

FACULTAT DE DRET



LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPRESARIO

TRABAJO FINAL DE GRADO

Autora: Irene Barrientos Naranjo

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tutora: Prfa. Raquel Rodríguez Izquierdo

Curso: 2014-2015



*Pero hay un rayo de sol en la lucha
Que siempre deja la sombra vencida.*
(Miguel Hernández)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. LA CAUSALIDAD DEL DESPIDO.....	5
3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO	
3.1. Concepto y alcance.....	5
3.2. Causas del despido disciplinario.....	6
3.2.1. Causa general: <i>El incumplimiento grave y culpable del trabajador</i>	7
3.2.2. Causas específicas.....	8
3.3. Requisitos formales y de procedimiento.....	17
4. EL DESPIDO OBJETIVO	
4.1. Concepto y alcance.....	19
4.2. Causas del despido objetivo.....	19
4.2.1. Causas relativas a la persona del trabajador.....	20
4.2.2. Causas relativas a las necesidades de funcionamiento empresarial.....	23
4.3. Requisitos formales y de procedimiento.....	25
5. EL DESPIDO COLECTIVO	
5.1. Concepto y alcance.....	27
5.2. Causas del despido colectivo.....	28
5.2.1. Características.....	28
5.2.2. Ámbito de concurrencia.....	30
5.3. Requisitos formales y de procedimiento.....	33
5.3.1. Comunicación y documentación.....	33
5.3.2. Periodo de consultas y negociación.....	35
5.3.3. Notificación del despido y efectos.....	37
6. EL DESPIDO POR FUERZA MAYOR	
6.1. Concepto y alcance.....	40
6.2. Causas del despido por fuerza mayor.....	40
6.3. Requisitos formales y de procedimiento.....	41
7. REFLEXIONES FINALES.....	43
8. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	46

1. INTRODUCCIÓN

La relación jurídica que une a empresario y trabajador nace a partir de la celebración de un contrato de trabajo. Este contrato despliega sus efectos desde su vigencia y, tras pasar por diversas circunstancias y vicisitudes, como ciclo vital que es, fenece con el cese definitivo de las prestaciones recíprocas, o sea, con la extinción de la relación laboral. La relación contractual laboral puede llegar a extinguirse por diversos motivos: por causas ajenas a la voluntad de las partes, por consenso y disenso mutuo, por voluntad unilateral del trabajador, o por voluntad unilateral del empresario.

El trabajo que aquí se acomete tendrá como objeto el estudio de una de esas causas de extinción del contrato de trabajo, la que procede de la decisión unilateral del empresario o, lo que es lo mismo, del despido, así como el conocimiento de las cuatro modalidades que lo configuran – despido disciplinario, despido objetivo, despido colectivo y despido por fuerza mayor-, surcando para ello tres vertientes esenciales: la doctrinal, la jurisprudencial y el papel de los convenios colectivos. Ya sea por la trascendente influencia universal de la jurisprudencia o por la meticulosa protección que intenta ofrecer la negociación colectiva, lo cierto es que, más allá de la dogmática laboralista, tanto la jurisprudencia como los convenios colectivos han tenido una ratio de acción muy amplia en el tablero de la norma, influyendo así en la conjetura jurídica de la extinción del contrato de trabajo y sus modalidades.

En la trayectoria de las relaciones laborales, el despido ha estado siempre marcado por notas de conflicto y gran debate, que en el momento actual se centra en la polémica Reforma laboral acometida en el año 2012, en la que se ha buscado conciliar, por un lado, la seguridad en el empleo y, por otro, la libertad empresarial, adoptando para ello medidas que afectan directamente -¡y de qué manera!- a la extinción de los contratos de trabajo.

El escenario social que despliega una realidad como la actual, la veneración a la utilidad de lo inútil, lo (i)lógico del beneficio o la insistente justificación de la pérdida de valores, son algunos de los motivos que han estimulado mi deseo de abordar un trabajo como éste. Muchas son las empresas que, al son de la hegemonía empresarial, despiden a sus trabajadores sin otro horizonte que el de saciar la competencia e imponerse en los mercados. Un mecanismo económico sin piedad, que debilita la posición de los trabajadores hasta límites que pueden resultar insoportables.

2. LA CAUSALIDAD EN EL DESPIDO

Velando por un amparo social, mientras que al trabajador se le permite rescindir su contrato sin más carga que la del preaviso, al empresario, por su parte, al que también se le permite poner fin a la relación laboral, debe acreditar la causalidad que motive la decisión de manera válida y procedente.

En principio, la extinción del contrato de trabajo por voluntad empresarial requiere de la preexistencia de unos requisitos legalmente tasados que determinarán la resolución de la relación laboral. Lejos del principio de igualdad de partes que caracteriza la extinción de las relaciones jurídicas civiles contempladas en el artículo 1.124 del Código Civil español, lo cierto es que en la resolución del contrato de trabajo la regla general pasa por desplazar el mencionado principio de igualdad de partes hasta dejarlo sin efecto, y esto es así porque en el ámbito laboral se vislumbran políticas más severas en lo que al régimen extintivo respecta.

De este modo, el empresario podrá extinguir unilateralmente el contrato basándose en las causas justificativas de despido, que, a modo enunciativo, serán: La comisión de faltas por incumplimiento grave y culpable del trabajador -despido disciplinario-; defectos no culpables de aptitud del trabajador, entre otras -despido objetivo-; causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -despido objetivo y colectivo-; y el acaecimiento de hechos involuntarios, imprevisibles o inevitables -despido por fuerza mayor-.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

3.1. CONCEPTO Y ALCANCE

El despido disciplinario, concepto ya clásico y tradicional del Derecho del Trabajo, es aquel mediante el cual, el empresario, basándose en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, decide extinguir de manera unilateral el contrato de trabajo que a aquél le une.

Esta modalidad de despido se funda en el incumplimiento por parte del trabajador de lo convenido en el contrato¹, y la consiguiente imposición de una sanción privada. Así pues, el

¹ La STS, Sala 4ª, 360/1991, de 17 de mayo (ref. ROJ: STS 2528/1991) en relación con el art. 1124 CC (teoría general de los contratos). La Sentencia del alto tribunal establece que el despido disciplinario es una extinción del contrato por voluntad del empresario, debiendo de ser ésta una decisión causal

despido disciplinario –que opera como poder potestativo- encaja perfectamente en la esfera del poder de disciplina del empresario², en cuanto que éste goza de legitimidad suficiente con la que reaccionar frente a los incumplimientos contractuales que pueda operar el trabajador.

En cuanto a su regulación, el despido disciplinario se consagra de forma general en el artículo 49.1.k) ET, que contempla la extinción del contrato “por despido del trabajador”; cabiendo remitirse al mismo tiempo a los artículos 54 y 55 ET, donde se detalla ya de forma explícita y concreta.

Simultáneamente, estos preceptos normativos derivan a los arts. 103 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Sección I, Capítulo II, Título Segundo). A pesar de que la mencionada Sección lleve anclado como título el “Despido disciplinario”, lo cierto es que la estructura procesal de esta modalidad de despido se ha convertido en derecho común aplicable para el resto de extinciones contractuales por decisión unilateral del empresario. Sin embargo, esto no implica que no deban diferenciarse los distintos tipos de despido, ya que, como se verá, tal diferenciación es relevante a fin de determinar los requisitos formales y procedimentales genuinos de cada uno.

3.2. CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

El apartado primero del art. 54 ET contiene una cláusula general respecto de las causas justas que motivan el despido disciplinario, referente al “*incumplimiento grave y culpable del trabajador*”. Seguidamente, el apartado segundo del mismo apliega un listado específico basado en “*incumplimientos contractuales*”.

El Derecho laboral español dota de especial relevancia a la negociación colectiva en el orden de determinar la concurrencia de las causas que promueven la sanción. Así pues, la ley permite que los convenios colectivos precisen su alcance mediante una definición concreta y detallada de las mismas³, sin exceder en ningún caso de los límites de la complementariedad⁴.

precedida de un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador, de tal manera que el despido viene a considerarse como “*un supuesto específico de la condición resolutoria prevista en el art. 1.124 del Código Civil, para las obligaciones recíprocas*”. De todos modos, no debe olvidarse que, en el ámbito laboral, el principio de igualdad de partes recogido en el Código Civil se desvirtúa, pues, a pesar de la frustrada intencionalidad de minorar la desigualdad, el trabajador es la parte débil de la relación laboral.

² En el despido disciplinario como poder empresarial rige el principio constitucional de libertad de empresa (art. 38CE), que vinculará al legislador laboral en la medida en que se reconoce el derecho al trabajo (art.35.1CE). Así pues, el legislador deberá llevar a cabo una labor de concordancia entre ambos intereses (por ejemplo, en la protección del trabajador contra el despido).

³ STSJ Cantabria, Sala Social, de 10 diciembre de 2002 (EDJ 2002/77233)

Por lo que a la vertiente jurisprudencial se refiere, resulta de gran importancia la denominada “teoría gradualista”, que vela por la correcta adecuación del despido disciplinario. Esta valoración gradual de los hechos, que limitará en buena medida la potestad sancionadora del empresario, analiza los sucesos y entrelaza las circunstancias concurrentes que han llevado al trabajador a actuar del modo imputable, así como también el comportamiento empresarial (si ha sido discriminatorio, tolerante, etc.⁵). En este sentido, se exigirá al empresario una interpretación restrictiva de los hechos, así como la imposición de sanciones distintas y menos gravosas para el trabajador si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados –aunque merecedores de sanción- no revisten de fuerza suficiente para recurrir a la extinción contractual.

Así pues, el despido disciplinario debe abordarse necesariamente en base a un criterio gradualista que establezca una correlación entre conducta y sanción a través de la necesaria proporción entre la infracción, el sujeto y la medida adoptada⁶.

3.2.1. Causa general: *El incumplimiento grave y culpable del trabajador*

Por ser el despido la sanción más gravosa en el ámbito del Derecho laboral, aquél debe fundarse necesariamente en la existencia de un incumplimiento contractual grave a la vez que culpable, es decir, deberá ser cualificado⁷.

Se tiene por grave aquel incumplimiento que alcanza una entidad suficiente, como ocurre, por ejemplo, con la reiteración en las faltas de asistencia o impuntualidad, y con la continuidad en las faltas de rendimiento. Así, la gravedad tiene una doble perspectiva: por un lado habrá que evaluar el grado en que el trabajador ha quebrantado su obligación contractual, y, por el otro, habrá que valorar la importancia que tiene esa obligación quebrantada.

⁴ Sucede que el convenio colectivo no siempre va a poder desarrollar de manera precisa y con la misma exactitud todas las causas que se contemplan en el art. 54.2 ET. A pesar de esta relativa imposibilidad, ello no supone la irrelevancia de la negociación colectiva, pues no cabrá sancionar con el despido “*las conductas (...) cuando el convenio colectivo aplicable las tipifique como constitutivas de faltas graves sancionables con sanciones distintas a la de despido*” (STSJ Comunidad Valenciana, Sala Social, de 4 de julio de 2002).

⁵ STSJ Galicia, Sala Social, de 30 noviembre 2005 (EDJ 2005/275940): “*Existe una justificación total [de la causa] cuando las órdenes del empresario lesionan los derechos irrenunciables del trabajador, son manifiestamente ilegales o implican la concurrencia de circunstancias de peligrosidad y en otros supuestos análogos*”.

⁶ STS, Sala 4ª, 522/1989, de 7 junio –FJ4– (EDJ 1989/5813)

⁷ En este sentido, la STSJ Galicia, Sala Social, de 30 noviembre 2005 (EDJ 2005/275940) establece que “*el incumplimiento debe ser grave, culpable, trascendente o notoriamente relevante o injustificado, pues si encierra una causa de justificación ha de merecer un trato más suave y benigno que el de la imposición de la sanción más grave de las que al trabajador pueden serle impuestas*”.

Que el incumplimiento sea culpable se refiere a que éste deberá ser imputable en exclusiva a la persona del trabajador, ya sea por dolo o negligencia inexcusable. Además deberá resaltar de un modo patente, y no cuando resulte atenuada en virtud de las circunstancias concurrentes. Así pues, la culpabilidad requiere la imputabilidad del trabajador además de la voluntariedad en la acción u omisión de los hechos.

La facultad sancionadora del empresario estará siempre sujeta a control judicial, tal y como señala el art. 58.3 ET, al establecer que la valoración de las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente, afectando inclusive en su graduación, pues, cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta⁸ -lo que deberá ser instado ante los Tribunales dentro de los plazos de caducidad legalmente fijados-.

3.2.2. Causas específicas

El artículo 54.2 ET apliega las causas específicas que justifican el despido disciplinario, y todas aquellas conductas consideradas como de “incumplimiento contractual”. Este precepto incluye un catálogo de causas que pretenden ser *numerus clausus*, pero que en realidad son (macro-causas) de carácter tan genérico que ha permitido que la propia legislación laboral haya contemplado otras posibilidades de despido⁹, siendo la formulación de estas otras lo suficientemente amplias como para incluir múltiples tipos de incumplimiento. Así, de esta flexibilidad causal hacen los convenios colectivos su determinación, pues en ellos se encuentran reflejados y desarrollados los hechos que promueven el despido disciplinario. Esta labor de especificación también es llevada a cabo por la jurisprudencia, que ultimamente, con sus abundantes criterios interpretativos, esa necesidad de especificación.

⁸ Art. 115.1.c) LRJS

⁹ Art. 16 en relación con el art. 33, ambos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, por el que se establece como justa causa para el despido la participación por parte de los trabajadores en huelga ilegal u en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal del trabajo. Art. 16 en relación con el art. 6.7, ambos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, por el que se establece que hubiesen sido elegidos para llevar a cabo el mantenimiento de los servicios previstos y se negasen a ello incurrirán en causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador. Jurisprudencia al respecto decidió subsumir la participación activa en huelga o conflicto colectivo ilegal, así como el incumplimiento de servicios mínimos o de mantenimiento durante la huelga del art. 16 DLRT en las causas específicas del art. 54.2ET (STS, Sala Social, de 18 de julio de 1986 y STS, Sala Social, de 23 de junio de 1988). Además, téngase en cuenta que el citado artículo 33 DLRT ha sido derogado por la Disposición Final 3ª.15 del Estatuto de los Trabajadores 1980.

Las causas específicas del despido disciplinario no responden a una fórmula matemática, por lo que una sola conducta realizada podría incurrir en varios tipos genéricos. Además, esta conducta, que debe ser contraria a las obligaciones del contrato, puede realizarse tanto dentro como fuera del centro de trabajo donde se presten los servicios¹⁰.

a) *Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*

El artículo 54.2.a) ET identifica como incumplimiento genérico aquellas faltas de asistencia o puntualidad al trabajo acometidas por el trabajador de manera repetida e injustificada.

Así, el núcleo sobre el cual gravita esta causa es la ausencia injustificada al trabajo, que no constituirá incumplimiento cuando encuentre justificación legal. De esta ausencia se desglosan diversas conductas; por un lado habrá que atender a la falta de asistencia, que es aquella en la que durante una o varias jornadas el empleado no comparece al trabajo, mientras que la falta de puntualidad, que se produce por llegar tarde al trabajo o marcharse antes de lo establecido, no alcanza la totalidad de la jornada.

Que las faltas sean repetidas quiere decir que esa ausencia injustificada debe darse de manera frecuente y constante y que llegue a afectar al buen funcionamiento de la actividad laboral, por lo que, mientras que no cause un perjuicio que dificulte o impida la realización de la actividad, una falta esporádica de asistencia o puntualidad aislada no debe considerarse como falta justa para motivar el despido.

El número de faltas necesarias para justificar la decisión extintiva habitualmente se encuentra recogido en las normas sectoriales que rigen en cada empresa, con su correspondiente graduación¹¹. Aunque los convenios colectivos dejen pocas dudas respecto de la gravedad de las faltas, restaría analizar otros aspectos relacionados con la culpabilidad del trabajador. Para aquellos casos en que los convenios no contengan un baremo exacto al respecto y, sin embargo, se haya procedido al despido basado en el incumplimiento contractual, será el juez, en su caso, quien deba interpretar si tanto la gravedad como la culpabilidad alegadas son suficientemente

¹⁰ Especial relevancia en las organizaciones de tendencia o empresa ideológica.

¹¹ El *Conveni Col·lectiu de treball del sector de la indústria d'hostaleria i turisme de Catalunya* para los años 2012 y 2013 establece en su capítulo quinceavo el régimen disciplinario laboral donde, además de abordar el poder sancionador del empresario y referir a la teoría gradualista en la determinación de las faltas, considera como falta muy grave en su art. 56 la comisión de 3 o más faltas de asistencia al trabajo sin justificación en un período de treinta días, 10 faltas de asistencia en un período de seis meses o 20 faltas de asistencia durante un año. Conforme el artículo 57 del mismo cuerpo normativo, las sanciones máximas que podrán incorporarse para las faltas tachadas de “muy graves” serán, o bien la suspensión de empleo y sueldo durante un período de dieciséis a sesenta días, o bien el despido disciplinario.

justificables como para poner fin a la relación. Así, reiterada jurisprudencia asienta que basta la comisión de más de diez faltas en el período de un mes, quince faltas en el período de tres meses, diecisiete faltas en seis meses, etc.; así como también evalúa la intensidad de las mismas.

La valoración del comportamiento empresarial también juega un papel importante en la decisión de la sanción, pues existen casos en los que las faltas de impuntualidad vienen de antiguo, sin que el empresario haya acudido a la imposición de amonestación o sanción alguna a pesar de ser conocedor de ellas, de donde deberá extraerse una presunción de consentimiento empresarial. En tales supuestos, no será legítimo que, de manera repentina e inesperada, el empresario sorprenda al trabajador con la más grave sanción como es la de despido, pues no sería ésta una sanción proporcionada y ajustada a las circunstancias.

b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo

El artículo 54.2.b) ET prevé como causa justa la indisciplina o desobediencia en el trabajo, por lo que a gran escala contempla la inobservancia de órdenes e instrucciones derivadas directamente del empresario o de la persona en quien éste delegue, siempre en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y organización¹², así como la transgresión por parte del trabajador de su obligación de obediencia en el contrato¹³.

Indisciplina y desobediencia son nociones jurídicas tan ampliamente inconcretas que necesariamente han tenido que ser matizadas por la jurisprudencia. Así, según los tribunales españoles, la desobediencia supone el incumplimiento respecto de las órdenes e instrucciones emanadas del empleador –o de quien éste delegue sus facultades- en el ejercicio habitual de sus potestades empresariales. Las órdenes, que se referirán a las funciones del trabajador, deben estar emitidas de forma clara y concreta y gravitar alrededor de las circunstancias de la empresa. Por su parte, la indisciplina del trabajador supone la inobservancia en el deber de diligencia y colaboración en el quehacer de sus funciones; en otras palabras, es la actitud de rebeldía contra las órdenes recibidas seguida de incumplimiento consciente y apreciado de las obligaciones contractuales. En cualquier caso, tanto la indisciplina como la desobediencia deberán ser claras, abiertas, graves y originadas en fundamento de tipo alguno, ya que de lo contrario la conducta del trabajador, si lo mereciere, debería ser penada con una sanción menos gravosa y perjudicial.

¹² Artículo 20.2 ET, sobre dirección y control de la actividad laboral.

¹³ Artículo 5.c) ET, respecto de los deberes laborales de los trabajadores.

A fin de que opere la presunción de legitimidad, las órdenes o instrucciones emitidas por el empleador u otras personas en el ejercicio regular de sus facultades directivas, deberán ser manifiestamente inequívocas. Ahora bien, puede darse el caso en el que esas órdenes o instrucciones emitidas sean irregulares, dañinas, vejatorias o hasta constitutivas de abuso, por lo que la presunción de legitimidad que opera como garantía empresarial quedaría totalmente desvirtuada.

c) Ofensas verbales o físicas

Constituyen un incumplimiento grave y culpable las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, o a los familiares que convivan con ellos; y así lo contempla el artículo 54.2.c) ET. Para que sean sancionables, los comportamientos ofensivos no únicamente tienen que estar dirigidos al empresario o a la empresa (a entender, miembros del consejo de la administración, al director, al gerente, etc.), sino también a los superiores jerárquicos, compañeros de trabajo, y hasta incluso a familiares y otras personas ajenas a la empresa.

Así pues, y como se da en la gran mayoría de las causas de despido, habrá de concretarse qué se entiende por ofensas verbales y físicas, así como el grado que éstas deben alcanzar para que sean merecedoras de despido. Las ofensas verbales son expresiones tanto orales como escritas que atentan contra la dignidad, el honor o la propia imagen de las personas dejándolas en evidencia con palabras o hechos. Son ofensas físicas las agresiones que lesionan la integridad corporal de la persona, produzca o no lesión, ya que debe tenerse en cuenta que este tipo de ofensas pueden basarse en un gesto o actitud del ofensor (carácter amenazador o coactivo que afecte a la integridad moral o a la libertad y seguridad) sin atacar directamente al cuerpo del ofendido¹⁴.

Debe ser también tenida en cuenta la tan repetida teoría gradualista, por lo que, para ver si los hechos revisten o no de la gravedad y culpabilidad requeridas para el despido, habrá que sopesar las circunstancias previas –tanto subjetivas como objetivas- que conducen al trabajador a obrar de la manera reprochable, ya que una misma palabra u acto puede tener distinta trascendencia y significación en función del contexto en que se profiera o realice.

Aunque lo habitual sea que las agresiones –verbales y/o físicas- se produzcan en el seno de la actividad laboral, la norma contempla la concurrencia en otros momentos o lugares, siempre que

¹⁴ STSJ Galicia, Sala Social, de 5 de abril de 2013 –FJ4- (ref. ROJ: STSJ GAL 2672/2013).

tenga conexión con el trabajo. Así pues, la jurisprudencia considera que las agresiones fuera del centro de trabajo no son más que “*la culminación de las amenazas proferidas durante la jornada laboral*”, con independencia de que sea o no lugar de trabajo. Así pues, el lugar o momento resultaría irrelevante siempre y cuando se prueba su conexión con el trabajo.

El derecho a la libertad de expresión juega un complicado papel en la sanción por ofensas, pues labor complicada es la de establecer dónde se encuentra el límite que lo ampara. Como resulta ya sobradamente conocido, el enjuiciamiento del despido disciplinario se debe abordar en base a un criterio gradualista que se ciña a la adecuación entre una determinada conducta y la sanción impuesta. Pues bien, cuando esa determinada conducta se concreta en unas manifestaciones críticas efectuadas en el seno de la relación laboral, la jurisprudencia establece la necesidad de ponderar, por una parte, la garantía del derecho de los trabajadores a expresar sus opiniones de manera libre¹⁵, y, por la otra, el respeto a la dignidad y al honor del empresario u otras personas afectadas, para poder así encontrar el equilibrio necesario y definir los límites de la libertad de expresión en función de las concretas expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios en que se producen¹⁶.

d) Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza

La sanción por transgresión de la buena fe contractual¹⁷ pretende sancionar la pérdida de confianza a raíz de la violación del deber de fidelidad y quebranto de la buena fe por parte del trabajador, bien protegido de esta especialidad.

En el ámbito contractual se exige pues ese deber de fidelidad mutua, ya que, en tanto que sinalagmático, el contrato genera derechos y obligaciones recíprocas¹⁸. Así pues, la deslealtad implica una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador, aunque en ningún caso podrá tratarse de una conducta admitida y tolerada por la empresa, ya sea de manera expresa o tácita.

¹⁵ Art. 20.1 CE.

¹⁶ STC, Sala 1ª, 120/1983, de 15 de diciembre (BOE nº 9, de 11 de enero de 1984) (EDJ 1983/120); STS, Sala 4ª, 324/1986, de 6 marzo –FJ3– (EDJ 1986/1768); STS, Sala 4ª, 522/1989, de 7 junio –FJ4– (EDJ 1989/5813).

¹⁷ Art. 54.2.d) ET.

¹⁸ El art. 20 ET establece que “*el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*”.

La buena fe¹⁹ es un juicio de valor respecto de aquellas conductas llevadas a cabo en el seno de las obligaciones asumidas, y que gravita sobre conceptos tales como el de lealtad, honorabilidad y confianza, siendo un criterio impositivo del actuar humano en función de su interés exclusivo con pérdida del sentido de la utilidad común²⁰.

El abuso de confianza, por su parte, supone una modalidad de la transgresión de la buena fe contractual, consistente en el mal uso de las facultades conferidas en su momento al trabajador, acompañadas del riesgo de lesión para los intereses de la empresa.

Así pues, mientras que la transgresión de la buena fe contractual constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que se exigen en la ejecución de la prestación de trabajo, el abuso de confianza, como modalidad cualificada de la primera, supone el mal uso de las facultades que se confirieron al trabajador siempre y cuando conlleven lesión o riesgo para los intereses de la empresa²¹.

En el ámbito de la transgresión de la buena fe contractual y del abuso de confianza en el desempeño del trabajo se contemplan supuestos tales como el de la negligencia²², deslealtad o concurrencia por parte del trabajador²³, así como el fraude o falsedad (engaño), substracción de bienes de la empresa, uso abusivo de poder y utilización de bienes de la empresa para uso particular, entre otros.

Sea como fuere, en la concurrencia de estos presupuestos se exige al trabajador que actúe con conocimiento de que está vulnerando ese bien protegido que es el deber mutuo de fidelidad, a pesar de que para ello no sea necesario el dolo, siendo suficiente una negligencia culpable.

¹⁹ STS, Sala 4ª, 790/1990, de 21 de mayo –FJ9– (ref. ROJ: STS 3877/1990), “*la buena fe contractual se configura por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntarias asumidas, por la probidad en su ejecución, y por la efectividad voluntaria de correspondencia a la confianza ajena, excluyente de engaño y de la finalidad de alterar el equilibrio de la relación contractual.*”

²⁰ STS, Sala Social, de 14 de enero de 1985.

²¹ STS, Sala 4ª, 160/1991, de 26 febrero –FJ3– (EDJ 1991/2108).

²² STS, Sala 4ª, 1289/1988, de 21 julio –FJ6– (EDJ 1988/6549), en la que por negligente actuar entiende el operar sin la diligencia que exige la naturaleza de las obligaciones que se asumen en concordancia de las circunstancias personales, de tiempo y de lugar.

²³ STS, Sala 4ª, 357/1991, de 17 mayo –FJ3– (EDJ 1991/5201), por la que se establece que la lealtad a la empresa obliga al trabajador a no aprovecharse de manera indebida de su reputación o esfuerzo, a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes, así como a mantener informada a la empresa puntualmente de las actividades profesionales que éste desarrolle y se sepa que puedan afectar a los intereses de aquélla. Además, la sentencia añade que ese deber de lealtad no puede inhibir la propia libertad profesional y de trabajo que ostenta el trabajador, es decir, que la empresa no puede exigir una noticia de manera inmediata y detallada.

A mayor abundamiento, se entenderá implícita la falta merecedora de despido aunque no se acredite lucro cesante ni se hayan producido daños a la empresa, pues bastará con la demostración del quebranto a los deberes de fidelidad y lealtad.

e) Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado

Otra de las causas justificativas del despido disciplinario se encuentra regulada en el art. 54.2.e) ET, que contempla la disminución continuada y voluntaria por parte del trabajador en su rendimiento, ya suponga un rendimiento normal o pactado.

Para el buen funcionamiento y armonía empresarial se pretende que la prestación del trabajo sea productiva para el patrono, además de que ésta genere utilidad a través de la obtención de resultados; es decir, el trabajador no únicamente debe ceñirse a prestar su mano de obra, sino que además deberá lograr unos objetivos.

La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo se basa pues en la presencia del bajo rendimiento de la productividad por parte del trabajador por la cual se hace efectiva la resolución extintiva. A efectos de justificar el despido se requiere de manera ineluctable la presencia de un elemento de comparación para poder llegar a concluir que efectivamente se está generando un bajo rendimiento, y para ello tanto se puede acudir a un criterio subjetivo (lo conseguido con anterioridad por el trabajador), como a un criterio objetivo (rendimiento de otros trabajadores que realicen la misma actividad). Además, estas comparaciones homogéneas deben hacerse, bien con respecto de un nivel de productividad delimitado por las partes -que es lo que se conoce como rendimiento pactado-, o bien en función del que deba ser considerado como rendimiento debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme el artículo 20.2 ET²⁴ -conocido éste como rendimiento normal-.

Muy importante es la diferenciación que establece la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo²⁵ entre la resolución contractual por incumplimiento del pacto de rendimientos mínimos²⁶ y el despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria del rendimiento. Circunstancias como la gravedad, voluntariedad y continuidad pueden servir para delimitar estas dos figuras de extinción contractual, pero, aunque pueda dar lugar a confusión, ambos supuestos tienen como común denominador el bajo rendimiento del trabajador.

²⁴ En este sentido RINCÓN SÁNCHEZ, C.: “Despidos: una forma distinta (...)”, *opere citato*, página 21.

²⁵ STS, Sala 4ª, de 30 de octubre de 2007 –FJ3– (ref. ROJ: STS 8055/2007).

²⁶ Art. 49.1.b) ET.

Sea como fuere, para apreciar la verdadera existencia de bajo rendimiento, la doctrina jurisprudencial apunta a la necesidad de que concurren notas de voluntariedad o intencionalidad del trabajador, además de reiteración y continuidad en sus (no) actos, además de la comparación dentro de condiciones homogéneas como anteriormente se ha establecido.

f) *La embriaguez habitual o toxicomanía que repercuten negativamente en el trabajo*

La embriaguez habitual o toxicomanía, cuando repercute negativamente en el trabajo, se encuentra regulada en el art. 54.2.f) ET. Esta causa extintiva del contrato de trabajo encuentra fundamento en la vulneración del deber de disciplina y diligencia, por lo que implicará una inobservancia de las reglas de la actividad laboral, una conducta indisciplinada. Así pues, este precepto está pensado para los casos en que la embriaguez o toxicomanía afecte al rendimiento laboral, disminuyendo el rendimiento o productividad.

Existen dos requisitos que configuran esta causa de despido: la habitualidad en el suministro de sustancias tóxicas y la repercusión negativa en el trabajo²⁷. El primero de ellos requiere la habitualidad en la adicción a sustancias tóxicas, por lo que el despido sería declarado improcedente en los casos que éste se motive en la embriaguez puntual –lo cual resulta irrelevante jurídicamente. Con todo, el empresario deberá probar la continuidad en la situación de embriaguez o toxicomanía, sin la necesidad que ésta deba consistir en una repetición cotidiana (se sanciona la embriaguez habitual, no beber de manera habitual).

En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que para calcular esa habitualidad en la conducta es suficiente que el empresario constate la asiduidad²⁸ con la que ésta se lleva a cabo, todo ello ante la imposibilidad de nuestro derecho positivo de fijar un número de veces con el cual ejecutar la acción. Por ejemplo, uno de los modos más frecuentes que manifiesta la reiteración en el comportamiento del trabajador se da cuando éste reincide en la conducta

²⁷ STS, Sala 4ª, de 27 de noviembre de 2002 –FJ3– (ref. ROJ: STS 7947/2002): “El texto estatutario constituye un mínimo de derecho necesario, por lo que no puede ser sancionada con una mayor dureza la embriaguez por ningún Convenio colectivo, careciendo por tanto de eficacia la sanción de despido”. Así pues, para calificar la conducta del obrero como culpable y grave (habitualidad y repercusión en el trabajo) no será válida a efectos de despido, por ejemplo la embriaguez o drogadicción “durante el servicio la conducta tipificada”, establecida como falta muy grave en el Convenio colectivo que se debate.

²⁸ La STSJ País Vasco, Sala Social, de 14 de febrero de 2006 –FJ3– (ref. ROJ: STSJ PV 505/2006) delimita el concepto de “asiduidad” determinando la exigencia de: “una persistencia, un cierto enraizamiento en la vida del individuo, es decir, una más o menos continuidad en la práctica de que se trate (...) no siendo suficiente con su ocurrencia en contadas ocasiones para configurarla como causa justa de despido disciplinario”. Además la resolución añade que “la embriaguez debe denotar (...) un ‘hábito’ en el comportamiento del trabajador, una costumbre adquirida por la repetición de actos de la misma especie”.

tipificada después de haber sido ya sancionado y advertido de las consecuencias que de dicha actitud pudiera derivarse²⁹.

En el caso de la repercusión negativa en el trabajo, es necesario que ésta quede acreditada, de modo que, de no hacerlo, aunque las conductas sean habituales, supondrá la improcedencia del despido. De lo que se trata es de establecer un equilibrio entre la vida privada del trabajador y el derecho del empresario a la organización de la empresa; por lo tanto, el derecho del empresario únicamente se ve dañado cuando influya el comportamiento del empresario de manera negativa a la relación laboral.

Esta repercusión se manifiesta, por un lado, en la disminución del rendimiento (realizar menos trabajo del encomendado o llevar a cabo una defectuosa ejecución), así como el aumento del riesgo de sufrir cualquier tipo de accidente o lesión (obreros de construcción que trabajan en altura, personal que trabaja en fábricas en cadenas con grave peligro de atrapamiento, profesores de autoescuela, etc.).

g) *El acoso*³⁰

Por último, el artículo 54.2.g) ET regula como causa de despido disciplinario el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

Este precepto –que protege tanto al empresario como a las personas que trabajan en la empresa– es un reflejo de los artículos 10 y 15 de la Constitución Española, en tanto que regulan el derecho a la dignidad y a la integridad física y moral, encontrando en ello justificación las facultades de dirección del empresario, que deberá actuar como garante.

A pesar de ciertas contradicciones doctrinales, el acoso moral o “*mobbing*” no supone una causa de extinción por la vía del 54.2.g), debiendo encajarse en otras causas previstas tales como las ofensas verbales o físicas, así como en la transgresión de la buena fe contractual. De este modo, el acoso laboral se recoge como justa causa en el art. 54.2.G ET cuando se obedece a razones discriminatorias, o sea, por razón de origen racial o étnico, religioso, convicciones,

²⁹ STSJ Asturias, Sala Social, de 29 de octubre de 2004 –FJÚnico– (ref. ROJ: STSJ AS 5098/2004).

³⁰ La Ley 62/2003, de 30 de diciembre incorpora un apartado g) al art. 54.2 ET, relativo al “*acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*”.

discapacidad, edad o relación sexual del acosado o acosada; así pues no se considera tipificado en la norma mencionada cuando el acoso no incluya contenido discriminatorio³¹.

El acoso sexual³², por su parte, se define por vez primera en el art. 2.2 de la Directiva 2002/73 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207 CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referido al acceso al empleo, formación y condiciones de trabajo.

3.3. REQUISITOS FORMALES Y DE PROCEDIMIENTO

Al ser el carácter formal uno de los requisitos propios del despido disciplinario, el art. 55.1 y 2 ET establece, entre otras, la obligación de notificación escrita del despido disciplinario mediante carta. La carta de despido tiene un carácter receptivo, pues se exige el conocimiento cabal y completo por parte del trabajador de su despido, de la fecha de efectos del mismo y de los motivos en el cual se funda.

La forma escrita junto con la concreción exacta de las fechas de la comisión de los actos es indiscutiblemente imprescindible, pues, como la jurisprudencia ha venido estableciendo de manera reiterada, en la carta de despido deben exponerse y constar los hechos de forma suficientemente expresiva e identificada, por lo que, de lo contrario, esta falta de claridad en los hechos supondría una total situación de indefensión del trabajador y limitación de los medios de defensa³³.

Cuando el trabajador estuviera afiliado a un sindicato el empresario deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales. La empresa, a la cual necesariamente deberá constarle previa y fehacientemente la afiliación del trabajador en el sindicato, tiene la obligación de comunicar al trabajador la intención de despedirle antes de materializar la medida disciplinaria, ya que, como

³¹ STSJ Castilla-León, Sala Social, de 14 de julio de 2006 –FJ2– (ref. ROJ: STSJ CL 4459/2006); donde además se establece que habrá que estar y pasar por los convenios colectivos aplicables a fin de establecer una correcta graduación de la falta y su proporcionalidad con las sanciones a imponer.

³² La STSJ Andalucía, Sala Social de 14 de marzo de 2013 –FJ3– (ref. ROJ: STSJ AND 939/2013) entiende que “*el comportamiento constitutivo de acoso, conforme a la noción que resulta del art. 2.2 de la Directiva, gravita en torno al carácter "no deseado" del mismo y sobre el hecho de tener como objetivo o consecuencia el atentado a la dignidad y la existencia de un clima hostil; lo que comporta que para la calificación del ilícito resulte indiferente lo que el sujeto ofensor aprecie con relación a su conducta, puesto que de lo que se ha de partir es de lo que percibe la víctima, ya que es este carácter subjetivo y "no deseado" lo que constituye la esencia del acoso; se resalta de esta manera que la conducta viene impuesta por parte del actor y no es consentida por la víctima, por tanto, sin reciprocidad; y ello implica que, al final, resulte necesario evidenciar la oposición frente a las conductas de acoso, mostrando la víctima su rechazo al comportamiento del sujeto activo al ponerle de manifiesto el carácter indeseado de sus actos*”.

³³ Art. 24.1 CE

ha señalado el Tribunal Constitucional, el significado de la audiencia previa no es tanto el de configurar una información general de los delegados sindicales, sino instrumentar una protección del trabajador afiliado en la medida en que la intervención previa permita al órgano sindical ejercer un control sobre la decisión empresarial³⁴.

En aquellos casos en que el trabajador asumiera funciones de representación colectiva (representantes unitarios o sindicales), delegados o responsables de prevención, previamente a la imposición de sanciones (únicamente faltas graves y muy graves) se tramitará un expediente contradictorio en el que se dará audiencia al interesado y a los restantes miembros de la representación³⁵. El art. 55 ET no desarrolla este trámite, por lo que serán los convenios colectivos los que detallen las fases a seguir³⁶.

El convenio colectivo por su parte podrá determinar otras exigencias formales mediante la incorporación de garantías complementarias (que no sustitutivas), a fin de reforzar el mínimo legal. Así, por ejemplo, el convenio colectivo puede introducir formalidades tales como audiencia previa al interesado, a los representantes sindicales, al delegado de personal o miembros de comité de empresa, así como extender la obligación de tramitar expedientes contradictorios para despidos de trabajadores sin cargos representativos³⁷, etc.

Con todo, el despido disciplinario debe adoptarse dentro de los plazos de prescripción de las faltas laborales (por eso es tan importante que se refleje en la carta de despido la fecha en la que se cometieron los hechos imputados). De este modo, el art. 60.2 ET establece que las faltas graves prescriben a los veinte días, y las muy graves a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso³⁸, a los seis meses de haberse cometido. En el caso de faltas continuadas o de carácter complejo, en las que el cómputo de prescripción es más complicado, el plazo comenzará a transcurrir una vez finalizados los actos de incumplimiento.

³⁴ STC 30/1992, de 18 de marzo -FJ6- (BOE nº 87, de 10 de abril de 1992).

³⁵ El art. 106.2 LRJS, por el que se establece las garantías del proceso, exige al empresario la aportación de expediente contradictorio al que se refieren los arts. 55.1 y 68 del ET en los supuestos de despido de los *“miembros de comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales”* habrá de aportarse por la demandada el expediente contradictorio legalmente exigido”.

³⁶ Aunque con variaciones, las fases de expediente contradictorio son, en el orden que se relatan, las siguientes: Apertura del expediente, toma de declaración al trabajador, proposición y práctica de las pruebas, informe y audiencia y formulación de propuesta de sanción.

³⁷ STS, Sala Social, 395/1989, de 20 de marzo -FJ2- (ref. ROJ: STS 2054/1989).

³⁸ No siendo la norma exhaustiva en este sentido, la jurisprudencia ha referido que las faltas prescribirán a los seis meses cuando la empresa requiera de una investigación previa acerca de la realidad y alcance de los hechos (es el caso de las infracciones ocultas).

Si no se cumpliera cualquiera de los requisitos formales relatados, la norma permite al empresario realizar un nuevo despido en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente a la fecha de efectividad del primer despido, pudiendo además ampliar la motivación de la decisión extintiva.

4. EL DESPIDO OBJETIVO

4.1. CONCEPTO Y ALCANCE

El despido objetivo se contempla de forma genérica en el art. 49.1.) ET, mientras que los arts. 52 y 53 del mismo cuerpo legal desarrollan de manera más específica esta modalidad.

A diferencia de lo que sucede con el despido disciplinario, en el despido objetivo no se da una imputación directa al trabajador por llevar a cabo unas conductas recriminatorias o indisciplinarias; al contrario, viene motivado por el suceso de unas causas denominadas objetivas, ajenas al comportamiento voluntario del trabajador. Así pues, por no derivar de un incumplimiento contractual, el despido objetivo merece un tratamiento distinto al del despido disciplinario.

4.2. CAUSAS DEL DESPIDO OBJETIVO

Las causas del despido objetivo se concretan de manera específica en el artículo 52 ET, por remisión del artículo 51.1 ET.

Como se detallará, la reforma laboral de 2012 incide de manera directa en la realidad laboral de nuestro país y más concretamente sobre esta modalidad del despido objetivo, pues es a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuando se ven modificadas la mayoría de las causas objetivas de la extinción del contrato.

La doctrina ha venido diferenciando dos grandes grupos de causas objetivas de despido; el primero de ellos engloba aquellas relativas a la capacidad del trabajador, mientras que el segundo grupo recoge aquellas otras causas derivadas de las necesidades del funcionamiento de la empresa. Ambos, aunque justifiquen la extinción del contrato de trabajo, actúan de forma distinta sobre el mismo.

4.2.1. Causas relativas a la persona del trabajador

a) *Ineptitud del trabajador*

El Art. 52.a) ET establece que el contrato podrá extinguirse por la “*ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa*”. Además, este precepto señala que aquella ineptitud “*existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento*”.

Por ineptitud debe entenderse la carencia por parte del trabajador de las necesarias aptitudes para desempeñar adecuadamente el trabajo que se le asigna³⁹, ineptitud que tanto puede ser originaria⁴⁰ como sobrevenida. A su vez, la ineptitud debe ser verdadera y general⁴¹, inferior a la media normal del lugar y profesión, referida al trabajador, permanente –que no circunstancial-, y además deberá afectar a las tareas encomendadas de la prestación laboral.

Al igual que el despido objetivo, que contempla la ineptitud sobrevenida del trabajador, el despido disciplinario –en una misma esfera de rendimiento defectuoso del trabajador- regula la disminución continuada y voluntaria en su rendimiento. En estos casos, a fin de poder diferenciar ambas figuras habrá que estarse a la existencia o no de voluntariedad en la realización del trabajo.

b) *Falta de adaptación a modificaciones técnicas*

El art. 52.b) ET permite extinguir el contrato de trabajo en aquellos supuestos en que el trabajador no se adapte⁴² a las modificaciones técnicas operadas en el seno de su puesto de trabajo habitual (no el que pueda ocupar de manera circunstancial a causa de movilidad

³⁹ La doctrina jurisprudencial define la ineptitud como la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene origen en la persona del trabajador, ya sea a causa de una falta de preparación o actualización de sus conocimientos, o por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo tales como la rapidez, percepción, capacidad de concentración, etc. (STSJ Extremadura, Sala Social, de 30 de mayo de 2013 –FJ3- (ref. ROJ: STSJ EXT 985/2013); STS, Sala Social, 663/1990, de 2 de mayo –FJ2- (ref. ROJ: STS 3500/1990).

⁴⁰ En cuanto a la ineptitud originaria, el empresario no podrá despedir a un trabajador del cual conociera su falta de condiciones mínimas exigibles para el desempeño de sus funciones en el momento de celebrarse el contrato, así como tampoco podrá despedir a aquél trabajador que, aunque habiendo superado el período de prueba, no se hubiera adaptado a las características del puesto asignado.

⁴¹ Se entiende por ineptitud general la referida al trabajo global, no a aspectos autónomos e independientes que pudieran darse en esa esfera.

⁴² Que el trabajador no se adapte al cambio no quiere decir que, aún y poder desempeñarlo correctamente, éste no quiera hacerlo.

funcional⁴³). Además, la variación aplicable a los mecanismos tecnológicos tendrá que ser razonables y haber transcurrido un mínimo de dos meses desde la finalización de la formación dirigida a la adaptación.

Esta causa de extinción contractual ha sufrido dos importantes variaciones tras la reforma laboral de 2012. Por un lado, mientras que la norma anterior no obligaba al empresario a proporcionar al trabajador un curso de formación y adaptación a los cambios técnicos introducidos, con la reforma se implanta esa obligatoriedad, de tal forma que el empresario deberá ahora proporcionar a sus empleados la asistencia técnica de profesionales mediante cursillos o actividades formativas análogas.

Otras de las novedades establecidas se refieren al tiempo requerido como necesario para completar la formación. Antes de la Ley 3/2012, el periodo adaptativo conllevaba la suspensión del contrato de trabajo; ahora, sin embargo, y dado la discutible consideración de la figura suspensiva en estos casos⁴⁴, el legislador instaura el tiempo necesario de formación como tiempo de trabajo efectivo; así pues, la doctrina, que a ello se ha referido, considera que la formación podrá llevarse a cabo de manera alterna al trabajo.

c) *Absentismo laboral*

El art. 52.d) ET contempla la extinción del contrato por faltas de asistencia al trabajo que, aun justificadas e intermitentes, alcancen el veinte por cien de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos (siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles⁴⁵), o el veinticinco por cien en cuatro meses no

⁴³ STSJ País Vasco, Sala Social, de 23 de noviembre de 1999 –FJ2– (ref. ROJ: STSJ PV 4789/1999). Fundamenta el supuesto en que el trabajador cambia de puesto de trabajo y se le asigna uno que requiere de exigencias técnicas distintas a la labor que venía desempeñando, sin lograr su adaptación. En este caso, mantiene el tribunal que no operará la causa del art. 52.b) ET por la falta de dos requisitos imprescindibles: “*que el cambio se haya operado en el puesto que se ocupaba y, además, provenga de que en él se han introducido novedades técnicas*”.

⁴⁴ La suspensión del contrato de trabajo durante el periodo adaptativo viene prevista en el art. 45.2 ET, en el que se establece que: “*La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo*”, pero, a pesar de ello, esta suspensión tampoco figura en el art. 45.1 ET, del cual resultan las causas de suspensión del contrato. Entonces, ¿suponía realmente una suspensión contractual?

⁴⁵ En la extinción por absentismo por faltas justificadas intermitentes del 20% en jornadas hábiles de dos meses consecutivos, a partir del 8 de julio de 2012 (entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio) se introduce un nuevo requisito consistente en que el “*total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles*” (artículo 18 apartado quinto de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) .

consecutivos dentro de un periodo de doce meses. En cualquier caso, todos estos periodos se computarán de fecha a fecha, no en meses naturales⁴⁶.

A diferencia de lo que ocurre en el despido disciplinario, que contempla en su art. 54.2.a) ET las faltas repetidas de asistencia o puntualidad, en el despido objetivo no son excusables las faltas de asistencias justificadas. Además, mientras que en este último las faltas de asistencia al trabajo serán intermitentes, en el despido disciplinario la ausencia (necesariamente injustificada) debe ser constante y repetida.

Así las cosas, parece evidente que el art. 52.d) ET versa únicamente acerca de faltas de asistencia al trabajo y no de puntualidad, como sí lo hace el despido disciplinario.

Por otro lado, existen faltas de asistencia que no se computaran como tal por ser derechos reconocidos por ley al trabajador, tales como la huelga legal, actividades de representación legal, licencias o vacaciones; y por derivarse de situaciones protegidas como los accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia o paternidad. Las enfermedades o accidentes no laborales también quedarán expresamente excluidos del cómputo cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, así como las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género. La Ley 3/2012 ha añadido a esta lista las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, que tampoco computarán como faltas a efectos extintivos.

Hasta la reforma de 2012, para hacer operativa esta causa de extinción era preciso examinar el número de ausencias ocasionadas por el trabajador afectado, además del índice de absentismo del total de la plantilla en ese mismo periodo tomado. Tras la reforma se mantiene el elemento individual pero desaparece el colectivo, si bien, se acentúa el fundamento jurídico que inspira este contenido y que gira en torno a la necesidad de atenuar la onerosidad que para el empresario supone mantener a un trabajador que no presta los servicios para los cuales fue contratado.

⁴⁶ La STS, Sala 4ª, de 9 de diciembre de 2010 -FJ3- (ref. ROJ: STS 7470/2010). En ella se plantea la duda interpretativa del concepto “meses”. Ésta acepta el cómputo por meses de fecha a fecha en abe al art. 5 del Código civil, que establece que *“siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha (...). 2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles”*. Y ello en base a que si se aceptara el criterio de los meses naturales existirían determinados días de falta de asistencia que podrían quedar fuera del cómputo cuando la falta de asistencia al trabajo se produjese en los días finales de mes y primeros del siguiente, en cuyo caso estos últimos no se computarían; la resolución añade que tal conclusión sería *“abiertamente contraria a la finalidad de la norma”*.

4.2.2. Causas relativas a las necesidades del funcionamiento empresarial

a) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

El Estatuto de los Trabajadores en su art. 52.c) ET establece que también podrá extinguirse el contrato de trabajo cuando se den algunas de las causas previstas para el despido colectivo en su artículo 51.1 ET; y que son las fundamentadas en: en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Tanto antes como después de la reforma, se entiende por causas técnicas las que se dan cuando concurren cambios en los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los métodos del trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y causas productivas cuando se den cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado⁴⁷.

Por lo que a las causas económicas respecta, éstas han sido enormemente matizadas tras la reforma. Así, aunque se sigan contemplando como una situación económica negativa la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, el legislador concreta ahora el significado del término “*persistente*” en el art. 51.1 ET, de forma que se entenderá como persistente la disminución si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior⁴⁸.

Ciertamente, la reforma de 2012 deja intacta la redacción del despido objetivo, pero ello únicamente a efectos gramaticales, pues afecta de manera indirecta en la medida que el art. 52.c) ET remite al desarrollo del despido colectivo, intensamente transformado. Tanto las causas económicas como las que la siguen se han visto delimitadas en su exigencia, en el sentido que desaparecen los requisitos de viabilidad y justificación de razonabilidad. A partir de la reforma, pues, el empleador se despoja de esas obligaciones, no siendo menester la alegación de viabilidad de la empresa para mantener en curso el empleo, ni justificar la razonabilidad de la decisión extintiva con el fin de seguir impulsando su competitividad laboral.

⁴⁷ En este sentido, BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012”, *opere citato*, página 30

⁴⁸ BLASCO PELLICER, A., en “La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012” establece que los trimestres deben ser inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento para la adopción de la medida y, además, el periodo temporal tenido en cuenta para configurar la causa de dicha medida no podrá ser considerado para configurar la causa de otra medida nueva.

Además, la intención del legislador en la redacción del Real-Decreto Ley 3/2012 ha sido limitar el control que los Tribunales españoles venían asumiendo hasta entonces en la concurrencia de los despidos, tanto el objetivo como el colectivo, pues considera que han llevado a cabo “juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa”⁴⁹.

Finalmente, la Disposición Adicional 20 ET, añadida por el RDL 3/2012, contempla el despido objetivo por causas económicas técnicas, organizativas o de producción en organismos del sector público⁵⁰. Aun así, esta licencia reviste algunas peculiaridades de las cuales carecen en el sector privado, pues, si bien la vía de extinción debe seguir el cauce común, las causas económicas se darán cuando se incurra en déficit presupuestario de carácter sobrevenido y persistente que impida la financiación de los servicios públicos. Existirán también diferencias en los instrumentos de prestación de servicio (causa técnicas) y en los sistemas o métodos de trabajo de la plantilla (causa organizativa). La causa de producción no sostiene peculiaridad alguna.

b) Falta de consignación presupuestaria

Supuesto especial es el del art. 52.e) ET, que prevé la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por razones objetivas en los casos en que (únicamente) las entidades sin ánimo de lucro carezcan de la suficiente y necesaria dotación presupuestaria para llevar a cabo la ejecución de planes y programas financiados por las Administraciones públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias. Se requiere para ello que los contratos se hayan establecido por un tiempo indefinido y hayan sido concertados directamente por estas esas entidades sin ánimo lucrativo.

Los organismos públicos se contemplaban junto a las entidades sin ánimo de lucro en este apartado de la norma; sin embargo, tras la reforma, se ha eliminado la mención a las Administraciones públicas en la concurrencia de insuficiencia presupuestaria del art. 52.e) ET. Únicamente concurrirá esta circunstancia de extinción por insuficiencia en el ámbito del sector

⁴⁹ En este sentido, el apartado 5º del Preámbulo del RDL 3/2012 sostiene que “*Los despidos objetivos (...) han venido caracterizándose por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencia, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas. (...) También se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos (...); ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.*”.

⁵⁰ Art. 3.2. LCSP.

público⁵¹ cuando se hallen causas económicas, tal y como ya se ha mencionado en el epígrafe anterior.

4.3. REQUISITOS FORMALES Y DE PROCEDIMIENTO

El art. 53 ET establece los requisitos a tener en cuenta respecto a la forma del despido por causas objetivas y sus efectos.

En el despido objetivo, como sucede en el despido disciplinario, se exige al empresario la comunicación escrita de la resolución extintiva mediante carta –preceptiva-. En dicha carta de despido deberá verse reflejada la causa que motiva el despido mediante una explicación clara y expresa de los hechos controvertidos⁵² para que así el trabajador pueda defenderse y reclamar contra la decisión empresarial⁵³.

El empleador no está obligado a justificar en la carta de despido la elección de unos trabajadores frente a otros⁵⁴, ya que en los despidos por causas objetivas es facultad del empresario acordar el despido conforme a su “propio y exclusivo criterio”⁵⁵ en la elección del trabajador o trabajadores afectados; eso sí, siempre y cuando tenga relación con la causa de extinción del contrato y no se trate de un legal representante de los trabajadores, que tendrán prioridad de permanencia.

Otra de las similitudes se da en la exigencia de fijación de la fecha en que surgirá efecto el despido. Ello es muy importante, pues la norma exige –ya únicamente para el despido objetivo- un plazo de preaviso de quince días a la fecha de extinción, a computar desde el momento en que el trabajador es conocedor de la decisión empresarial; y todo ello a fin de posibilitarle la búsqueda de un nuevo empleo, pudiendo para ello acogerse a seis horas semanales de su jornada

⁵¹ El art. 3.2 LCSP señala como entes públicos a: Administración General del Estado, Administración de las CCAA, Entidades que integran la Administración Local, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, organismos autónomos, Universidades públicas, entidades de derecho público dotadas de independencia funcional, entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas, órganos competentes de determinadas instituciones del Estado o de las CCAA, y Diputaciones Forales y Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco.

⁵² Cuando el empresario alegue ineptitud del trabajador tendrá que explicar las carencias del trabajador en sus tareas habituales, sin tener por ello que concretar la patología concreta; cuando verse sobre la inadaptación del trabajador, deberá concretarse en la carta el cambio técnico surgido; cuando la extinción del contrato sea por faltas de asistencia, deberán detallarse las mismas con inclusión de las fechas y períodos; y cuando se base en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, deberá hacerse constar de manera suficientemente detallada y argumentada, así como la incidencia en el puesto de trabajo que se pretende.

⁵³ STSJ Cataluña, Sala Social, de 13 de mayo de 1998 –FJ2- (ref. ROJ: STSJ CAT 4088/1998).

⁵⁴ No opera ningún criterio de selección que proteja a los trabajadores más vulnerables dentro del ámbito del mercado laboral (empleados con cierta edad, por ejemplo).

⁵⁵ STSJ Madrid, Sala Social, de 8 de julio de 2013 –FJ15- (ref. ROJ: STSJ M 9899/2013).

habitual sin que vea perdida de retribución. Ahora bien, para aquellos casos en los que el empresario no cumpla con la obligación de preaviso, ni invalidará la extinción ni será declarado improcedente el despido, simplemente será sustituible por el abono de los salarios correspondiente a dicho periodo⁵⁶.

Además, como añade el art. 53 ET, cuando la extinción del contrato se produjere por la concurrencia de alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁵⁷ deberá darse copia a la representación legal de los trabajadores para que sean conocedores de la situación⁵⁸.

En este preaviso, el empleador deberá acompañar a la comunicación escrita una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudas⁵⁹.

En el momento de entrega de la comunicación escrita el empresario deberá poner a disposición efectiva del empleado una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un tope de doce mensualidades, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año⁶⁰. Para aquellos, ahora más que frecuentes, supuestos de alegación de causa económica como motivo de resolución contractual, si el empresario no pudiera entregar la correspondiente indemnización mencionada en el momento del preaviso, éste podrá dejar de hacerlo siempre y cuando lo haga constar expresamente en el escrito, y sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir el abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva⁶¹. No existirá incumplimiento si se produce un error excusable en la cuantía de la indemnización de despido abonada⁶², pero sí lo ocasionará la demora en la puesta a disposición de mencionada cantidad⁶³.

⁵⁶ En este sentido, BLASCO PELLICER, A. (Y OTROS): “Derecho del trabajo”, cuarta edición TIB., *opere citato*, página 530.

⁵⁷ Tal y como apunta la doctrina judicial, cuando la causa de extinción sea la económica, la empresa deberá proceder al análisis de resultados económicos unitarios, y no únicamente una valoración autónoma de los distintos apartados.

⁵⁸ La copia a la cual se da traslado a la representación legal de los trabajadores es una copia de la carta de despido, pues no existe un escrito de preaviso concreto. No se establece en la norma cuál es el plazo para dar traslado del mismo, por lo que se deberá entender que se procederá a ello dentro de los diez días siguientes a la entrega del escrito de preaviso.

⁵⁹ Art. 49.2 ET.

⁶⁰ Para los casos en que el trabajador decidiera impugnar la cesión empresarial, la consignación de la indemnización de veinte días por año de servicio se verá condicionada a la calificación que luego se diera respecto del despido: si se declara la improcedencia, en caso de readmisión deberá devolverse la cantidad abonada, mientras que si se decide por la ruptura del contrato, a la cantidad ya abonada se le sumará la indemnización correspondiente. Para los casos en que el despido sea declarado procedente se consignará la cuantía ya determinada.

⁶¹ Art. 53.1.b) ET, párrafo 2º.

⁶² STS, Sala 4ª, de 11 de octubre de 2006 –FJ3– (ref. ROJ: STS 6439/2006)

⁶³ STS, Sala 4ª, de 28 de mayo de 2001 –FJ3– (ref. ROJ: STS 4424/2001) y STSJ Galicia, Sala Social, de 23 de enero de 2007 –FJ4– (ref. ROJ: STSJ GAL 1772/2007): “El error en la fijación de la indemnización que le corresponderá percibir al trabajador no implica variar la calificación de la

5. EL DESPIDO COLECTIVO

5.1. CONCEPTO Y ALCANCE

El despido colectivo se agrupa dentro de las formas de extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario, encontrándose éste regulado en los artículos 49.1.i) y 51 (modificado por art. 18, L 3/2012) del Estatuto de los Trabajadores, en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (modificado por RDL 5/2013), y en la Directiva 98/59/CE⁶⁴. Según ellos, esta modalidad de despido se funda en causas económicas, técnicas organizativas y de producción, afectando a todos, o a un gran número de los trabajadores de la empresa.

Como ya se abordó en apartados anteriores, la concurrencia de estas causas es absolutamente idéntica a la del despido objetivo, aunque con una relevante salvedad, y es que el despido colectivo exige que la decisión empresarial afecte, en un periodo de noventa días, al menos a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, al diez por ciento del número de trabajadores de empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o a treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores⁶⁵.

extinción contractual (procedente), puesto que el mismo, así lo entiende la Sala, merece ser adjetivado como excusable (art. 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral [actual art.122.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social]), (...) y es que, según sostiene el Tribunal Supremo, "debe distinguirse entre la consignación insuficiente por «error excusable» y la consignación insuficiente por negligencia o «error inexcusable», pues una interpretación «excesivamente rigorista y cerrada» del precepto, «en el sentido de que sólo sería efectiva una consignación de total equivalencia con el importe de la indemnización (...), supondría la inaplicación de la norma en la mayoría de las ocasiones», de forma que el «criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto», y «cuando el empresario cometa un error de cálculo que pueda calificarse como excusable, deben aceptarse las consecuencias que el Estatuto de los Trabajadores hace derivar del ofrecimiento y la consignación»" (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (rec. núm. 2858/2005)); Art. 122.3 LRJS: "La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan".

⁶⁴ La Directiva 98/59/CE deroga la Directiva 75/129/CEE y Directiva 92/56/CEE; esta regulación comunitaria sistematiza el despido colectivo a partir de la afectación de un determinado número de trabajadores y del modo de configurar el periodo de consultas dentro de nuestro derecho dispositivo, y del cual se hace eco el vigente Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁵ Art. 51.1 ET

Se considera igualmente despido colectivo la extinción de aquellos contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla siempre y cuando ésta sea superior a cinco trabajadores, y siempre que se den las causas previstas en el artículo 51 ET.

Así pues, coincide la doctrina científica en exigir, para que concurra el despido colectivo, no solo que la decisión empresarial afecte a los umbrales porcentuales de trabajadores establecidos por la norma, sino que será necesario, además, que aquél esté fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁶⁶.

Otro rasgo diferenciador que aleja la figura del despido colectivo del objetivo es el procedimiento llevado a cabo en uno y otro. Mientras que en el despido objetivo se exige la notificación por escrito de la decisión extintiva⁶⁷, en el despido colectivo se precisa un procedimiento previo en el que intervengan los legales representantes de los trabajadores, y una simultánea comunicación a la autoridad laboral⁶⁸.

En este sentido, el despido colectivo encuentra también similitud con el despido por fuerza mayor, con la diferencia de que éste no precisa de periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores y, sin embargo, sí que requieren del consentimiento de la autoridad laboral para llevar a cabo el procedimiento extintivo.

Por ende, tres son los elementos característicos del despido colectivo: Por un lado, debe ser causal; por otro, debe encuadrarse dentro de los umbrales establecidos por la norma; y, finalmente, debe desarrollarse mediante el pertinente y genuino procedimiento.

5.2. CAUSAS DEL DESPIDO COLECTIVO

5.2.1. Características

Como se establece en las líneas que preceden, esta modalidad de despido se fundamenta en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y puede suponer tanto una

⁶⁶ STS, Sala 4ª, de 22 de enero de 2008 (EDJ 2008/56107); STS, Sala 4ª, de 29 de febrero de 2008 (EDJ 2008/82901): *“Para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51-1 del ET EDL 1995/13475, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción”*.

⁶⁷ Art. 53 ET.

⁶⁸ Tras la reforma laboral de 2012, desaparece la exigencia de autorización administrativa así como el procedimiento administrativo que conducía a la misma.

reducción de plantilla como “*la cesación total de su actividad*”⁶⁹, esto es, la extinción de todos los contratos de trabajo.

Igual que lo que sucede en el despido objetivo –por cumplir éste con las mismas causas- el empresario deberá fundar su decisión extintiva en causas económicas cuando concurra una situación económica negativa⁷⁰, es decir, o bien cuando de la explotación resulten pérdidas actuales o previstas (a entender, en un futuro inmediato), o bien cuando exista disminución *persistente* en el nivel de ventas o ingresos ordinarios, entendiéndose por persistente –según completa la norma- la disminución tenida en cuenta durante tres trimestres consecutivos respecto de los mismos del año anterior. En relación a las causas técnicas, éstas existirán cuando se den cambios en los medios o instrumentos de trabajo; las causas organizativas cuando se den cambios en el ámbito de sistema y método de trabajo; y, finalmente, concurrirán causas productivas cuando se efectúen cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado.

Mientras que las causas económicas se proyectan en el plano de la rentabilidad empresarial, las restantes causas lo hacen en el de la actividad y productividad, queriendo ello decir que estas últimas podrán ser invocadas de manera individual e independiente a las causas económicas.

Hay que tener también en cuenta que la situación alegada por el empresario debe tener un carácter estructural o permanente, no circunstancial o episódico, pues de lo contrario se estará ante un contexto acreditativo de suspensión contractual⁷¹.

Para que el empresario pueda invocar y fundar su decisión en alguna de estas causas tasadas relacionadas con la actividad y productividad, la jurisprudencia ha venido exigiendo, con carácter general, que las mismas procedan de un contexto de objetividad, realidad, actualidad y suficiencia; lo que supondrá que no baste con una simple opinión, sospecha o expectativa de que se den tales causas, debiendo tenerse en cuenta además su extensión o envergadura.

Como ya se abordó al tratar el despido objetivo, antes de la última reforma laboral se exigía al empresario, además de su obligación de acreditar la concurrencia de la causa alegada por aquél, la justificación de que de esas causas se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para

⁶⁹ Art. 51.1 ET.

⁷⁰ Por lo que respecta al alcance de esa negatividad económica, podrán extinguirse los contratos de trabajo tanto en situaciones de pérdidas ya exteriorizadas como en situaciones de pérdidas previstas. Lo que pretende aquí el legislador es crear un tipo de “despido preventivo” a fin de evitar situaciones negativas futuras.

⁷¹ Art. 47.1 ET.

preservar o favorecer la posición de la empresa en el mercado. Sin embargo ahora, la nueva regulación únicamente exige la primera de las obligaciones, haciendo desaparecer las exigencias relativas a la contribución de los despidos a superar la causa alegada y los objetivos a lograr con los despidos proyectados (justificaciones finalistas). No obstante lo anterior, la reciente jurisprudencia establece que no desaparece la conexión de funcionabilidad, en el sentido que el empresario deberá relacionar la causa alegada con los contratos que pretende extinguir⁷².

En cuanto a la carga de la prueba, ésta la tiene el empresario, que deberá acreditar y razonar proporcionalmente la concurrencia de las causas que decida alegar⁷³ mediante datos desfavorables y resultados negativos a su producción o costes, deficiencia o atraso tecnológico, etc.

5.2.2. **Ámbito de concurrencia**

A pesar de que la Directiva 98/59/CE utilice el término “centro de trabajo” como si de una entidad diferenciada revestida de estabilidad y permanencia se tratara, lo cierto es que, en España, los umbrales que determinan la existencia del despido colectivo lo son de la empresa en su conjunto⁷⁴, rechazando así cualquier alusión a ese primer concepto. En este sentido, el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de computar los trabajadores afectados, encuadra como punto de referencia⁷⁵ a la empresa en su unidad.

⁷² En todo caso, deberá acreditarse la situación económica negativa o los cambios que motiven las tres causas restantes, determinar cómo estas causas inciden en los contratos de trabajo que pretenden ser liquidados y probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente la realidad empresarial que se pretende.

⁷³ SAN, Sala Social, de 21 noviembre 2012 (EDJ 2012/250031): “*La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios*”.

⁷⁴ STS, Sala 4ª, de 14 de mayo de 1998 (EDJ 1998/4902): “*La situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar, por ende, a la empresa en su conjunto o globalidad, lo que no posibilita en este ámbito económico la disgregación de la empresa en secciones o centros separados*”. Sin embargo, existe jurisprudencia que establece la no aplicabilidad de este criterio a las causas no económicas fundamentándolo en que éstas afectan únicamente al funcionamiento de una unidad, en este sentido, la STS, Sala 4ª, de 13 febrero 2002 (EDJ 2002/13433) establece que: “*Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes(...). En definitiva, podría afirmarse que las causas tecnológicas, organizativas y de producción afectan al funcionamiento de una unidad, pero no colocan a la empresa en una situación económica negativa, todo ello sin descartar la posibilidad de concurrencia de unas y otras*”.

⁷⁵ STSJ Andalucía, Sala Social (Sev.), de 16 de febrero de 2011(EDJ 2011/20944): “*Lo que lleva a cabo nuestra norma nacional, que establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa*

En nuestro sistema, el centro de trabajo únicamente tiene relevancia en lo que a la aplicación de las normas laborales⁷⁶ respecta, pero en ningún caso operará en el ámbito de los despidos; es más, que se despidan a todos los trabajadores de un centro de trabajo no constituirá necesariamente un despido colectivo ni seguir los cauces de su procedimiento.

Así pues, calificar el despido como colectivo únicamente dependerá –como se ha venido estableciendo– del número de trabajadores afectados de la empresa, por lo que, de no alcanzarse los umbrales establecidos por la norma, el despido se entenderá como individual⁷⁷.

La cesación total de la actividad empresarial y cierre o liquidación de la empresa y la reestructuración o reducción de la plantilla son, como ya se ha mencionado, las dos únicas situaciones que pueden dar lugar al despido colectivo, siempre y cuando concurra alguna de las causas que lo motivan. La primera de las situaciones supone el despido de la plantilla en su totalidad, siempre y cuando el número de trabajadores de aquélla sea superior a cinco. Para los casos en que se despidan a un número de trabajadores que, en un periodo de noventa días, equivalga al menos a diez trabajadores en empresas que ocupen menos de cien trabajadores, al diez por ciento del número de trabajadores en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o a treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores, se estará produciendo una reestructuración o reducción de plantilla, y no un cese total de la actividad como se da en la primera hipótesis. En este último supuesto, a fin de efectuar el cómputo de la plantilla afectada deberá tenerse en cuenta el número de trabajadores afectados en el momento de iniciar el procedimiento, sea cual sea la modalidad contractual que los regule⁷⁸.

Como el Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 51.1, la modalidad de despido colectivo podrá alcanzarse en un solo acto o de manera sucesiva. La norma exige que el cómputo se realice en un período de noventa días, teniéndose para ello en cuenta los despidos

extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria)”. Del mismo modo, la STSJ Cast-León (Bur), Sala de lo Social, de 3 noviembre 2010 (EDJ 2010/237193) establece: “Hemos de acudir al contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009, RCU 1878/08, en el cual se indicó que “a los efectos de determinar el número de trabajadores afectados en el sentido de determinar la dimensión colectiva del despido, en la forma prevista en el artículo 51 del ET, el criterio que debe de seguirse es el de trabajadores que integran el total de la empresa (unidad de cómputo)”.

⁷⁶ Art. 1.5 ET.

⁷⁷ Aunque no superen los umbrales establecidos por el art. 51 ET pero la decisión extintiva afecte a varios trabajadores, el despido individual será conocido también como “despido plural” o “despido colectivo menor”.

⁷⁸ Art. 1.1 RD 1483/2012.

ocasionados en el suceder de dicho período⁷⁹, por lo que deberá seguirse el procedimiento del despido colectivo en aquellos casos en los que se logren los umbrales exigidos⁸⁰.

No serán computables aquellas extinciones contractuales que no tengan su origen en la iniciativa del empresario; así, por ejemplo, se excluirán de dicho cómputo la extinción por las causas pactadas en el contrato, la extinción por expiración del tiempo estipulado o la realización de obra o servicio⁸¹, la extinción por ineptitud o falta de adaptación a las modalidades técnicas, así como también los despidos disciplinarios o el cese contractual a causa de la voluntad unilateral del trabajador, o por mutuo acuerdo. Sin embargo, y a pesar de estar estipulado como regla general, en ocasiones han sido objeto de cómputo los ceses contractuales que, aunque producidos a instancia del trabajador, han tenido como base el incumplimiento empresarial. Del mismo modo, en alguna ocasión no se han tenido en cuenta en el cómputo la extinción contractual surgida a raíz de traslado o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (MSCT).

En definitiva, serán computables a efectos de determinar los umbrales, la resolución judicial del contrato, los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, los despidos improcedentes⁸² y las extinciones por fin de contrato en caso de contratación temporal fraudulenta.

⁷⁹ Como criterio general, y a fin de determinar la existencia de un despido colectivo y computar el período de noventa días exigido, es necesario saber que el día final (*dies ad quem*) del cómputo del primer periodo de noventa días será aquél de la fecha de extinción del contrato –por ser el momento en el que se superan los límites establecidos–, que marcará el día inicial para el siguiente período (*dies a quo*). De este modo se realiza el despido sobre hechos ya ciertos que garantizan esa colectividad, no en base a un futuro incierto, sino con arreglo a la ley.

⁸⁰ Para aquellos casos en los que no se alcance el número de trabajadores exigidos durante el cómputo del período de noventa días para seguir el cauce del despido colectivo, deberá utilizarse la vía del art. 52.c) ET, esto es, la del despido objetivo. Sin embargo, hay que tener siempre presente el juego del fraude de ley, que opera en los casos en que, a sabiendas del empresario, y con el fin de eludir las previsiones contenidas en el artículo 51.1 ET, en períodos sucesivos de noventa días la empresa realiza extinciones contractuales al amparo del artículo 52.c) ET “*en número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación*”. Como disponen los artículos 51.1 ET y 122.2.b) LRJS, en los supuestos de fraude de ley las extinciones se declararán automáticamente nulas y sin efecto.

⁸¹ Art.49.1.c) ET.

⁸² Recae sobre el empresario la carga de acreditar que los despidos disciplinarios son procedentes, por lo que en caso de no hacerlo se presumirán como improcedentes los despidos y computarán a efectos de los umbrales del despido colectivo. De este modo, la STSJ Cast-León (Bur), Sala de lo Social, de 3 noviembre 2010 (EDJ 2010/237193) establece que: “*es la empresa y no el trabajador quien debe de probar que tales despidos disciplinarios fueron procedentes a efectos de no ser computados. Ello no solo porque tal prueba le sería más fácil pues debemos de tener en cuenta las normas sobre distribución de la carga de la prueba, muy específicamente, la contenida en el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que obliga al tribunal a tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, sino porque (...) así lo califica la empresa por causas económicas y organizativas al amparo del art.52 c) del ET*”.

5.3. REQUISITOS FORMALES Y DE PROCEDIMIENTO

Una de las diferencias entre el despido colectivo y las demás modalidades de despido es la necesidad y obligación de cumplir con una determinada formalidad o procedimiento que, de no observarse, podría acarrear la nulidad del despido⁸³.

5.3.1. Comunicación y documentación

El procedimiento de despido colectivo se inicia, a instancia del empresario, mediante comunicación escrita de apertura del procedimiento a los legales representantes⁸⁴ de los trabajadores⁸⁵ y a la autoridad laboral⁸⁶. Para los supuestos de reestructuración de plantilla deberá presentarse una solicitud de emisión de informe⁸⁷.

En esta primera fase del procedimiento se deberá aportar toda aquella documentación necesaria que aborde las causas que motivan el despido colectivo, el número y calificación de los trabajadores afectados, así como el número y clasificación de los trabajadores empleados en el último año, el periodo en el que se tiene previsto efectuar los despidos y los criterios de designación de los trabajadores.

a) Memoria explicativa

Las causas del despido deberán abordarse en una memoria explicativa. Para los supuestos de invocación de causas económicas, el empresario deberá justificar los resultados de la empresa que acrediten la situación económica negativa que se pretende⁸⁸. Así pues, el empresario deberá aportar necesariamente las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos mediante un balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, etc., y todo ello debidamente

⁸³ Art. 124.13.a).3ª LRJS: “El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de esta ley, únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista”.

⁸⁴ Representantes en el conjunto de la empresa, ya sea de unidad formal (comité conjunto o comité intercentros) o de representación unitaria o sindical.

⁸⁵ Acorde con el art. 26 RD 1483/2012, para aquellos casos en que la empresa no cuente con representantes de los trabajadores, el empresario necesariamente deberá comunicar a sus trabajadores la posibilidad de formar una comisión representativa, únicamente para el fin del despido colectivo. La falta de designación de comisión no impedirá la continuación del procedimiento.

⁸⁶ Antes del RDL 3/2012, se exigía la autorización administrativa previa de la autoridad laboral para las decisiones de despido colectivo. Después de la entrada en vigor de mencionada norma la autoridad laboral pierde esa competencia, por lo que únicamente bastará para proceder al despido colectivo su comunicación escrita.

⁸⁷ Art. 51 y 64.5 ET, art. 2 y 3 RD 1483/2012.

⁸⁸ Art. 4 RD 1483/2012.

auditado en el caso de empresas obligadas a ello. Aquellas empresas que no estén obligadas a realizar autorías deberán aportar declaración de la representación de la empresa sobre la extensión de la auditoría.

Cuando la situación económica negativa se funde en una previsión de pérdidas, a fin de acreditar esa previsión, el empresario deberá aportar información suficiente sobre los criterios utilizados para su estimación, además de presentar un informe técnico referente al volumen y carácter permanente o transitorio de esa previsión en base a, por ejemplo, datos de cuentas anuales, datos de la evolución del mercado o la posición de la empresa en el mismo.

Para los casos en que la situación negativa se alcance en una disminución persistente en el nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar documentación fiscal o contable que acredite la disminución persistente de, al menos, tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo. Además, esa documentación aportada deberá presentar los ingresos ordinarios o ventas registradas en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

En las restantes causas no económicas, y con la finalidad de acreditar los cambios introducidos y sus efectos en la plantilla de trabajadores, la norma establece que el empresario deberá emitir informes técnicos sobre mencionadas circunstancias⁸⁹.

b) Plan de recolocación externa

Se exige la inclusión de un plan de recolocación externa cuando el despido afecte a más de cincuenta trabajadores de la plantilla de la empresa⁹⁰. Este plan de recolocación se llevará a cabo en colaboración con una empresa de recolocación autorizada⁹¹, y tiene por finalidad una atención continuada de medidas efectivas adecuadas, tales como la puesta en contacto de los trabajadores afectados⁹² por el despido con ofertas de trabajo existentes en otras empresas,

⁸⁹ Art. 5 RD 1483/2012.

⁹⁰ No se dará en aquellos casos en que la empresa esté sujeta a declaración de concurso.

⁹¹ Art. 9 RD 1483/2012.

⁹² En base a la DT única RD 1483/2012, respecto de trabajadores computables a efectos de la exigibilidad del plan de recolocación externa, además de los que son objeto de despido colectivo, todos aquellos contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del reglamento de 2012 sobre expedientes de regulación de empleo y que se hubieran extinguido por iniciativa empresarial y en virtud de motivos no inherentes al trabajador, deberán incluirse en el cómputo de trabajadores que obligan a presentar un plan de recolocación. Así, la redacción de la DT establece: “Lo previsto en el artículo 9.5 respecto al cómputo de trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo por motivos no inherentes a la persona del trabajador a los efectos de la obligatoriedad de acompañar un plan de recolocación externa a la documentación de iniciación del procedimiento se

orientación profesional, formación y captación, etc. siempre sin una especial extensión e intensidad a los trabajadores mayores de edad⁹³.

5.3.2. Periodo de consultas y negociación

Tras la comunicación escrita de la apertura del procedimiento se entabla un periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores encaminado a negociar y lograr un acuerdo⁹⁴, estando las partes obligadas en todo momento a hacerlo bajo el principio de la buena fe.

Así pues, estarán legitimados para intervenir como interlocutores en el periodo de consultas ante la dirección de la empresa los representantes legales de los trabajadores⁹⁵. Esa representación generalmente corresponderá a las secciones sindicales siempre que así lo acuerden y siempre que tengan una representación mayoritaria en la empresa, y, en su defecto, la representación corresponderá a los representantes unitarios.

Para aquellos casos en que se vieran afectados por el despido varios centros de trabajo, la representación unitaria será la del comité intercentros u “*órgano de naturaleza similar*”⁹⁶. Sin embargo, en los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, podrán los trabajadores atribuir su representación a una comisión específica o “*ad hoc*”, que deberá estar constituida por un máximo de tres miembros y designada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En este último caso, los trabajadores podrán optar entre elegir democráticamente a trabajadores de la propia empresa a fin de que integren mencionada comisión o que los componentes estén designados por los sindicatos más representativos del sector de la empresa –siempre que estuvieran legitimados para ello, es decir, siempre que puedan formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo y en atención a su representatividad-.

Sea cual fuere la forma por la cual se constituya la representación de los trabajadores, ésta se transformará en una comisión negociadora constituida como órgano colegiado mediante acta, y que actuará en el período de consultas y proceso de negociación. Será en ese momento en el que se precisarán los centros de trabajos sometidos al procedimiento y, en consecuencia, si la

aplicará exclusivamente respecto de aquellos cuyos contratos de trabajo que se hayan extinguido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto que aprueba el presente Reglamento”.

⁹³ En base al art. 10 RD 1483/2012, la autoridad laboral deberá velar por el cumplimiento de esta exigencia.

⁹⁴ Art. 51.2 ET y art. 7 RD 1483/2012.

⁹⁵ Art. 26 RD 1483/2012.

⁹⁶ Art. 26.2 RD 1483/2012.

negociación se realizará globalmente para la totalidad de los centros de trabajo de la empresa o para parte de la misma⁹⁷.

Además, aunque las condiciones a observarse en el periodo de consultas vengan establecidas por las partes, se exige la fijación de un calendario de reuniones⁹⁸, dado que el periodo de consultas está sujeto a una duración máxima, que dependerá del tamaño de la empresa. Así, el proceso tendrá una duración no superior a quince días naturales en aquellas empresas de menos de cincuenta trabajadores, debiendo de celebrarse un mínimo de dos reuniones en el transcurso de ese período. Para aquellas empresas que cuenten con cincuenta o más trabajadores, el período de consultas no podrá ser superior a treinta días naturales, debiendo de celebrarse al menos tres reuniones en el transcurso de ese tiempo.

No obstante lo dicho sobre la duración del período de consultas, podrá producirse una finalización anticipada de estos períodos en los casos en los que se logre un acuerdo anterior a su finalización, o porque ambas partes estimen que es imposible lograrlo. En ambos casos, la decisión deberá ser expresamente comunicada a la autoridad laboral.

En definitiva, lo que se pretende mediante el periodo de consultas es poder lograr un acuerdo que avenga tanto a empresario como a trabajadores mediante la obtención del menos lesivo de los resultados, y todo ello evitando o reduciendo los despidos, o atenuando las consecuencias que aquéllos producen, mediante la adopción de medidas sociales de acompañamiento.

Según se desprende del artículo 8 RD 1483/2012, existen dos grandes tipos de medidas sociales⁹⁹: Por un lado existen medidas para evitar o reducir el alcance de los despidos colectivos a efectos de recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa u otra diferente mediante movilidad funcional¹⁰⁰, movilidad geográfica¹⁰¹, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo¹⁰², inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable¹⁰³, acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores o cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados. Y, por otro lado, existen también medidas llevadas a cabo para atenuar las consecuencias del despido, que se proyectan en el plano exterior de la empresa,

⁹⁷ Art. 27 RD 1483/2012.

⁹⁸ Art. 7 y 8 RD 1483/2012.

⁹⁹ En relación a las condiciones de validez de los acuerdos, se impugnaran aquellos en los que concurra dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.

¹⁰⁰ Art. 39 ET.

¹⁰¹ Art. 40 ET.

¹⁰² Art. 41 ET.

¹⁰³ Art. 82.3 ET.

a efectos de considerar el derecho de reingreso preferente que pudiera darse en la empresa dentro de un plazo estipulado, la recolocación externa a través de empresas de recolocación, acciones de formación o reciclaje profesional, promoción del empleo autónomo o en empresas de economía social –tipo cooperativas-, o medidas compensatorias de los gastos sufridos por el trabajador (gastos derivados de la movilidad geográfica o medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo).

5.3.3. Notificación del despido y efectos

Finalizado el periodo de consultas, ya sea por acuerdo o por expiración del tiempo, el empresario deberá dar traslado a la autoridad laboral del resultado obtenido. Así pues, se procederá bien a hacer efectivo el despido o bien a adquirir medidas alternativas, todo ello en función de lo pactado. Para aquellos supuestos en los que no se alcance acuerdo alguno, el empresario podrá adoptar directamente el despido –y, evidentemente cualquier otra medida menos lesiva-, debiéndolo comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral¹⁰⁴.

La comunicación del fin del periodo de consultas deberá tener lugar dentro de los quince días siguientes a la última reunión celebrada entre las partes, produciéndose, en otro caso, la caducidad del procedimiento de despido colectivo, lo que impedirá al empresario proceder a la extinción una vez transcurrido dicho periodo, y sin perjuicio de que pueda iniciar un nuevo procedimiento¹⁰⁵. Además, la comunicación deberá ir acompañada de lo acordado en el procedimiento; así, por ejemplo, se aportará toda la documentación relativa a las medidas sociales de acompañamiento, plan de recolocación, las actas de las reuniones efectuadas, etc.

Después de ello, será la autoridad laboral quien traslade dicha comunicación a la entidad gestora de prestaciones de desempleo y a la Administración de la Seguridad Social para aquellos casos en los que convenga, según lo establecido en el artículo 12.5 RD 1483/2012.

La decisión que en la negociación se adoptare deberá respetar los criterios establecidos en la comunicación inicial, tales como el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados, el periodo previsto para su duración y la designación concreta de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que el empresario tiene libertad para determinar los criterios que van a regir en la elección de esos trabajadores despedidos, ello sin perjuicio de lo estipulado en el

¹⁰⁴ Art. 51.2 ET.

¹⁰⁵ Art. 12 RD 1483/2012.

acuerdo¹⁰⁶. Aún y así, los representantes de los trabajadores¹⁰⁷ gozarán de prioridad de permanencia en la empresa¹⁰⁸, aunque podrán establecerse también otro tipo de prioridades marcadas mediante convenio colectivo o acuerdos establecidos en el periodo de consultas (trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad).

Tras haber sido comunicada la notificación a los representantes de los trabajadores, el empresario deberá hacerlo también, de manera individual, a los trabajadores afectados, y ello siguiendo el cauce del artículo 53.1 ET, esto es, el del despido objetivo. Por tanto, el empresario deberá comunicar al trabajador su decisión extintiva mediante comunicación escrita (carta de despido motivada) con simultánea puesta a disposición de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades¹⁰⁹. Como el funcionamiento será el mismo que si de un despido objetivo se tratara, el empresario podrá poner a disposición del trabajador la cuantía total de su indemnización en el momento de hacerse efectivo el despido por no haberlo podido hacer con anterioridad a causa de la situación económica alegada. Además, se mantendrá el plazo del preaviso de quince días desde la entrega de la comunicación hasta la extinción del contrato. En todo caso, se exigirá un periodo de treinta días entre la fecha de comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido¹¹⁰.

Así pues, el despido colectivo únicamente podrá hacerse efectivo tras haber agotado el procedimiento de consulta colectiva y posterior notificación a la autoridad laboral, según establece la doctrina judicial de la Unión Europea¹¹¹.

¹⁰⁶ No existen criterios de selección de los trabajadores para ser despedidos siempre y cuando se respeten principios tales como el de la razonabilidad y no discriminación.

¹⁰⁷ Según la jurisprudencia, los trabajadores que hayan sido elegidos representantes de los trabajadores a lo largo del procedimiento del despido colectivo –esto es, entre la resolución administrativa que autoriza las extinciones y la ejecución de éstas por el empresario- tendrán derecho a disfrutar de la prioridad de permanencia de los restantes representantes de los trabajadores.

¹⁰⁸ Art. 68.b) ET y 51.5 ET.

¹⁰⁹ La cantidad de la indemnización de veinte días por año de servicio puede incrementarse siempre que venga dispuesto por pacto colectivo o individual. Ha sido la jurisprudencia que ha reconocido la posibilidad de hacer entrega de una cuantía superior a la que equivale por despido objetivo con reintegro a la empresa en el supuesto de producirse una posterior reincorporación a la misma, sin afectar en ningún caso a la cuantía mínima de veinte días por año de servicio. Es preciso señalar que quedarán exentos de indemnización los trabajadores que con anterioridad se hubiesen acogido a su derecho de excedencia voluntaria –por ser esa su voluntad-, por lo que corresponderá percibir dicha cuantía el trabajador o trabajadora sustituto por la pérdida del empleo. Tampoco tendrán derecho a indemnización los trabajadores acogidos de manera voluntaria a un plan de jubilación anticipada.

¹¹⁰ Art. 51.4 ET.

¹¹¹ STribunal de Justicia (UE) Sala 2ª de 27 enero 2005 (EDJ 2005/320), por el que se establece que el empresario tiene derecho a efectuar los despidos colectivos tras la clausura del procedimiento de consulta previsto en la normativa comunitaria correspondiente, y una vez notificado el proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente.

Aunque sea –o deba ser- una obviedad, hay que tener en cuenta que los trabajadores afectados por el despido colectivo tienen derecho al cumplimiento empresarial del pago de las indemnizaciones acordadas, las medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa, por lo que en caso de incumplimiento podrán éstos presentar demanda ante la jurisdicción social¹¹², y ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que puedan derivarse¹¹³.

Finalmente, el despido objetivo genera, además de la situación legal de desempleo prevista en el artículo 208.1.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social, varios beneficios a los trabajadores afectados. De este modo, cuando los trabajadores despedidos alcancen o superen los 55 años de edad y no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, el empresario necesariamente deberá abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de dichos trabajadores, siempre y cuando se trate de procedimientos abiertos respecto de empresas no incursas en procedimiento concursal¹¹⁴.

Simultáneamente al cumplimiento de las obligaciones descritas que con carácter general se imponen, la empresa que haya llevado a cabo un procedimiento de despido, deberá además realizar una aportación económica específica al Tesoro Público¹¹⁵. La Disposición Adicional 16ª de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y el artículo 2 del Real Decreto 1484/2012 de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, disponen como requisitos esenciales para que entre en juego esa obligación de la aportación específica al Tesoro Público, que el despido afecte a trabajadores de cincuenta o más años, que la empresa tenga más de cien trabajadores (o que sumen dicha cifra cuando se trate de un grupo de empresas) y que la empresa o grupo de empresas hubiera tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores al de iniciación del procedimiento.

¹¹² Art. 15 RD 1483/2012.

¹¹³ Art. 8 LISOS.

¹¹⁴ Art. 51.9 ET.

¹¹⁵ Art. 51.11 ET.

6. EL DESPIDO POR FUERZA MAYOR

6.1. CONCEPTO Y ALCANCE

El despido por fuerza mayor se encuentra regulado en el art. 49.1.h) ET, por el que se exige la imposibilidad definitiva de la prestación de servicios a fin de justificar la extinción contractual. A la vez, este precepto remite al art. 51.7 ET¹¹⁶, en cuanto que regula la constatación de los hechos motivadores y su procedimiento, y a los arts. 31, 32 y 33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (modificado por RDL 5/2013).

La fuerza mayor es causa justificativa de despido siempre y cuando afecte a las relaciones laborales. En este sentido, a diferencia de lo que sucede en los despidos colectivos, hoy en día, no requiere periodo de consultas con los representantes legales, es preceptiva la actuación de la autoridad laboral (no cabe el despido directo), y no atiende al número de trabajadores afectados, es decir, no se distinguirá entre un despido individual y un despido colectivo.

6.2. CAUSAS DEL DESPIDO POR FUERZA MAYOR

A falta de definición legal, y a fin de concretar la noción respecto de esta modalidad extintiva, habrá que acogerse a lo establecido en el artículo 1105 del Código Civil, además de a la jurisprudencia reiterada. El mencionado artículo del Código Civil establece que nadie responderá de sucesos que no se hubieran podido prever o que, de haber sido previstos, hubieran resultado inevitables. A la vez, el artículo 1575 del mismo cuerpo legal considera como casos fortuitos e imprevistos acontecimientos externos tales como *“el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever”*; por lo que, de manera análoga, cabrá remitirse a estos preceptos.

De igual modo actúa la jurisprudencia, pues ésta remite también a esos preceptos del Código Civil a fin de asentar una mejor noción de despido por fuerza mayor. Por ello, será necesario que el suceso acaecido sea extraordinario, imprevisible e inevitable, a la vez que contrario a la voluntad del empresario¹¹⁷, debiendo diferenciarse entre fuerza mayor propia y fuerza mayor

¹¹⁶ Art. 51.7 ET modificado por la Ley 3/2012 en su art.18

¹¹⁷ En este sentido, la STS, Sala 4ª, de 8 de julio de 2008(EDJ 2008/173268) establece que *“la fuerza mayor (...) ha de entenderse como la actuación de causa extraña al empresario, es decir, como la acción de elementos exteriores que quedan fuera de su esfera de control (...) con fenómenos como el*

impropia¹¹⁸. Además de ser un hecho involuntario éste deberá atentar contra la actividad laboral hasta el fin de imposibilitarla de manera definitiva.

Así, por ejemplo constituyen supuestos de fuerza mayor –y por tanto causa extintiva contractual- incendios, inundaciones o explosiones; la anulación de concursos en las que forma parte la Administración¹¹⁹ o el desabastecimiento de materia prima derivado de huelga de transportes.

De contrario y entre otros, no constituirán causa justificativa de fuerza mayor las averías en las instalaciones, la suspensión de actividades por acuerdo gubernativo por motivos de seguridad, la parada biológica en la actividad pesquera o la finalización del contrato de arrendamiento en el que tenga establecido el local la empresa.

6.3. REQUISITOS FORMALES Y DE PROCEDIMIENTO

En cuanto a los requisitos formales y de procedimiento será preciso establecer tres fases: la iniciación, la instrucción y la resolución.

La fase de iniciación comienza a razón de la solicitud del empresario ante la autoridad laboral¹²⁰, que deberá ir acompañada de la documentación necesaria y medios de prueba que el empresario crea pertinentes y que acrediten la fuerza mayor que pretende, así como el listado de nombres y criterios utilizados para designar a los trabajadores. Simultáneamente, la empresa deberá dar traslado de ello a los representantes legales de los trabajadores, momento a partir del cual ostentarán la posición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo¹²¹.

Una vez en la fase de instrucción, la autoridad laboral competente obtendrá toda la documentación e informes necesarios (entre otros, informe de la Inspección laboral y Seguridad Social) y realizará o solicitará realizar actuaciones o informes que estime convenientes¹²².

incendio, la inundación, el terremoto, la explosión, las plagas del campo, la guerra, el tumulto y las sediciones, aparte de la fórmula general que hace referencia a los acontecimientos de carácter extraordinario que "no hayan podido preverse o que, previstos, no se hayan podido evitar".

¹¹⁸ Se entiende por fuerza mayor impropia la decisión tomada por las autoridades públicas (*factum principis*; STS, Sala 4ª, de 5 de julio del 2000 –FJ2- Rec. 3115/1999 (ref. ROJ: STS 5546/2000).

¹¹⁹ STS, Sala 4ª, de 18 diciembre 2007 (EDJ 2007/274875)

¹²⁰ La autoridad laboral competente que resuelve el expediente de regulación de empleo para fuerza mayor es la misma que actúa en los despidos colectivos (art. 31 RD 1483/2012).

¹²¹ Art. 51.7 ET

¹²² Art. 51.7 ET y art. 33.1 RD 148/2012.

En esta fase no será preceptiva la realización de un periodo de consultas entre las partes afectadas¹²³, aunque sí lo será la comunicación a los representantes de los trabajadores de la solicitud empresarial¹²⁴.

En el plazo de cinco días desde la entrada de la solicitud, la autoridad laboral dictará resolución¹²⁵, limitándose a constatar la existencia o no de fuerza mayor; por lo que este acto administrativo no autoriza la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, sino que únicamente constata la existencia de la causa y, por tanto, está autorizando los despidos. Así pues, de verificarse la existencia de fuerza mayor será el empresario quien optará entre la extinción de la relación laboral o la suspensión de los contratos, que surtirá efectos desde el momento en que se produjo el hecho causante de la fuerza mayor y de la cual deberá darse traslado a los representantes legales y a la autoridad laboral. De no verificarse, podrá iniciarse un procedimiento de despido colectivo, según lo establecido en el Título I del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Antes de la reforma, por el simple hecho de quedar la causa de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral competente, se producía automáticamente la suspensión o extinción de los contratos, sin posterior actuación empresarial. Tampoco cabía acudir al orden jurisdiccional social para su impugnación, debiendo tramitarse por la vía contencioso-administrativa¹²⁶.

Contra la resolución de la autoridad laboral cabrá instar recurso de alzada en el término de un mes y ante la jurisdicción social competente. Así, para los casos en que se obvие algunos de los pasos a seguir en este procedimiento y contemplados en el art. 51.7 ET, el despido será declarado nulo¹²⁷.

¹²³ Esto crea especial contradicción, pues la Directiva 98/59/CE, en su art. 2 (Sec. II) establece: “*Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo*”.

¹²⁴ Art. 33.2 RD 148/2012.

¹²⁵ Art. 33.1 RD 1483/2012.

¹²⁶ STSJ Castilla-León, Sala Social, de 10 de marzo de 2010 –FJÚnico– (REF. ROJ: STSJ CL 1643/2010).

¹²⁷ Art. 124 LRJS y art. 8.3 LISOS.

7. REFLEXIONES FINALES

Por el enorme impacto que produce en una sociedad como la española actual, castigada por unos niveles insostenibles de desempleo, resulta de gran interés observar cómo rivalizan conceptos tan categóricamente antagónicos como el de la libertad de mercado y contratación, por un lado, y el del intervencionismo estatal, por otro (flexibilidad del mercado laboral “*versus*” seguridad en el empleo). Los ordenamientos jurídicos tienen como finalidad –y obligación- conciliar el principio de libertad contractual, que conduce *per se* al reconocimiento de la libertad empresarial, y el principio de protección del trabajador en la esfera del mercado laboral. Ahora bien, por desgracia o por fortuna, mandatos normativos tales como el de la obligación de preaviso, el derecho a una indemnización por despido improcedente, la exigencia de la justificación de los despidos o autorizaciones administrativas previas, varían según el derecho interno de cada país.

En la compleja realidad social y económica actual, las reformas legislativas últimas han venido a decantarse claramente por una mayor flexibilización del marco de las relaciones laborales, facilitando las condiciones del despido y ampliando la discrecionalidad y poder decisional del empresario, justificando con ello la crítica de actuar al dictado de los deseos de las Confederaciones Empresariales, pues desde éstas se venía reclamando una reducción del coste de las indemnizaciones por despido, y así ha sido reconocido por el legislador. Ahora bien, estas últimas reformas normativas no podrán entenderse si no se analizan en el contexto de crisis económica y empresarial global y de agotamiento de determinados modelos productivos, como ha ocurrido en España con el sector de la construcción –que ha supuesto la liquidación de un gran número de empresas y, por tanto, el despido masivo de sus trabajadores-; pues al objetivo originario de ordenación de las relaciones laborales en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses enfrentados, se añade ahora, como motor de las reformas, el objetivo prioritario de asegurar la viabilidad de las empresas en situación de crisis económica –abaratando y aligerando sus plantillas-, e incrementar la contratación laboral nueva, que venga a aliviar las elevadas cifras del paro generadas por la crisis y, de paso, los costes sociales inherentes y las necesidades de cobertura futura del sistema público de pensiones.

Antes de la batería de reformas anticrisis, la indemnización por despido improcedente se calculaba en base a 45 días de salario por cada año de prestación de los servicios, con un tope de 42 mensualidades, reduciéndose desde entonces y hasta la actualidad a 33 días de salario por año trabajado, con un tope de 24 mensualidades. En ese mismo sentido, aunque diferente sea el caso de los despidos objetivos, donde no se rebaja la fórmula del cálculo (20 días de salario por

cada año trabajado, con un tope de 12 mensualidades), se han introducido “*innovaciones en el terreno de la justificación*” con las que el legislador pretende facilitar la procedencia y el ajuste a derecho de las medidas adoptadas por el empresario, así como su ejecución, viéndose limitadas para ello las exigencias justificativas¹²⁸. Se pretende, además, una agilización en el procedimiento que ha afectado de lleno a la modalidad del despido colectivo. Lo que ha hecho aquí el legislador ha sido fijar unos límites temporales máximos (y probablemente escasos para lo que comporta) de los periodos de consultas, así como permitir al empresario que proceda directamente al despido aunque exista desacuerdo entre las partes y la supresión de la autorización administrativa previa para aprobar los despidos y otras medidas de reorganización productiva.

Estas transformaciones y cambios sucesivos en la norma han hecho también mella en el control judicial de las decisiones empresariales, pues se restringe con ellas el papel y las facultades de los jueces en la valoración de los despidos, debiendo ceñirse únicamente a estimar la concurrencia o no de las causas que los motivan, es decir, a analizar la prueba que aporta el empresario a fin de justificar su decisión extintiva.

En resumidas cuentas, las sucesivas reformas laborales que ha experimentado nuestro país tienden cada vez más a alcanzar un mayor grado de flexibilidad laboral, en perjuicio de la seguridad en el empleo y con incremento de las prerrogativas empresariales. La desarticulación de los mecanismos de defensa de los trabajadores, que ha supuesto reducciones en las indemnizaciones por despido improcedente y en las exigencias justificativas de extinción contractual, así como la flexibilización de los procedimientos y el desbanque de criterios de valoración basados en la razonabilidad y adecuación de los fines perseguidos, prueban que la verdadera motivación del legislador, podría decirse que obsesiva, no es otra distinta que el favorecimiento de la competitividad empresarial, seguramente en la confianza de que, asegurada ésta, revertirá necesaria y positivamente en el empleo.

Y con apenas tres años de vigencia de este nuevo entorno normativo laboral, con acudir a las estadísticas publicadas por los organismos oficiales –Ministerio de Empleo y Seguridad Social-, se constata que, después de un primer año en que se produjo una cierta aceleración de los despidos –como lógica consecuencia de su abaratamiento-, en los dos últimos se ha podido constatar, además de un aumento del crecimiento económico del entorno del 1,5% sobre el PIB nacional, un incremento también de la contratación, que en el conjunto del año 2014 ha supuesto la incorporación de 417.574 nuevas afiliaciones a la Seguridad Social –para un total de

¹²⁸ Tras la última reforma cabe despedir en previsión de pérdidas (ni presentes ni reales), así como en atención a simples cambios técnicos, organizativos o de producción, entre otros.

16.775.214 afiliados-, y también un descenso del número de desempleados, que a lo largo del año 2014 se ha fijado en 253.627 personas, lo que supone un 5,39% del total de desempleados - el mayor descenso interanual registrado desde 1998-, que deja las cifras totales de paro registrado en 4.447.711 personas.

A pesar de estos datos, habrá de consignarse también, como efecto colateral negativo de las reformas, que la mayor parte de los nuevos contratos firmados son temporales –del entorno del 92%-, y que de los que se cierran como contratos indefinidos –del entorno del 8%-, son más los que se celebran a tiempo parcial que los de tiempo completo. Proporción y características de los nuevos contratos que explica que, a pesar de su incremento y del descenso proporcional del desempleo, el número total de horas trabajadas apenas haya crecido, lo que permite afirmar que en realidad estamos ante la prestación del mismo volumen global de trabajo repartido ahora, y como consecuencia de las reformas, entre un número mayor de trabajadores. Esta verificación podría ser valorada de forma positiva en el entorno de crisis en que se aplica el nuevo marco normativo –en la práctica supone un incremento del número de hogares en que entran rentas del trabajo-, si no fuera porque, por el camino, se ha producido una rebaja sustancial en la retribución –salarios- por horas trabajadas, y que los nuevo tipos de contrato no favorecen precisamente la estabilidad en el empleo –una cuarta parte de los nuevos contratos temporales tenían una duración no superior a una semana-.

Por tanto, mientras puede afirmarse ya que las nuevas reformas acometidas en los últimos años en la regulación del mercado de trabajo han debilitado sustancial y decisivamente la posición y los derechos del trabajador, todavía están lejos de ser visibles y constatables los efectos buscados con su promulgación.

8. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. Alfonso, C.L.; Ballester, M.A; Blasco, Á.; Camps, L.M.; García, J.; Goerlich, J.M.; López, J.V., Ramírez, J.M.; Roqueta, R.; Sala, T. *Derecho del Trabajo*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014. 845 pág. ISBN 978-84-9086-187-5.
2. Blasco Pellicer, Ángel. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 2013. 140 pág. ISBN 978-84-9033-642-7.
3. **Convenios Colectivos y legislación laboral** [en línea]. Madrid: CEF - Centro de Estudios Financieros, 2014. <<http://www.cef.es/convenios-colectivos/#>>. [Consulta: 15/10/2014]
4. Alzaga, I.; Apilluelo, M.; Areta, M; Buendía J.A.; Gil, J.L.; Gómez, F.J.; Luján, J.; Marín, I.; Martí, R.; Martínez, J.; Mateos, A.; Matorras, A.; Rios, J.M.; Sempere, A.V. *El despido: Aspectos sustantivos y procesales*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2004. 938 pág. ISBN 84-9767-415-4.
5. Martín, A.; Rodríguez-Sañudo, F., García J. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ed. Tecnos, 2011. 953 pág. ISBN 978-84-309-5510-7.
6. **Boletín de Estadísticas Laborales** [en línea]. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014. <<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/welcome.htm#>>. [Consulta: 21/12/2014 y 7/01/2015]
7. Rincón Sánchez, Cristina. *Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos*. Madrid: Ed. CEF –Centros de Estudios Financieros-, 2012. 166 pág. ISBN 978-84-454-2209-0.
8. Carmona, F.; Cebrián, A.; de la Cruz, V.; Delgado, I.; Fernández, A.; Gárate, J.; García, G.; García, J.I.; García, I.; Gil, J.L.; González, J.; Vives, M.P.; Iglesias, M. *Estudios sobre el despido disciplinario*. Madrid: ACARAL –Asociación de las Cajas de Ahorros Para Relaciones Laborales-, 1989. 664 pág. ISBN 84-505-9047-7.
9. Gorelli, J.; Gómez, T. *El despido disciplinario*. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2008. 452 pág. ISBN 978-84-96705-59-3.

10. Monereo Pérez, José Luis. *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas.* Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2012. 166 pág. ISBN 978-84-9004-600-5.

11. Arias Domínguez, Ángel. *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿Ha conseguido su propósito el legislador?* Madrid: Ed. Dykinson, 2014. 300 pág. ISBN 978-84-9031-968-0.

12. Barros, M.; García-Perrote, I.; Gorostegui, J.; Ibáñez, M.; Martín, L.; Reyes, J. *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral.* Valladolid: Ed. Aranzadi, 2013. 576 pág. ISBN 978-84-9898-580-1.

13. Diario El País [en línea]. *Tasa de paro en España. España crea empleo en 2014 por primera vez en siete años.*

<http://economia.elpais.com/economia/2015/01/05/empleo/1420443066_473053.html#>

[Consulta: 7/01/2015]