron casi el doble, unos 310 mil (de 4.142 mil a 3.832 mil).

³ Alguna medida en este sentido se produjo en la reforma laboral de 2010, como fue, sobre todo, el establecimiento de un límite temporal máximo al contrato de obra y servicio. Al respecto, y con comentario también de la reforma de 2006, Alfonso Mellado, C., “Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales”, *Temas Laborales*, 107, 2010: 87 ss. Dicho sea de paso, se consolidó una evidencia de que los límites temporales tienden a ser más eficaces que los causales.

social para ese fin, seguramente con el establecimiento de las válvulas de escape que sean necesarias.

En otro orden de ideas, tiene poca explicación, más allá de las visiones interesadas y distorsionadas de la realidad, ese recurrente calificativo de “rígida”, en referencia a la normativa española de protección frente al despido. Indudablemente, el adjetivo no es comparativo, sino absoluto, y por lo tanto, legítimo si se formula como planteamiento teórico. Sin embargo, es inveraz cuando se pone en relación con otros modelos europeos, por muy heterogéneos que sean los términos de la comparación, pues cada sistema interno tiene una lógica propia en la regulación de esta materia. Ahora bien, la protección del despido puede considerarse como relativamente intensa, en relación con el Derecho español, en ordenamientos tan próximos como el italiano, el alemán, el neerlandés o el belga, por proponer solo cuatro ejemplos en los que sería difícilmente rebatible que existen no menores trabas a la extinción del contrato por voluntad de la parte empresarial que en aquél⁴.

Por otra parte, el análisis de la década que comienza en 2010 y termina en 2019 tiene una peculiaridad interesante. Con todos los matices y pequeñas reformas que han sucedido a lo largo de este período, puede expresarse, a grandes rasgos, que durante los primeros años de la misma se desarrolló una intensa fase legislativa, que tiene como mayores exponentes las Leyes 35/2010 y –sobre todo– 3/2012, con sus normas de urgencia previas respectivas –los RD-leyes 10/2010 y 3/2012–, y sin olvidar el profundo cambio de la legislación procesal introducido por la Ley 36/2011. En contraste, desde entonces, y pese a cambios normativos puntuales, hubo cierta estabilidad normativa, que permitió el desarrollo de cierta doctrina judicial, constitucional y ordinaria.

En cuanto a esta doctrina, los comentarios tienen que ser ambivalentes. Por lo que respecta a la producida por los órganos de la Jurisdicción ordinaria, su labor merece una valoración rodeada de matices, pero en términos generales, y como no podía ser de otro modo, coherente con su misión interpretativa del ordenamiento jurídico. En referencia a la del Tribunal Constitucional, solo puede calificarse como de apoyo militante a las reformas desreguladoras, tanto en referencia a las formas –uso abusivo de la inadmisión de cuestiones de constitucionalidad, más allá de las fronteras razonables de este recurso procesal–, como a los contenidos, caracterizados por una apelación forzada a la jurisprudencia anterior, que no se desconoce formalmente aunque se desatiende materialmente y por un vaciamiento del núcleo sustantivo de los derechos laborales.

2. El despido disciplinario en su evolución reciente

Hay varias perspectivas de análisis para ponderar su evolución entre los años 2010 y 2019, pero, sin duda, la relación entre la indemnización y la readmisión, con el trasfondo de los salarios de tramitación, constituye la más visible y relevante. No sin obviar, como planteamiento previo, un comentario del papel que ha desempeñado en el contexto genérico de las decisiones extintivas adoptadas por las empresas.

⁴ Un comentario descriptivo que puede servir de orientación, Bij de Vatte, V. (2017), “Achieving flexibility and legal certainty through procedural dismissal law reforms: The German, Italian and Dutch solutions”, *European Labour Law Journal*, 8(1): 5 ss.

2.1. El papel desviado del despido disciplinario y el debate consecuente del contrato único

Por una serie de motivos concatenados, cuya descripción exhaustiva ahora se hace superflua, el despido formalizado a través del art. 55 del ET ha perdido protagonismo, fundamentalmente porque el que se produce sin causa o por una causa no disciplinaria ha dejado de tramitarse, o al menos de tramitarse principalmente, como si lo fuera. A esta tendencia han contribuido, sin lugar a dudas, dos modificaciones legales que se han producido en las reformas de 2010 y de 2012: de un lado, el cambio en la calificación del despido informal por causas objetivas y, de otro, el nuevo régimen de los salarios de tramitación, que ha hecho desaparecer el conocido como “despido exprés”.

Las modificaciones son sobradamente conocidas y no requieren una amplia descripción: la reforma en dos fases de 2010 alteró la calificación del despido con defecto de forma amparado en las causas del art. 52 ET, que pasó a ser improcedente, y no nulo, como lo había sido hasta entonces⁵. Se recuperaba, con este cambio, la simetría de calificación entre el despido disciplinario y el objetivo, rota en 1994 cuando aquél transitó, cuando no se ajustaba a la forma legalmente establecida, de la nulidad a la improcedencia. Claro que esa nueva equiparación ya se producía al margen de la tutela real, la de la readmisión, que tenía precisamente en los asuntos formales su nervio central en la lógica del ET de 1980, solo más tarde alterada con la irrupción del despido radicalmente nulo. Sin duda, era una medida que servía para contrarrestar la afluencia al caudal del despido disciplinario de decisiones extintivas que tenían su explicación, más o menos justificada, en consideraciones empresariales bien alejadas de cualquier atisbo de incumplimiento por parte del trabajador.

Por su parte, la reforma de 2012 dio el estoque definitivo al despido exprés, que realmente “murió de éxito”, al quedar sobrepasado por una medida más benevolente con la empresa que despidе injustificadamente: ya no se trataba de reconocer la improcedencia del despido para evitar el devengo de salarios de tramitación, sino más bien de que éstos se evitaran con la propia opción posterior por la indemnización y no por la readmisión. Sobre este cambio habrá que desarrollar algo más la reflexión enseguida. Por ahora, basta con añadir que la parte empresarial dejó de tener una motivación para reconocer la improcedencia del despido y, al mismo tiempo, de recurrir a un régimen de despido previsto para su utilización ante determinadas causas a los efectos de producir una extinción del contrato al margen de la acreditación de cualquier motivo.

No son estos los únicos motivos por los que la empresa ha dejado de optar por las reglas del despido disciplinario como amparo formal de decisiones no basadas en hipotéticos incumplimientos producidos por el trabajador o la trabajadora. En paralelo, las reglas relativas al despido colectivo han sido profundamente modificadas, algunas de ellas de afectación directa también al despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En realidad, la utilización desviada de la normativa del despido por motivos de incumplimiento de la parte trabajadora constituyó durante largos años una anomalía del sistema español, caracterizado, muy en

⁵ Habría que recordar, además, que se redujo el plazo de preaviso de treinta a quince días. Sobre estas reformas, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A. (2011), “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.A. (ed.), *La reforma laboral 2020-2011 y su instrumentación normativa*, Granada: Comares: 169 ss.

particular, por su especial tolerancia para con algunas manifestaciones del fraude de ley por la parte empresarial en las decisiones extintivas. Por ese motivo, el despido disciplinario había sido sobre-utilizado, desde luego mucho más allá de los que serían sus razonables contornos. Incluso la reforma de la prestación por desempleo producida por el RD-Ley 5 /2002 y por la Ley 45/2002, a partir de la cual se ha permitido acreditar la prestación por desempleo con la carta de despido, sirvió como acicate en la configuración de bastantes automatismos en torno a un despido no-causal.

Como no podía ser de otro modo, esta técnica del despido exprés ha aplanado el camino al debate interno sobre el contrato único. Con razón, se ha expresado desde el ámbito de la Economía Aplicada que difícilmente podría considerarse que el contrato único –acausal en su extinción, desde la perspectiva de las causas empresariales– era contrario al art. 35 de la Constitución y al Convenio nº 158 de OIT si no se había producido idéntica contestación a la normativa que había admitido el referido despido⁶. No es solo circunstancial que este debate hunda sus raíces, en el ámbito interno, en los primeros años de la gran crisis de 2008 y que, desde la perspectiva del Derecho interno, solo podía rebatirse con argumentos relativos a las obligaciones internacionales asumidas por el Reino de España y con la jurisprudencia del TC, por aquel entonces más garantista del derecho al trabajo que en la actualidad. Por supuesto, la idea teórica de un despido accesible a la empresa, seguro para ella y en el que se haga total elipsis de sus causas, a cambio de una indemnización en favor de la parte trabajadora de mayor o menor cuantía, ha sido un paradigma teórico que se ha expandido en los diversos sistemas jurídicos europeos⁷.

En este sentido, debe concluirse que la técnica del despido exprés precipitó el debate sobre la monetización del despido, al margen de la causa esgrimida para él y de la existencia o inexistencia de la misma. Su desaparición en 2012 no fue, desde luego, una reacción al mismo, sino más bien su superación a través de reglas que profundizaron más en la flexibilidad de salida del contrato de trabajo. A partir de 2012 se mantuvieron algunos motivos que podían invitar a seguir la senda del despido disciplinario para extinciones cuya causa no existe o no se quiere justificar. Entre otros, la exigencia de la concesión de un plazo de preaviso de quince días, o la de poner a disposición simultáneamente la indemnización prevista en el art. 53.1 ET podían invitar a evitar las formas de este precepto. Sin embargo, puede reconocerse que, en esencia, se ha superado la época de esgrimir las causas disciplinarias en extinciones que nada tienen que ver con la conducta de la persona trabajadora.

2.2. La indemnización o la readmisión como parte de la obligación alternativa en el despido improcedente

La opción ha constituido un rasgo diferencial del sistema interno, ya desde hace bastantes años⁸. Eludiendo por ahora el asunto de la cuantía, la imposición de una obligación alternativa a la empresa que haya procedido a un despido injustificado

⁶ Bentolila, S. y Jansen, M. (2009), “La viabilidad jurídica del contrato único”, en *Propuesta para la reactivación laboral en España*, FEDEA.

⁷ Véase Howe, J. (2013), “Poles apart? The contestation between the ideas of no fault dismissal and unfair dismissal for protection job security”, *Industrial Law Journal*, 42, 2: 122 ss.

⁸ De hecho, ya aparecía en el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, con el dato adicional de que, si la empresa excedía de 50 “operarios fijos”, la opción le correspondía al trabajador.

parte de la base de un equilibrio entre los dos términos, de tal modo que se consideraran equivalentes, o *a priori* igualmente gravosos, la indemnización y la readmisión. La producción de cualquier desequilibrio entre ellos primará, como es obvio, que se opte generalmente por el menos costoso para la parte empleadora. Y, en el caso de que el priorizado sea la indemnización, la tutela real, es decir, la readmisión, tendrá un carácter más excepcional.

Los términos del debate, en cuanto a la historia reciente, son sobradamente conocidos. Hasta el año 2012, y desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, la indemnización se tasaba en una cantidad equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. En realidad, fue en 1980 cuando se limó una mayor capacidad decisoria del órgano judicial para establecer el monto de la indemnización, siempre dentro de ciertas horquillas⁹. Desde 1980, como es sabido, los criterios de determinación de la cuantía aplicable a los despidos improcedentes, fueran disciplinarios o por causas objetivas, permanecieron incólume hasta 1997, cuando se redujeron, solo para el caso del contrato de fomento de la contratación indefinida y para el despido objetivo declarado improcedente, a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año, y con un máximo de veinticuatro mensualidades.

Ese era el estado de la cuestión en cuanto a la cuantía de la indemnización por despido improcedente cuando se alcanza el año 2010. En realidad, la grieta a la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio era aparentemente pequeña, por ceñida a un contrato especial y a un tipo de despido improcedente. Además, concurría con la amplia avenida del despido exprés que, como ha quedado expresado, era la opción comúnmente seguida para efectuar las extinciones de contratos injustificadas, desde luego mucho más segura para la empresa. Por supuesto, no era incompatible ese despido con el contrato de indemnización reducida y con el reconocimiento de la improcedencia para limitar los efectos del despido a la misma, pero los hipotéticos problemas de que se apreciara fraude de ley decantaron las decisiones extintivas, como ha quedado reflejado, a la alegación de causa disciplinaria. En esas condiciones, es razonable concluir que la indemnización reducida tuvo en ese contexto un protagonismo más bien discreto. Sin embargo, y como ha sido señalado en alguna ocasión, tuvo un evidente valor simbólico, en el sentido de que constituyó la primera excepción en más de diecisiete años a la de cuarenta y cinco días por año en el despido improcedente. Era relativamente sencillo el pronóstico de que, con el tiempo, los treinta y tres días por año con un máximo de veinticuatro mensualidades se generalizarían¹⁰.

La incidencia sobre esta materia de la reforma de 2010 fue más bien discreta. No se trata en estas páginas de desarrollar una descripción amplia del contrato de fomento de la contratación indefinida, sino que basta con decir que, tras las experiencias relativamente fallidas de 1997 y 2001 –en la reforma de 2001 se practicó, en realidad, la primera modificación de relieve de esta modalidad de contrato de fomento del

⁹ Comentando este cambio, aunque tal vez enfatizando en exceso la novedad que supuso el ET de 1980, Martín Valverde, A. (2020) *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Madrid, Tecnos: 274-5.

¹⁰ Así lo expresó Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1997), “La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo”, *Relaciones Laborales*, 1997-I: 70 ss.

empleo—, la de 2010 se centró en ampliar su ámbito subjetivo¹¹. Tampoco en este caso el resultado fue exitoso, aunque bien es cierto que la efímera duración temporal de la normativa reformada no permitió en realidad calibrar bien sus efectos.

En este escenario actúa la reforma laboral de 2012, con unas reglas que pueden sintetizarse, por lo que a la indemnización se refiere, en dos ideas: por una parte, la cuantía que estaba prevista para el despido improcedente por causas objetivas en el caso del contrato para el fomento de la contratación indefinida se generaliza a todas las extinciones improcedentes, sean disciplinarias, o por causas objetivas. Por otra, se establece un doble período de cómputo, antes y después de la entrada en vigor del RD-ley 3/2012. Para el tiempo anterior, la indemnización se computa de acuerdo con las reglas anteriores y, para el período posterior, de conformidad con los nuevos parámetros de cálculo. A lo cual se unen unas reglas transitorias sobre las que se van a obviar mayores comentarios. Por lo demás, y como era fácilmente previsible, la exposición de motivos justifica la reducción de la cuantía con el fin de evitar la dualidad entre personas con contratos indefinidos y con contratos temporales, aunque también añade la necesidad de proteger la competitividad de las empresas, en particular de las de más reducido tamaño, en unos momentos de especial dificultad para acceder a las fuentes de financiación.

En consecuencia, por lo que a la indemnización en términos estrictos se refiere, la reforma mantuvo la regla general de la cuantía tasada y se limitó a reducir sus bases de cálculo, generalizando las que hasta entonces se restringían a un supuesto específico. Lo cual, ya de por sí, plantea la pregunta de la equivalencia entre indemnización y readmisión, en un nuevo equilibrio económico entre ambas. Con todo, la nueva cuantía se implantaba de forma progresiva, pues solo a partir del 12 febrero 2012 se iniciaba el devengo de acuerdo con los parámetros más reducidos, respetándose, por lo tanto, las expectativas a indemnizaciones máximas entonces generadas, con la única limitación de que, desde entonces, no podían crecer indemnizaciones que ya se situasen por encima de las veinticuatro mensualidades, que pasaban a ser el tope máximo en el que, a partir de ese momento, se detenía el importe que podía esperarse.

2.3. Los salarios de tramitación como la otra parte de dicha obligación

En términos comparativos con la indemnización, la modificación que produjo la reforma de 2012 en torno a los salarios de tramitación fue mucho más intensa, aunque debe reconocerse que ya contaba con un precedente próximo, en el período de unos pocos meses que transcurrió entre la aprobación del RD-Ley 5/2002 y de la Ley 45/2002. Hasta ese momento, permanecía vigente la regla de devengo de los salarios de tramitación del art. 56, de estructura compleja, pero cuya proposición principal consistía en que se generaban, cuando el despido se calificaba como improcedente, desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, salvo en caso de empleo intercurrente, con unos matices que aquí se van a obviar. Además, desde la reforma de 2002 se incorporó la regla de no devengo de los salarios de tramitación cuando la empresa reconocía la improcedencia del despido y depositaba en el juzga-

¹¹ Un comentario sobre este particular en Desdentado Bonete, A. (2010) “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”, en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (ed.) *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Madrid, Lex Nova: 71 ss.

do la cuantía de la indemnización en las cuarenta y ocho horas siguientes. Con ella, de la cual también se omiten mayores precisiones, quedó perfilada la figura del despido exprés.

Ninguna modificación sobre este extremo produjo la reforma de 2010, pero sí, y de una gran profundidad, la reforma de 2012. Su exposición de motivos –la de la Ley 3/2012–, con un elevado grado de fariseísmo, pronuncia una severa crítica del despido exprés¹², parte de cuyos argumentos serían perfectamente asumibles si no fuera porque la modificación legal, a la postre, no hace más que abundar en los mismos vicios que critica. En efecto, instaura el régimen vigente, de conformidad con el cual solo en caso de readmisión se produce el derecho del trabajador o trabajadora improcedentemente despedidos a los salarios de tramitación, salvo en el caso de que ostenten la condición de representantes legales o delegados o delegadas sindicales, en cuyo caso devengarán dichos salarios, aunque opten por la indemnización.

Con esta regla se produce, desde luego, un sensible abaratamiento del monto global del despido, que se suma a la reducción de la indemnización legal, en los términos que han sido comentados. La Ley justifica esta medida apelando, con cierta razón, a que la duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio de la pérdida del empleo. Mucho más discutibles son los otros dos argumentos manejados: el del automático acceso a la prestación por desempleo es contingente, pues dependerá de la cotización anterior, de modo que incluso podrá suceder que no se produce la cobertura efectiva, o que se accede a ella, pero durante un tiempo inferior al del proceso judicial. Además, y a salvo de contadas excepciones, la cuantía de la prestación va a ser sensiblemente inferior a la del salario que le sirve de base de cálculo. Asimismo, es torticero el argumento de las posibles estrategias dilatorias de la parte demandante en el proceso de despido, que incluso pueden producir la responsabilidad del Estado. Como es obvio, el despido exprés había arrancado de cuajo esta posibilidad, a salvo de situaciones en las que la empresa defendiera la procedencia del despido. Prescindiendo de estos argumentos, lo cierto es que la eliminación de los salarios de tramitación ha producido precisamente más dualidad en el mercado de trabajo, pues ha dejado al albur de decisiones

¹² Aunque la cita resulta algo larga, no está de más reproducirla: “*el denominado «despido exprés» se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despedidos colectivos y objetivos. Más allá de los beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas, el «despido exprés» se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de «flexiseguridad». El «despido exprés» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador; limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurran conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Asimismo, desde el punto de vista empresarial, el éxito del «despido exprés» también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. No constituye un comportamiento económicamente racional –el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial– despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica. La razón de ello se residencia en los costes adicionales que acarrearán los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciando, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos monetarios y de tiempo, más razonables”.*

extintivas injustificadas a las personas con menor tiempo de prestación de servicios en las empresas, cuya muy relativa estabilidad en el empleo, si descansaba en algún sitio, era precisamente en los salarios de tramitación.

Un comentario adicional debe expresarse: ya en 2002 las incertidumbres que se cernían en torno al monto de los salarios de tramitación podían disiparse mediante el reconocimiento de la improcedencia del despido. Con esa técnica, la seguridad –que ha llegado a calificarse, con evidente desenfoque, como seguridad “jurídica”– ya era plena sobre el coste total que debía asumirse para despedir de forma injustificada. Con la norma vigente, esa certeza absoluta se consolida hasta el último céntimo de euro, sin que quede resquicio de duda razonable, más allá de situaciones controvertidas referidas al salario regulador o al tiempo de prestación. El comentario tiene cierta relevancia, como más adelante pasa a comentarse.

2.4. La doctrina del Tribunal Constitucional

La STC 8/2015 se pronunció sobre las modificaciones hasta ahora comentadas. Anteriormente, se habían dictado una serie de autos que, con amparo en el art. 37 uno de la LO 2/1979, de 3 octubre, –por ser “notoriamente infundadas”– inadmitieron otras tantas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos judiciales. El juicio de valor que merecen esas inadmisiones va de suyo en los comentarios de fondo que a continuación se expresan. Pero incluso la complejidad de algunas de las resoluciones del TC –muy en particular, del Auto 43/2014, de 12 febrero– desmiente el carácter infundado, ya “notorio”, ya no. Ciertamente, no es tiempo de resucitar viejas críticas, pero sí de justificar el adjetivo que antes formulé del TC como “militante a favor de la reforma de 2012”. Los argumentos que más tarde manejó la STC 8/2015 fueron antes expresados en los referidos autos, de tal forma que se omite un comentario explícito de la STC 8/2015 a este respecto.

El TC responde al reproche de constitucionalidad referido al carácter tasado de la indemnización, y a su posible consideración como “arbitrario” porque no permite la restitución íntegra de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador ni deja margen judicial para su fijación¹³. Esgrime como motivos, en síntesis, que el sistema legal elimina las dificultades de prueba de daños por parte del trabajador, en la unificación de criterios que aplican los órganos judiciales, en la simplificación del cálculo judicial y en la certeza y seguridad jurídica¹⁴. Sobre otros argumentos propuestos por los órganos que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad –el carácter “clasista” de la indemnización, desde la perspectiva de que no permite la *restitutio in integrum*– no procede formular mayores comentarios, pues parecen fácilmente rebatibles desde la doctrina tradicional del propio TC. Por lo que respecta al referido carácter tasado, en realidad nada ha cambiado estructuralmente en la reforma de 2012, más allá de la

¹³ Incidentalmente habría que decir que cierta casuística reciente ha condenado al pago de indemnizaciones adicionales superiores a las que resultarían de aplicar las reglas del art. 56 ET con base en la infracción del art. 10 del Convenio nº 158 OIT. Es un asunto que ha transitado por los órganos judiciales y del que puede ser un buen ejemplo la STSJ de Cataluña de 23 abril 2021 (rsup 5233/20), en el que se estima el recurso de la empresa, pero se admite que hipotéticamente cabe esa indemnización adicional, dentro de ciertos requisitos más o menos exigentes. Se trata de un debate de sumo interés, que discurre en paralelo al de la calificación del despido producido en contravención del art. 2 del RD-Ley 9/2020, de 27 marzo. En este estudio se prescindirá de ambos temas, porque quedan ya fuera del período de análisis.

¹⁴ ATC 43/2014, de 12 febrero y ATC 34/2015, de 17 febrero.

minoración de las cantidades, pues la indemnización –dejando por ahora al margen los salarios de tramitación– mantiene sus rasgos esenciales, al menos en su dimensión de tasada y no confiada al arbitrio judicial. En ese sentido, igual reproche cabría hacerle a cualquier versión del art. 56 ET posterior a 1980, y muy en particular a la versión resultante de la reforma de 2002.

Ahora bien, algunas de las afirmaciones vertidas en los autos –y en la propia sentencia– merecen algún comentario crítico, en particular la referencia a la “certeza y a la seguridad jurídica”, como virtudes que adornan la indemnización tasada. En cuanto a la certeza, sin duda alude a la facilidad para conocer apriorísticamente el importe total de la cantidad que debe pagar la empresa en caso de despido improcedente. No obstante, no parece que este valor sea necesariamente adecuado, en el contexto de un modelo del que se predica que defiende la estabilidad en el empleo como uno de los corolarios del art. 35 de la Constitución. Por supuesto, dicha certeza allana las decisiones extintivas de las empresas, tanto más cuanto menos incertidumbre pueda rodear al despido. En cuanto a la seguridad, reduce claramente el espacio de decisión de los órganos judiciales que conocen del despido y, en este sentido, dota de previsibilidad a la decisión empresarial. Ahora bien, no parece que le convenga el adjetivo de “jurídica”, porque lo que está no juego no es una ausencia de resortes jurídicos adecuados para ninguna de las partes, sino, de nuevo, la predeterminación más o menos exacta de las consecuencias de un acto injustificado cometido por la parte empresarial.

Desde otro punto de vista, es cierto que la indemnización tasada cuenta ya con hondas raíces en nuestro sistema jurídico de protección del despido. El Tribunal expresa que es congruente con el Convenio nº 158 de la OIT y que “*la posibilidad de atribuir valores tasados a los elementos de cálculo de la indemnización adecuada por despido improcedente, así como la de proceder a su revisión normativa, son facultades que quedan dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador por el art. 35.2 CE*”. Es curioso el contraste de esta afirmación con la doctrina de la Corte Costituzionale italiana que, en relación con un sistema de indemnización tasado, ha declarado que resulta irrazonable¹⁵ y contrario al art. 35 de la Constitución de la República –protección del trabajo en todas sus formas–, por cierto, en relación con el art. 24 de la Carta Social Europea “*que se inspira en el ya citado Convenio nº 158 de la OIT*”¹⁶. Por supuesto, este contraste no implica necesariamente un juicio de disvalor hacia el Auto –sí, desde luego, en cuanto a la inadmisión *a limine* de la cuestión de inconstitucionalidad–, pero pone de manifiesto que la doctrina del TC debe ser objeto de nueva reflexión y, seguramente, de un replanteamiento. No solo se trata de la naturaleza jurídica de la decisión del TC, sino también de la publicación

¹⁵ “*Sulla base di quanto argomentato, si deve dunque concludere che il denunciato art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determina l’indennità in un «importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell’impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall’altro. Con il prevedere una tutela economica che può non costituire un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un’adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, la disposizione censurata comprime l’interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza*”.

¹⁶ Sentencia 194/2018, de 26 septiembre. Sobre ella, Zoli, C. (2020), *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, IT-428/2020.

en el BOE¹⁷ del Instrumento de Ratificación de 29 abril 2021 de la Carta Social Europea (revisada) hecha en Estrasburgo el 3 mayo 1996.

Por lo que respecta a los salarios de tramitación, y pese a los antecedentes que han sido descritos, los cambios producidos con la reforma de 2012 fueron comparativamente más intensos, de modo que el juicio de constitucionalidad se plantea sobre una normativa esencialmente novedosa. Los autos proponentes expresan, en particular, que la parcial eliminación de los salarios de tramitación incurre en arbitrariedad porque mutila la íntegra o adecuada reparación de los daños y perjuicios sufridos, con el añadido de que la empresa tiene capacidad de configurar su propia esfera de responsabilidad a través de la opción entre readmisión e indemnización. Para responder a este argumento, los Autos apelan a la exposición de motivos de la Ley 3/2012 y añaden un argumento de corte jurídico-formal: con la readmisión, el contrato se reconfigura desde la fecha del despido y, por lo tanto, mantiene su vigencia sin solución de continuidad. Con la indemnización, por el contrario, se convalida una decisión extintiva que surte efectos desde su fecha. Consecuentemente, la diferencia de trato resulta razonable y proporcionada. A mayor abundamiento, no se vulnera el art. 35.1 desde la perspectiva de que los nuevos términos de la opción incentivan la resolución del contrato con indemnización¹⁸, que resulta la menos adecuada para la promoción del empleo y para el derecho al trabajo, pues dicha incentivación no deja de ser una presunción del órgano promotor de la cuestión. Entiende el voto mayoritario que la decisión de la empresa debe tener en cuenta otros factores, de los cuales los salarios de tramitación no son sino uno más. A mayor abundamiento, los Autos confrontan una dimensión individual –art. 35 de la Constitución– y una dimensión colectiva –art. 40–, que pone en cuestión la infracción de la primera, consideran que el art. 56 vigente es constitucional dentro de la libertad de configuración que le corresponde al legislador y añaden que es perfectamente congruente con el art. 10 del Convenio 158 de la OIT.

Tal vez algunos de estos argumentos serían dignos de sostenerse. Sin embargo, su carácter parcial y sesgado pone de manifiesto que las dudas eran lo suficientemente consistentes como para no despacharse con un auto de inadmisión. En algunas ocasiones, las afirmaciones se expresan en términos apodícticos, en particular cuando se afirma que la normativa es congruente con el Convenio nº 158 de OIT, o cuando se concluye sumariamente que no hay incompatibilidad entre el derecho al trabajo del art. 35 y el nuevo régimen de los salarios de tramitación. En otras, la argumentación resulta más elaborada, pero siempre parcial. Se omite, como expresa el voto particular del auto 43/2014, cualquier referencia al impacto de las reglas vigentes en el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona que ha sido despedida y, más en general, a la funcionalidad que han desempeñado aquéllos en su larga trayectoria histórica como indemnización reparadora del daño patrimonial que se produce con el despido improcedente. En particular, esta función está muy relacionada con la equiparación entre los dos términos de la obligación alternativa que le incumbe a la

¹⁷ BOE de 11 junio 2021. Sobre este asunto, Salcedo Beltrán, C. (2021), *La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas: derechos sociales en clave de efectividad* (en línea), net21.org. [consulta 15 de julio de 2021].

¹⁸ Corroborando este efecto de incentivo, Viqueira Pérez, C. (2020) “La extinción del contrato de trabajo”, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores cuarenta años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTES: 254-5.

empresa que despierta injustificadamente y plantea, como expresan los órganos proponentes, intentas dudas de compatibilidad con el art. 9.3 de la Constitución desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad. Una reforma que suprime radicalmente esta reparación si la opción escogida es la indemnización tiene que ser valorada con rigor desde la perspectiva de su justificación y de su proporcionalidad, para mantener congruencia con dicha perspectiva. Desde luego, el argumento relativo al mantenimiento del vínculo en el caso de readmisión poco tiene que ver con la naturaleza indemnizatoria y no retributiva que la doctrina legal y académica siempre les confirieron a los salarios de tramitación¹⁹.

2.5. La jurisprudencia ordinaria

Sobre ella, baste apuntar que se ha limitado a aplicar la Ley 3/2012 a este respecto, con algunas interpretaciones de interés. Puede decirse que la labor del TS no ha sido, en cuanto a los temas hasta ahora descritos, especialmente relevante. Se ha pronunciado sobre la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, en relación con el tránsito de la anterior cuantía indemnizatoria a la nueva²⁰. Asimismo, ha declarado que proceden los salarios de tramitación cuando en la propia sentencia se declara extinguida la relación laboral por imposibilidad de la readmisión a causa del cierre de la empresa²¹. En general, puede decirse que no se ha producido una jurisprudencia de extraordinaria relevancia sobre esta materia.

2.6. Recapitulación

En cuanto al despido disciplinario, el período 2010-2019 debe calificarse, con base en el sucinto análisis formulado, como una época regresiva, justificando este calificativo a partir de cuatro conclusiones que lo sostienen:

- Regresivo en protección de la persona trabajadora, como puede comprobarse fácilmente solo con el repaso de acontecimientos. La reducción de la indemnización del despido improcedente lo ha acercado tanto al objetivo procedente que la diferencia es, a todas luces, insuficiente. El apetito desregulador utilizará en un futuro próximo el argumento del revés, para proponer una reducción de la indemnización por despido objetivo procedente, como es evidente. Sin embargo, bueno sería poner de manifiesto la evolución de las cuantías de las indemnizaciones por despido a lo largo de los últimos años, pues los datos son muy elocuentes²². Con ellos se manifiesta en toda su crudeza la profunda herida que ha dejado la reforma laboral de 2012, a la vez que se desmonta el tópico de que el despido es caro.

¹⁹ En particular, Gárate Castro, J. (1994) *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Madrid, ACARL: 55 ss.

²⁰ Por ejemplo, en SSTs de 29 septiembre 2014 (rcud. 3065/13), de 18 febrero 2016 (rcud. 3257/14), de 28 septiembre 2017 (rcud. 3670/15) y de 10 mayo 2018 (rcud. 2477/16).

²¹ STS de 21 julio 2016 (rcud. 879/15), de 12 febrero 2020 (rcud. 2988/17) y de 17 febrero 2021 (rcud. 1727/18)

²² Datos a este respecto en Baylos Grau, A. (2021), *Las indemnizaciones por despido individual improcedente: un sistema rígido y disfuncional que debe ser modificado* (en línea), en baylos.blogspot.com. [consulta 15 de julio de 2021].

- Regresivo desde la disparidad de posiciones que ocupa cada una de las partes en el contrato de trabajo y que se proyecta al momento extintivo. La reforma de 2012 ha reforzado el poder de la empresa de despedir injustamente, mediante una rebaja de sus consecuencias económicas y mediante un retroceso de los derechos de defensa de la persona trabajadora, de modo que la causa extintiva ha perdido gran parte de su importancia. Indudablemente, el estatuto de quien puede ser objeto de un despido fácil y asequible no es el mismo de quien ostenta, verdaderamente, una estabilidad real en el empleo.
- Regresivo desde la constante vulgarización técnica de la legislación de despido. Puesto en relación con otros sistemas jurídicos, se aprecia un creciente empobrecimiento de matices, de tal forma que las consecuencias son exactamente las mismas cuando el despido adolece de falta evidente de una causa seria que cuando la empresa alega y defiende de buena fe un motivo legítimo, pero que se considera insuficiente. Los órganos judiciales han perdido toda su capacidad de medir la entidad y cuantía de los daños que la decisión extintiva le inflige a la persona trabajadora. La obligación alternativa que se le impone a la empresa no es genuinamente tal en los términos de los arts. 1131 ss., pues resulta evidente que los términos de la alternancia distan mucho de ser equivalentes, de modo que la indemnización se convierte en la consecuencia absolutamente predominante del despido improcedente. Los parámetros de cálculo de la indemnización se mantienen en su simpleza de hace cuarenta años, cuando deberían evolucionar para tener en cuenta más circunstancias, especialmente a la vista de que la cuantía ha retrocedido en términos absolutos y relativos de forma muy considerable.
- Y regresivo desde el punto de vista de la tutela judicial. La jurisdicción ordinaria, al margen de unos pocos aspectos colaterales, ha quedado inerte, por más que los órganos de instancia, como va a verse, desarrollaron cierto activismo en el cuestionamiento de la reforma de 2012 desde la perspectiva de su acomodo a la Constitución. Por su parte, la mayoría a la sazón ejerciente en el Tribunal Constitucional ha inadmitido, con un abuso claro de su posición dominante, unas cuestiones de inconstitucionalidad que, al menos en parte, planteaban dudas razonables de constitucionalidad acerca de las modificaciones en el art 56 ET producidas con ocasión de dicha reforma. Su posterior tratamiento en la STC 8/2015 no subsanó esta postura de partida.

3. El despido por causas objetivas y el despido colectivo

Sobre estas extinciones, los cambios han sido más diversos y profundos, de tal modo que se impone un estilo sintético para describirlos y analizarlos. Por seguir un hilo conductor claro, debería de analizarse primeramente el despido objetivo derivado de ausencias justificadas y a continuación, el producido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ya se realice por los trámites del art. 53 o del art. 51 del ET. Sin embargo, se omite un comentario del despido por inasistencias justificadas —en realidad, del despido por enfermedad de breve duración—, porque este tema, desde luego afectado en profundidad por la reforma de 2012, ha quedado adecuadamente superado, después de la STC 118/2019, de 16 octubre, seguida del RD-Ley 4/2020, de 18 febrero, luego convertido en Ley 1/2020, de 15 julio. De

modo que no puede afirmarse que el punto de llegada sobre este concreto asunto haya sido una “devaluación de las garantías de empleo”, por más que las reformas de los años 2010 a 2019 hayan sido de flexibilización de esta causa de despido, muy a pesar de una doctrina del TJUE aparentemente contraria a las reformas internas y de una muy discutible coherencia de éstas con el Convenio 158 de la OIT²³.

Por lo tanto, el hilo argumentativo va a centrarse ahora en el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. En torno a él, debe reconocerse, en primer lugar, una línea continuista entre las reformas de 2010 y de 2012, de tal modo que puede considerarse ésta como ampliación de aquélla, con todos los matices que se quiera. En segundo lugar, debe advertirse que el haz de modificaciones ha sido bastante más amplio que en el despido disciplinario. A diferencia de éste, afecta, y de una forma muy intensa, a la causa del despido, que es quizá donde se aprecian los cambios más intensos. Pero también han tenido gran relieve los que se refieren al procedimiento del despido, al papel que desempeñan los distintos actores y a los efectos de las decisiones extintivas, sean estas legítimas o ilegítimas.

Por otra parte, en esta materia, el papel de los Tribunales ha tenido, en términos de protagonismo, una correlación de fuerzas muy diferente que en el despido disciplinario. La incidencia del TC ha sido muy reducida, solo en relación con algún recurso de inconstitucionalidad, en tanto que la del TS ha resultado absolutamente crucial y muy determinante en la aplicación de la reforma de 2012. Incluso ha planteado cierta controversia, en mi opinión excesiva, acerca de si se separaba demasiado de los propósitos de la misma.

La reforma de 2012 ha introducido reglas específicas para el despido en el sector público y en las Administraciones Públicas, que cuentan con una lógica y con una normativa propias. Aunque en no pocos aspectos confluyen las normas que se aplican en este ámbito y en el sector privado, y pese a que se han planteado no pocas dudas sobre la aplicación de una u otra normativa, aquí se omiten comentarios relativos a este concreto sector²⁴. También se deja fuera del análisis la legislación concursal, que ha sido objeto asimismo de algunas novedades, pero de un tono inferior a las sucedidas en el contexto ordinario²⁵.

3.1. El ámbito causal

A los efectos que ahora interesan, no parece necesario analizar con detalle los matices de las causas extintivas tal y como fueron perfiladas en la reforma laboral de 2010²⁶. Sí que deben considerarse tres asuntos propios de esa época que contextualizan las modificaciones que entonces se introdujeron y que explican algunas de las

²³ Un comentario de este tema, con profusa doctrina judicial, en Moreno Gené, J. (2020), “Régimen jurídico del contrato de trabajo. La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador. STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020”, *Temas Laborales*, 152: 271 ss.

²⁴ Sobre él, Gala Durán, C. (2016), “Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa”, *Documentación Laboral*, 106: 33 ss.

²⁵ Sobre el particular, Alameda Castillo, M.T. (2020), “Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)”, *Temas Laborales*, 153: 63 ss.

²⁶ Para un análisis de contexto y en detalle, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A. (2011), “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación...”, cit., en particular pp. 156 ss.

decisiones entonces adoptadas. Por una parte, el absoluto predominio del despido exprés había mediatizado totalmente el análisis de las causas empresariales, pues la utilización de un mecanismo mucho más expeditivo para extinguir el contrato había producido una opción por las extinciones improcedentes. En ese sentido, y con razón, se consideraba una patología que las empresas renunciaran a discutir la justificación del despido, en particular cuando en la decisión subyacía una causa económica, técnicas, organizativa o productiva²⁷. Por otra, el sistema de autorización administrativa y sus contrapesos producía que la indemnización que se acordaba en la fase de consultas se situaba casi invariablemente en el entorno de las cuantías del despido improcedente. Finalmente, hay que situar la reforma en el entorno del primer Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva²⁸, que contenía una importante apuesta en favor de la flexibilidad interna, de modo que se debía primar ésta “sobre otro tipo de medidas que afectan al empleo”. Lo cual tiene su importancia, porque, aunque la reforma de 2010 no fue pactada como tal, sí que se produjo después de un largo, aunque infructuoso, proceso de diálogo social en el que indudablemente se avanzaron las posiciones de las partes²⁹.

Los apuntes causales sobre la reforma de 2010, en realidad, solo interesan desde un prisma de modelo, porque, aunque fue concebida para durar, en apenas un año y medio fue superada por la reforma de 2012. Debe recordarse, con todo, que fue la primera norma que incidió en profundidad en las causas después de la reforma de 1997, cristalizada con la Ley 63/1997. Por otra parte, sus modificaciones en cuanto a esta materia deben enmarcarse en otras que afectaron a la flexibilidad interna, y en particular a la suspensión del contrato del art. 47, y que tenían como fin una mayor incidencia de las medidas no extintivas en relación con los despidos³⁰. Dicho en otros términos, la normativa de 2010 pretendió establecer cierto equilibrio entre dicha flexibilidad interna y la de salida, mediante una actualización de las reglas que afectan a una y otra. En cuanto a la de salida, esgrimió, de un lado, la necesidad de incorporar la jurisprudencia del TS que se había producido a partir de 1994 y, de otro, el reto de proporcionar mayor certeza a ambas partes del contrato y a los órganos judiciales en la valoración de las causas del despido.

Ya específicamente en cuanto a la identidad de las causas, y frente a una redacción más escueta, el art. 51 ET se decanta por otra más descriptiva, en la que se aúnan las del despido colectivo y las del despido objetivo, hasta entonces disgregadas, respectivamente, en los arts. 51 y 52 c). Con respecto a la económica, se incide en la exigencia de una situación negativa, en tanto que, en relación con las técnicas, organizativas o de producción, se impone que el despido responda a cambios que hayan tenido lugar en torno a cada una de ellas, y ya no a dificultades que impidan el buen funcionamiento

²⁷ Una descripción somera y reciente en Martín Valverde, A. (2020), *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo...*, cit., p. 336 ss.

²⁸ BOE de 22 febrero 2010.

²⁹ Un análisis de interés y bien contextualizado en Rodríguez-Piñero Royo, M. (2012), “El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva”, *Temas Laborales*, 115: 55 ss.

³⁰ Como se expresaba en su exposición de motivos: “*configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad, salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo, constituye el objetivo general de este capítulo. Entre esas medidas de flexibilidad interna se modifican las relativas a los traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cláusulas de inaplicación salarial y, muy señaladamente, la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*”.

de la empresa o a la necesidad de garantizar su viabilidad futura de la empresa y la del empleo en la misma. En todo caso, cualquiera que sea la causa alegada, se exige explícitamente que la empresa acredite la razonabilidad de la decisión adoptada.

La reforma de 2012 abundó en la flexibilización causal. Pese a alguna opinión en sentido contrario³¹, sus modificaciones no fueron menores, sino que, en comparación con las de 2010, tuvieron una mayor profundidad. Desde luego, hay una nítida separación entre ambas que ya de por sí resulta decisiva. Se trata de que el RD-Ley 3/2012 se introdujo de espaldas a la casi contemporánea publicación del II AENC³² o, por decirlo más claramente, muy a pesar de éste. Lo cual se tradujo, entre otros muchos significados, en una menor consideración de la flexibilidad interna. Por supuesto, la reforma de 2012 la trata de modo muy intenso, pero ya no desde la perspectiva de mecanismo de mantenimiento del empleo, sino de refuerzo del poder unilateral del empresario. Es decir, las medidas no extintivas ya no se conciben para evitar los despidos, sino para reducir los límites en la toma de decisiones de la empresa o para acompasar los preceptos a otras medidas adoptadas. La flexibilidad interna se concibe –de acuerdo con la Exposición de Motivos– como “alternativa” a las extinciones de contratos, no ya como medio de evitación de los mismos. El despido objetivo deja de desempeñar un papel puramente “defensivo” para ser un cauce para ajustar el volumen de empleo. Con tales propósitos, se alude a la supresión de referencias normativas que introducían elementos de incertidumbre, tales como proyecciones de futuro y valoraciones finalistas. Y se expresa que el control judicial “debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

Ya dejando atrás los propósitos declarados, el art. 51, en su versión renovada, prescindió de toda referencia a la razonabilidad de la medida. En cuanto a la causa económica, que siguió identificándose con una “situación económica negativa”, la asoció a pérdidas actuales o previstas o a la disminución persistente de ingresos ordinarios o de ventas. Dicha persistencia, además, la identificó con que “*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*”. Y, por lo que respecta a las causas técnica, organizativa o de producción, el precepto se limitó a describirlas.

Realmente, la normativa de 2012 casi se encadenó con la de 2010. Así descritas, es claro que respondían a una lógica diferenciada, aunque también es verdad que la segunda no hizo sino profundizar en algunos de los rasgos de la primera, de modo que tienen algo de secuencial la una de la otra. En todo caso, no parece razonable un análisis diferenciado de doctrina judicial, sino del resultado de la suma de ambas que, a la postre, produjo un retroceso claro en la protección causal del despido por motivos empresariales. Aunque debe precisarse que la crítica no estriba tanto en la intensidad intrínseca de la causa exigida, sobre la que es aceptable admitir cierto nivel de flexibilización, sino en su relación con otras medidas no extintivas basadas en la misma causa. Es decir, el despido en absoluto se considera como *ultima ratio*, sino que cabe recurrir a él, y podrá ser justificado, aunque no se hayan ensayado antes o aunque puedan ser eficaces y suficientes medidas no extintivas. A este respecto, la doctrina judicial ha sido absolutamente coherente con los propósitos de la Ley, desde luego mucho más de lo que se ha pretendido desde ciertas visiones ciertamente interesadas.

³¹ Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 338.

³² Publicado en el BOE el 6 febrero 2012, es decir, cinco días antes que el RD-Ley 3/2012.

Por lo que respecta al TC, la sentencia 8/2015 desestima que la descripción de las causas vulnere los arts. 35.1 y 24 de la Constitución. No puede decirse, de acuerdo con ella, que la indefinición de las mismas viole el derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas sin justa causa ni al control judicial efectivo sobre la causalidad del despido. A tal fin, y después de describir los antecedentes y desarrollo normativo del art. 51 ET, y de reproducir algunas de las ideas básicas de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, pone de relieve que, claramente, la norma expresa unas causas que pueden ser objeto del pertinente conocimiento judicial. Frente a esta postura, el voto particular considera inconstitucional la norma en cuanto que suprime la exigencia de que la empresa acredite la razonabilidad de la medida extintiva, de tal modo que la reforma pretende cercenar el necesario control judicial, a la vez que se objetivan las causas sin que se exija ponderación alguna sobre su necesidad, adecuación y proporcionalidad.

Es interesante este voto participar porque, de algún modo, se ha proyectado en la posterior doctrina judicial del TS, que, como se ha anticipado, ha tenido a este respecto una singular importancia. Sin que pueda ahora más que formularse una síntesis muy escueta, la jurisprudencia ordinaria ha expresado que las extinciones contractuales deben efectuarse de forma congruente con los principios generales del derecho y que, por tanto, deben responder al criterio de proporcionalidad, en el sentido de que las medidas sean adecuadas, necesarias y ponderadas. En otras palabras, los despidos deben ser razonables, sin que puedan ampararse como procedentes decisiones oportunistas de las empresas³³. En este sentido, es cierto que la doctrina legal ha aproximado la lógica de la reforma de 2012 a la de 2010. No, desde luego, por la dicción de aquélla, sino por cómo la ha aplicado el TS³⁴. En este sentido, el despido de una buena parte de la plantilla que se decide después de una pequeña reducción presupuestaria no está justificado desde un correcto entendimiento de la causa económica³⁵.

En consecuencia, es justo reconocerle al TS, en esta concreta materia, una importante función, de la que ha hecho dejación el TC, de defensa de la Constitución, desde la doble perspectiva del art. 24 y del art. 35. No existe una contradicción literal entre la doctrina del TS y la sentencia del TC 8/2015, pero está claro que sus posiciones han sido, en la práctica, antagónicas. Basta con apreciar cómo tratan la EdM ambos órganos —el uno, con cita literal y adhesiva, el otro, con cita literal, pero expresando su no-sujeción a unas afirmaciones que no cuentan con valor normativo— para poner de manifiesto que el TS ha tenido que asumir dicha labor de defensa. Se trata de un cometido que le es propio y fundamental, desde luego.

3.2. El ámbito del procedimiento, los actores y los efectos

Las reformas a este respecto han sido especialmente intensas y trascendentes, con unos objetivos diversos, pero que concluyen, en todo caso, en una simplificación de los trámites, en una evidente retirada del intervencionismo público, en unos cambios

³³ Por ejemplo, y con gran profusión de doctrina judicial, STS de 20 octubre 2015 (rc. 172/14).

³⁴ STS de 29 septiembre 2015 (rc. 1/15).

³⁵ STS de 26 marzo 2014 (rc. 158/13, y doctrina legal en ella citada. Más recientemente, y en cuanto la causa productiva, que ciñe al centro de trabajo, con abundante cita de sentencias, SSTS de 18 noviembre 2020 —dos— (rc. 143/19 y 62/20, respectivamente).

jurisdiccionales y procesales de inmensa importancia y, en suma, en una reformulación a fondo del despido colectivo. En contraste, el despido objetivo no ha sido objeto de grandes novedades, al margen de las antes enunciadas relativas al despido por inasistencias justificadas.

Sería imposible articular en unos pocos párrafos un comentario coherente de todo este caudal de novedades. A los efectos de los fines de este estudio –calibrar la “devaluación” de las garantías de empleo– solo se hace enunciado de los tres más importantes:

1. La supresión de la autorización administrativa, a cambio de una actuación de la autoridad laboral más difusa y menos perceptible. Sobre ella, la Ley 3/2012 dio muy pocas pistas³⁶, aunque ciertamente la entrada en vigor del RD 1483/2012, de 29 octubre, perfiló algo más su papel, como se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina académica³⁷. Sin embargo, puede decirse, después de nueve años de experiencia, que la Administración Pública sigue siendo en España un personaje en busca de autor, seguramente por la poca iniciativa de las Comunidades Autónomas. Es cierto que el TJUE ha puesto trabas a un sistema de autorización administrativa desde la perspectiva de su compatibilidad con el derecho de establecimiento³⁸, pero no ha expresado una incompatibilidad absoluta entre una y otro ni, por supuesto, una contravención de la Directiva 98/59/CE.

Indudablemente, esta supresión, conjuntamente con la falta de presunción de existencia de causa cuando hay acuerdo en fase de consultas³⁹, son medidas que han restado cierta densidad a la fase de consultas. Como era obvio, las empresas, antes de 2012, contaban con un fuerte incentivo para llegar a tal acuerdo, que ahora falta. La consecuencia es doble: por una parte, la cuantía de las indemnizaciones pactadas –en su caso– se ha reducido considerablemente. De otra, se ha producido un gran crecimiento de la litigiosidad, tanto colectiva como individual, a través del cauce del art. 124 de la Ley 36/2011. Desde luego, el tránsito de la Jurisdicción contencioso-administrativa a la laboral ha contribuido en gran medida a ello.

2. La configuración de la comisión negociadora en la fase de consultas, a partir de la reforma laboral de 2010, en la que se profundizó en 2013, en normativa de urgencia luego tramitada como Ley 1/2014, de 28 febrero. Como es comúnmente conocido, se consolidó la participación en la fase de consultas, para el caso cada vez más habitual de que no exista representación legal de los trabajadores en los centros afectados por las medidas de reorganización productiva –en todos o en alguno de ellos–, de unas personas elegidas *ad hoc* por decisión de sus compañeros y compañeras de trabajo. Es decir, se ha confiado

³⁶ Como puse de manifiesto en Cabeza Pereiro, J. (2012), “La supresión de la de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, 57: 183 ss.

³⁷ Debe destacarse, por su muy notable interés, Navarro Nieto, F. (2021), “Medidas sociales de acompañamiento del empleo”, *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS: 247 ss.

³⁸ Asunto C-201/15, *Iraklis*, sentencia de 21 diciembre 2016.

³⁹ Aunque el TS ha declarado que el trabajador individual afectado por el despido no puede impugnar por el proceso individual las causas en el caso de acuerdo en fase de consultas. Así se ha unificado doctrina en STS de 2 julio 2018 (rcud 2250/16).

esa representación, con unos matices que ahora se omiten, a unas personas sin garantías institucionales ni experiencia negociadora, y a través de unos sistemas de designación que, por decirlo amablemente, no están dotados de la mejor de las seguridades jurídicas. Sin duda, la posición correlativa de fuerza de ambas partes que participan en la fase de consultas constituye uno de los elementos más sensibles a la hora de calibrar el nivel de protección que ofrece un sistema de relaciones laborales.

3. La adaptación, casi siempre –con alguna pequeña excepción– por vía jurisprudencial, a ciertas incoherencias del Derecho interno con la Directiva de la UE, relativas en particular al cómputo del número de personas afectadas por el despido –tanto en cuanto a sus aspectos profesionales como a los períodos de dicho cómputo, como a las causas de extinción del contrato–, al ámbito en el que debe verificarse si se alcanzan o no los umbrales para que el despido sea colectivo, a las garantías en el caso de afectación de trabajadoras protegidas por la Directiva de maternidad –y, por extensión, de personas protegidas por la Directiva de conciliación–, entre otras materias. Los últimos años, en particular a partir de 2015, han puesto de manifiesto que el Derecho interno no estaba tan por encima de los umbrales de la normativa europea de despidos colectivos como aparentaba situarse. Lo cual, desde luego, plantea importantes retos de futuro.

3.3. Recapitulación

Al hacer “recuento de daños”, sobre la devaluación de garantías, puede afirmarse que la doctrina legal ha neutralizado, hasta cierto punto, algunos excesos de la reforma laboral de 2012. Sin embargo, no puede negarse, desde una perspectiva general, que la protección frente al despido por causas empresariales se ha reducido muy considerablemente en la década que transcurrió desde 2010 a 2019. Es evidente que casi todos los resortes de protección han retrocedido, algunos, desde luego, en mayor medida de lo que sería razonable. Porque, si bien es lógico que las extinciones puedan ser accesibles en situaciones de dificultades de empresa, hay que formular evidentes críticas al modelo español que han dejado en herencia las reformas que han sido objeto de comentario. En particular, hay un doble haz de insuficiencias que deben ser remarcadas:

La primera consiste en que el despido no se ha configurado como *ultima ratio*, de modo que la extinción es posible siempre y cuando resulte razonable, al margen de que pudieran abordarse medidas alternativas menos gravosas para las personas trabajadoras. Quizá a este respecto haya que expresar el fundamental reproche en términos de causalidad. Es bien cierto que, en estos temas, la UE no toma partido alguno⁴⁰, pero también lo es que el principio de proporcionalidad exigiría una aproximación mucho más ponderada a este asunto. Desde luego, no está en el “debe” del TS este problema, sino en la configuración legal de la reforma de 2012 que, desde luego, ha dejado una profunda huella.

La segunda crítica alude a que, en todo este proceso de cambios, ha habido un tópico verdaderamente ausente, que ha sido el de la flexi-seguridad. Cuando se ana-

⁴⁰ Véase, en términos muy claros, asunto C-652/19, *KO y Consulmarketing SpA*, sentencia de 17 marzo 2021.

lizan las medidas sociales de acompañamiento previstas en el art. 51 ET⁴¹, incluyendo entre ellas las obligaciones relativas a la recolocación, se aprecian no pocas deficiencias, que se extienden desde luego a estadios previos a la extinción, como, en particular, a los ERTES de suspensión o reducción de jornada. Las pequeñas empresas no han sido objeto de ninguna atención a los efectos de que las personas que pasan por trances de extinción de contrato por causas empresariales puedan transitar a otros empleos. Es una clara insuficiencia de nuestro modelo, en relación con otros mucho más atentos a esta perspectiva⁴². Evidentemente, proteger a esas personas requiere un enorme esfuerzo público, pero necesario. Por desgracia, la erosión de garantías en el contrato no ha sido suplida por un incremento de las garantías en el mercado de trabajo.

La experiencia de la normativa de crisis, en respuesta a la pandemia, y a partir del RD-Ley 8/2020, ha planteado un escenario distinto para una época de emergencia muy concreta. En ella se han vislumbrado algunas alternativas a las elegidas por las reformas aquí comentadas. Claramente, determinadas medidas solo se explican en términos de contingencia, pero otras quizá puedan servir de mimbres para la nueva legislación laboral que ahora debe aprobarse. Pero esa ya es una historia posterior, fuera del objeto de este comentario.

⁴¹ Sobre ellas, debe citarse el muy interesante estudio de Terradillos Ormaetxea, E. (2021), “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS: 305 ss.

⁴² Por ejemplo, en cuanto al modelo neerlandés, Borghouts-van de Pas, I. y van Drogelen, H. (2020), “Dismissal legislation and the transition payment in the Netherlands: Towards employment security?”, *European Labour Law Journal*: 1 ss.