

LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

Abogado (*)

La reforma del mercado laboral

Tras la reforma del mercado de trabajo aprobada en el año 2010, se ha vuelto a modificar significativamente en el año 2012 nuestro mercado laboral. Esta última reforma fue provisionalmente acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, que entró en vigor el 12 de febrero de 2012 (RDL 3/2012). Con posterioridad ha sido tramitada como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012), publicada en el BOE de 7 de julio de 2012 y vigente desde el 8 de julio de 2012, es el fruto de la citada tramitación. En el número 32 de Actualidad Jurídica Uría Menéndez se publicó el artículo «La reforma laboral de febrero de 2012», en el que se abundaba suficientemente sobre las medidas adoptadas por el RDL 3/2012. Por ello, este trabajo se centra en destacar las diferencias más relevantes que la Ley 3/2012 ha introducido respecto del RDL 3/2012.

The reform of the labour market

After the labour market reform implemented in 2010, the Spanish labour market has once again changed in 2012. This last reform was provisionally agreed by the Council of Ministers through Royal Decree-Law 3/2012 of 10 February (RDL 3/2012). RDL 3/2012 has been in force since 12 February 2012 and subsequently became a draft bill on an urgent basis. Law 3/2012 of 6 July, on urgent measures to reform the labour market (Spanish Official Gazette of 7 July 2012) in force since 8 July 2012, is the result of this procedure. The article «The labour reform of February 2012» was published in number 32 of Actualidad Jurídica Uría Menéndez to analyse the measures approved by RDL 3/2012. Therefore, this article intends to pinpoint the most relevant differences implemented by Law 3/2012 in relation to RDL 3/2012.

1 · INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza las principales novedades introducidas por la Ley 3/2012, respecto de las medidas ya introducidas por el RDL 3/2012 en vigor desde el 12 de febrero de 2012.

Durante la tramitación parlamentaria fueron múltiples las enmiendas formuladas al texto del RDL 3/2012, siendo además significativo que el propio Grupo Parlamentario Popular presentara muchas de ellas, algunas de cierto calado. El acogimiento de las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular, de otras enmiendas transaccionales y de algunas otras de distinta procedencia, ha supuesto que la redacción de la Ley 3/2012 difiera en ciertos aspectos del RDL 3/2012 y que, en algunas materias, la Ley 3/2012 haya previsto aspectos que no se contemplaban en el RDL 3/2012.

Se indican a continuación las materias que se abordarán en este trabajo, que, entre otras, son las que la Ley 3/2012 ha modificado de forma más destacable:

- El contrato para la formación y el aprendizaje.
- El permiso retribuido de formación profesional para el empleo.

- El contrato de trabajo de apoyo a emprendedores.
- La distribución irregular de la jornada y el tiempo de trabajo.
- Definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en supuestos de regulación «temporal» de empleo.
- Concurrencia de convenios colectivos.
- Descuelgue del convenio colectivo estatutario.
- La ultraactividad de los convenios colectivos.
- Encadenamiento de los contratos de duración determinada.
- Causas económicas en despidos colectivos, supuestos de regulación «temporal» de empleo y descuelgue de convenio colectivo.
- Intervención de la autoridad laboral en el despido colectivo.
- Impugnación del despido colectivo por fuerza mayor.
- Consecuencias de dejar sin efecto la autorización administrativa en los despidos colectivos por fuerza mayor.
- Efectos de la nulidad del despido colectivo.

* Del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

— Sentencia declarativa a instancias del empresario sobre la justificación del despido colectivo.

— Aportación al Tesoro Público en caso de despido colectivo de empresas en beneficios y que afecten a trabajadores de 50 años o más.

— Despido por absentismo y por falta de adaptación a modificaciones técnicas.

— Fiscalidad de las indemnizaciones por despido.

— Funciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

— Jubilación forzosa establecida en los convenios colectivos.

Ya se ha anticipado que en el número 32 de esta revista se publicó un artículo sobre la profunda reforma laboral que incorporó el RDL 3/2012. No será pues objeto de este trabajo pormenorizar todas y cada una de las novedades de la reforma del mercado de trabajo del año 2012, sino abundar sobre los cambios más significativos derivados de la tramitación parlamentaria a la que se ha hecho referencia, así como citar algunas de las sentencias más relevantes recaídas hasta ahora en aplicación de la reforma en materia de despidos colectivos.

2 · LA FORMACIÓN Y EMPLEABILIDAD

La Ley 3/2012 incorpora dos novedades importantes en materia de formación y empleabilidad.

Por un lado, y por lo que se refiere al contrato para la formación y el aprendizaje, este vuelve a modificarse en un doble sentido —artículo 11. 2, apartados b) y c) del Estatuto de los Trabajadores («ET»)—:

(i) Se permite la celebración de más de un contrato de estas características, en la misma o distinta empresa, siempre que el nuevo contrato tenga por objeto la obtención de una cualificación profesional diferente. No parecía, por tanto, justificada la limitación de contratación bajo esta modalidad, habida cuenta de la imperiosa necesidad de potenciar el empleo juvenil. La caída estrepitosa de sectores como el de la construcción, cuya reactivación es improbable a corto y medio plazo —quizás también a largo— han dejado sin empleo a muchos jóvenes que necesitan cualificarse en otros sectores para incrementar su empleabilidad. Por ello, resulta

relevante la posibilidad de poder concertar este tipo de contrato para obtener una cualificación distinta a la obtenida con anterioridad para otro puesto o para un sector distinto.

(ii) Se posibilita igualmente que el contrato para la formación y el aprendizaje pueda prorrogarse, por dos veces y hasta la duración máxima de tres años, sin que la prórroga pueda tener una duración inferior a seis meses.

Por otro lado, y en relación con el permiso retribuido de 20 horas anuales de formación establecido en el artículo 23 del ET, las novedades de la Ley 3/2012 son las siguientes:

(iii) Dicha formación deberá estar vinculada a la actividad de la empresa, y no sólo al puesto de trabajo —que también—.

(iv) Se podrán acumular esas horas por un periodo de hasta cinco años, y no de hasta tres años como establecía el RDL 3/2012.

(v) La concreción del disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario, salvo que el convenio colectivo lo regule.

(vi) Este derecho se entiende cumplido si dicha formación se realiza en el marco de un plan de formación desarrollado a iniciativa del empleador o del convenio colectivo. No podrá entenderse ejercitado el derecho si la formación impartida es de obligado cumplimiento de conformidad con la normativa aplicable.

3 · EL CONTRATO DE TRABAJO DE APOYO A EMPRENDEDORES

También ha resultado modificada esta modalidad contractual (artículo 4 de la Ley 3/2012) que tantas críticas suscitó tras la promulgación del RDL 3/2012.

La modificación más relevante la incorpora *ex novo* el nuevo apartado 2 de la disposición transitoria novena de la Ley 3/2012. Este apartado establece que solo cabe este tipo de contratación hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%.

Por lo que se refiere al periodo de prueba, la Ley 3/2012 añade que no cabrá celebrar periodo de prueba alguno si el trabajador ya estuvo desempeñando las mismas funciones en la empresa, bajo cualquiera otra modalidad contractual.

Además, para mantener los incentivos vinculados a este tipo de contratación, la empresa deberá mantener el empleo no solo del trabajador contratado durante tres años, sino el nivel de empleo obtenido con esta contratación durante, al menos, un año desde su celebración.

Se aclara que las extinciones por causas objetivas procedentes no implicarán incumplimiento de la obligación de mantener el empleo.

Por último, se establece que, además de las bonificaciones establecidas expresamente para esta modalidad contractual, serán también de aplicación los incentivos fiscales establecidos en el artículo 43 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. De hecho, la disposición final decimoséptima de la Ley 3/2012 da una nueva redacción a esta disposición —*Deducciones por creación de empleo*— estableciendo las deducciones de la cuota íntegra que podrán aplicarse los empleadores que utilicen esta modalidad contractual y mantengan el nivel de empleo en la empresa.

4 · TIEMPO DE TRABAJO

4.1 · Distribución irregular de la jornada

La novedad que el RDL 3/2012 introdujo en esta materia (artículo 34.2 del ET) fue añadir que, en defecto de pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores, aquella podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5% de la jornada de trabajo.

Pues bien, la Ley 3/2012 amplía el porcentaje citado hasta el 10% de la jornada de trabajo.

Igualmente, ahora se añade que el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días *«el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella»*.

4.2 · Conciliación de la vida personal, familiar y laboral

La Ley 3/2012 modifica el apartado 8 del artículo 34 del ET, añadiendo un segundo inciso. Se concretan así las formas en las que el trabajador puede adaptar la distribución y duración de la jornada de trabajo, a los efectos de hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Este segundo inciso añadido *ex novo* al artículo 34.8 del ET, es del siguiente tenor literal:

«A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros medios de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas».

5 · SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO O REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

¿Cuáles son las novedades que la Ley 3/2012 incorpora en esta materia?

En primer lugar, se definen las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que pudieran fundamentar estas medidas, por cuanto el RDL obvió esta definición. Así, el actual artículo 47 del ET ya incluye una definición de estas causas, en términos idénticos a la redacción de las causas que justificarían el descuelgue del convenio colectivo.

También se añade la posibilidad de que las partes sustituyan el periodo de consultas por el procedimiento de mediación y arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa.

Se establece expresamente la impugnación de la decisión empresarial por parte de la autoridad laboral a instancias de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando dicha decisión pudiera tener por objeto la percepción indebida de prestaciones.

Por último, se aclaran los efectos de una sentencia que declare injustificada la medida: se reanudará el contrato de trabajo y el empresario quedará obligado a abonar los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la reanudación del contrato, o las diferencias que resulten de haberse percibido la prestación por desempleo, sin perjuicio de la obligación de reintegro por el empresario de dichas prestaciones.

6 · NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Son igualmente relevantes las novedades que la Ley 3/2012 incorpora en determinados aspectos relacionados con la negociación colectiva. A continuación se analizan cada uno de los cambios respecto de lo contemplado en el RDL 3/2012.

6.1 · Descuelgue del convenio colectivo (artículo 82.3 del ET)

Por lo que respecta a la posibilidad de descogarse del convenio colectivo de aplicación, una primera modificación se centra en aclarar las causas económicas justificadoras de la medida.

En concreto, se precisa qué debe entenderse por «*disminución persistente del nivel de ingresos o ventas*» en un doble sentido: (i) se añade el término «*ordinario*» tras «*ingresos*», de forma que esa disminución deberá evidenciarse respecto de los ingresos ordinarios de la empresa, y no respecto de cualquier otro; y (ii) se establece que para acreditar la disminución de ingresos ordinarios o ventas que exige la norma, habrá de estarse en términos comparativos a los mismos dos trimestres del año anterior.

Otra de las modificaciones incorporadas está relacionada con el principio de igualdad. Así, se prevé que el acuerdo por el que se pacte la inaplicación del convenio colectivo no podrá afectar a la aplicación de las obligaciones del convenio encaminadas a eliminar la discriminación por razón de género, o las que, en su caso, se establezcan en el Plan de Igualdad de la empresa.

Mientras que el RDL 3/2012 dejaba a las partes la facultad de someter sus discrepancias a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se hubieran establecido en los acuerdos interprofesionales, ahora se establece de forma taxativa la obligación de recurrir a estos procedimientos (incluido el arbitraje vinculante) en el caso de desacuerdo de las partes o de desacuerdo de la comisión del convenio colectivo.

Por último, se incorpora la obligación de comunicar a la autoridad laboral el resultado que haya finalizado con la inaplicación del convenio, solo a los efectos de depósito.

6.2 · Concurrencia de convenios. Prioridad del convenio de empresa (artículo 84.2 del ET)

Aunque ya el RDL 3/2012 apostaba de forma clara por la prioridad del convenio de empresa respecto del convenio sectorial de ámbito superior, resulta muy significativa la modificación que la Ley 3/2012 incorpora en el artículo 84.2 del ET a los efectos de destacar esa prioridad.

En este sentido, se aclara de forma expresa que el convenio de empresa «*podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior*».

6.3 · Ultraactividad (artículo 86.3 del ET)

Mientras que el RDL 3/2012 preveía dos años de ultraactividad desde la denuncia del convenio colectivo en cuestión, este periodo se ve ahora reducido a un año.

A los anteriores efectos, la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012 establece que, para los convenios colectivos que hubieran sido denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, el citado plazo de un año se computará a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, es decir, a partir del día 8 de julio de 2012.

6.4 · Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

La disposición adicional quinta de la Ley 3/2012 modifica el disposición final segunda del ET, para regular con mayor profundidad y rigor las funciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Sin perjuicio de que quede por desarrollar todavía reglamentariamente la composición y organización de esta Comisión, la disposición adicional quinta de la Ley 3/2012 establece ya su carácter tripartito y se especifican las siguientes competencias:

- (i) Labores de asesoramiento y consulta: ámbito funcional del convenio, convenio aplicable a una empresa y extensión de un convenio colectivo.
- (ii) Estudio, información, elaboración y difusión —mediante el Observatorio de la negociación Colectiva— de documentación sobre la negociación colectiva.
- (iii) Intervención en procedimientos de solución de discrepancias en casos de «descuelgue».

Por último, el apartado 3 de esta disposición adicional establece que las competencias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se entenderán sin perjuicio de las atribuciones que la ley confiere a los órganos judiciales y a la autoridad laboral.

7 · ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES (ARTÍCULO 15.5 DEL ET)

Mediante Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, se suspendió desde el 31 de agosto de 2011 y hasta el 31 de agosto de 2013 la conversión en indefinidos de los trabajadores que, en un periodo de 30 meses, hubieran estado contratados durante más de 24 meses mediante dos o más contratos temporales.

El RDL 3/2012 redujo dicha suspensión hasta el 31 de diciembre de 2012.

El artículo 17 de la Ley 3/2012 aclara ahora lo que no hacía el RDL 3/2012, es decir, cómo computar a efectos de la suspensión establecida el tiempo transcurrido desde el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012. Y la Ley establece expresamente que *«quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta meses a que se refiere el artículo 15.5. del Estatuto de los Trabajadores, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya o no existido prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas»*.

8 · EL DESPIDO COLECTIVO

Varias son las modificaciones que la Ley 3/2012 establece en relación con los despidos colectivos, su tramitación y su impugnación.

En todo caso, debe mencionarse que a la fecha de preparación de este artículo no existe todavía aprobación del Reglamento de desarrollo del artículo 51 del ET que regula el despido colectivo.

8.1 · Causas económicas

En la definición de las causas económicas, me he de remitir a lo ya expuesto en el apartado 6.1. anterior en relación con la disminución persistente de ingresos o ventas: la Ley 3/2012 precisa también que en los despidos colectivos esta disminución debe referirse e los ingresos «ordinarios» y que este descenso debe medirse considerando los mismos trimestres —en el caso de despidos colectivos, tres trimestres— del año anterior.

8.2 · Procedimiento

Precisa la Ley 3/2012 que la empresa queda obligada a acompañar toda la documentación necesaria en la que fundamente las causas motivadoras del despido colectivo, en los términos que reglamentariamente se determinen¹, a la comunicación de la apertura del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral; requisito este esencial, so pena de incurrir en un defecto de nulidad del procedimiento al amparo de lo dispuesto en el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social («LRJS»), también modificado a tales efectos por la Ley 3/2012².

¹ Hay que recordar que esta norma reglamentaria no está aprobada a la fecha de redacción de este trabajo. No obstante, la sentencia del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 declara la nulidad del despido colectivo, al estimar que el artículo 6 del Real Decreto 801/2011 sigue vigente (en lo que no se oponga a la definición de las causas económicas del art. 51 del ET), y, en ese sentido, la memoria de causas justificativas de la extinción aportada por la demandada es *«sumamente genérica sin indicación de cifras, datos económicos o previsiones, no completándose la misma siquiera con los anexos, inexistentes, ni con la documentación contable legalmente exigida, concretamente las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante o si la empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, la aportación de la declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría»*.

Asimismo, en este procedimiento se acredita la existencia de grupo empresarial, con dirección y control único, del que forma parte la empresa demandada y se estima que no se ha cumplido con la obligación de presentar las cuentas consolidadas de la sociedad dominante del grupo.

² A tales efectos resulta de interés la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de Cataluña de 23 de mayo de 2012. En este caso, la Sala de lo Social declara la nulidad del despido colectivo, pues determina que la empresa forma parte de un grupo de empresa a efectos laborales, al comprobarse dirección unitaria, prestación indistinta de servicios y confusión patrimonial. En este sentido, la documentación requerida debe afectar a la totalidad de las empresas del grupo, por lo que, en caso contrario, el despido se produce en fraude de ley, pues vacía de contenido el período de consultas. Al respecto señala la Sala de lo Social que existe *«fraude en la decisión extintiva por cuanto el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al desenvolverse el mismo en una marco mucho más reducido que aquel que correspondía, con la clara y obvia intención de poder acreditar en tal marco la con-*

Igualmente, la Ley 3/2012 establece que el periodo de consultas podrá sustituirse en cualquier momento por los procedimientos de mediación o arbitraje aplicables en el ámbito de la empresa, sin que esta posibilidad extienda el plazo máximo señalado para el citado periodo.

conurrencia de la causa objetiva invocada. El fraude en la necesaria y correcta identificación del empresario al inicio del proceso ha contaminado, indefectible y necesariamente, el acto extintivo ejercido (...) la documentación entregada y por lo tanto los elementos fácticos sobre los que descansa la concurrencia de la causa, adolecen de la no consideración de las circunstancias reales en las que se encuentra el conjunto de empresas que constituyen el grupo a efectos laborales, sin que por tanto las causas especificadas sean conformes a las exigencias dispuestas en el artículo 51.2 a) del ET».

En el mismo sentido se pronuncia de la sentencia del TSJ de Madrid de 25 de junio del 2012, que además tiene en consideración que, entre otras carencias, no se había incluido en el escrito de apertura de consultas dirigido a los representantes de los trabajadores el periodo previsto para la realización de los despidos. De la misma forma, la Sala resalta que la empresa no adjuntó la relación nominativa de los trabajadores afectados por el despido colectivo ni, en su defecto, concretó los criterios considerados para su designación, logrando que se mantuviera «*en la máxima inseguridad a todos los trabajadores que eventualmente pudiesen resultar incluidos en la medida extintiva*». Según la sentencia, dicha omisión impide que se negocie de manera adecuada el período de consultas y la inclusión del abono de cuotas del convenio especial para los trabajadores mayores de 55 años.

También resulta de interés a los efectos analizados la sentencia del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2012: en el caso concreto, la empresa presentó datos provisionales durante el período de consultas (dos días antes de que se aprobaran las cuentas oficiales). El TSJ determinó que los datos contables no eran coincidentes entre las cuentas oficiales y las provisionales, y declaró la nulidad de la medida. Asimismo, se desestima la concurrencia de pérdidas previsibles, cuando la lectura de las cuentas oficiales, aprobadas dos días después del inicio del período de consultas, no coinciden con las aportadas a la representación de los trabajadores, deduciéndose de la memoria, en todo caso, que no concurre situación económica negativa, puesto que la previsión, contenida en ella, es favorable.

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 declara la nulidad del despido colectivo de un grupo de empresas, por no presentar la totalidad de la información económica (según el art. 6.4 del RD 801/2011), ya que se trataba de un grupo de empresa también a efectos laborales. Adicionalmente, se acredita que no se establecieron los criterios de selección de los trabajadores afectados, y se identificaron ciertas actuaciones fraudulentas por parte del Grupo en el desarrollo del despido y de las negociaciones (como presiones a los negociadores durante el proceso).

Por su parte, la reciente sentencia del TSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 declara acreditada la existencia de los requisitos formales de aportación documental, así como la causa económica, organizativa y productiva alegada por la empresa para llevar a cabo el despido colectivo, declarando la medida ajustada a derecho. El TSJ analiza principalmente la intervención de algunos trabajadores en el proceso, la acreditación de las condiciones formales y los documentos a aportar, así como algunas cuestiones relevantes relacionadas con las obligaciones de grupos de empresas.

8.3 · Intervención de la autoridad laboral

La autoridad laboral ve ampliada sus competencias, pues la Ley 3/2012 incorpora la posibilidad de que durante el periodo de consultas, aquella pueda realizar actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes, o llevar a cabo funciones de asistencia, a petición de cualquiera de las partes o a su propia iniciativa, y ello con el fin de buscar soluciones al despido colectivo.

8.4 · Fuerza mayor

Se precisa en el artículo 51.7 del ET que la autoridad laboral debe limitarse a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, y que a esta corresponde la decisión extintiva, de la que dará cuanta a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores.

Por otro lado, la Ley 3/2012 suple la laguna en la que había incurrido el RDL 3/2012: el procedimiento de impugnación de la resolución administrativa de la autoridad laboral en el despido colectivo por fuerza mayor. Se establece ahora esta posibilidad expresamente al haberse modificado la letra n) del artículo 2 de la LRJS y los artículos 7 y 8 de ese texto legal.

Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional —en función del ámbito territorial del despido colectivo que fuera a mayor— conocerán en única instancia de estas impugnaciones.

8.5 · Procedimiento de impugnación del despido colectivo ante la jurisdicción social

La redacción del artículo 124 de la LRJS se ha visto igualmente modificada en varios aspectos.

8.5.1 · Legitimación activa de la representación sindical

Se precisa que los representantes sindicales deberán tener implantación suficiente en el ámbito del conflicto colectivo, a los efectos de su legitimación activa en el procedimiento.

Ante el vacío normativo existente, otra cuestión de interés radica en determinar si en ausencia de representación legal o sindical de los trabajadores en la

empresa, la comisión *ad hoc* puede interponer la demanda de impugnación del despido colectivo. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña se ha pronunciado ya en esta materia el 23 de mayo de 2012 admitiendo la legitimidad activa de esta comisión³.

8.5.2 • Acción declarativa a instancias del empresario

La Ley 3/2012 incorpora aquí una novedad de calado: la empresa podrá presentar demanda a efectos de obtener una sentencia que declare la decisión extintiva ajustada a derecho.

Esta demanda podrá interponerse solo cuando los representantes de los trabajadores o la autoridad laboral no hayan ejercitado la correspondiente acción en el plazo de los veinte días hábiles. El plazo para interponer esta acción será igualmente de veinte días desde la finalización del plazo anterior.

La sentencia que se dicte será declarativa y tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, y los representantes de los trabajadores estarán legitimados pasivamente en este procedimiento.

8.5.3 • Cómputo del plazo para ejercitar la acción y concurrencia de varias acciones

En caso de acuerdo durante el periodo de consultas, el plazo de veinte días hábiles para presentar la demanda colectiva se computará desde la fecha del acuerdo.

Se especifica de forma expresa en la norma que el plazo de caducidad de la acción individual del despido se suspenderá por la presentación de la deman-

da por los representantes de los trabajadores o por el empresario.

También se concreta qué ocurre si la demanda colectiva concurre con la demanda que de oficio pueda formular la autoridad laboral. Y en este sentido se puntualiza que la demanda de oficio se suspenderá, quedando legitimada la autoridad laboral para ser parte en el proceso colectivo previamente interpuesto, cuya sentencia tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución.

8.5.4 • Motivos de la demanda

Por lo que respecta a los motivos en que puede fundamentarse la demanda de impugnación del despido colectivo, también la Ley 3/2012 modifica lo establecido en el RDL 3/2012 y concreta las siguientes causas:

- no haber realizado el periodo de consultas;
- no haber entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET;
- no haber respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del ET (despido colectivo por fuerza mayor); y
- que la decisión extintiva se haya efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas⁴.

8.5.5 • La nulidad de la decisión extintiva y sus efectos

¿En qué casos podrá declararse la nulidad del despido colectivo?

Son igualmente destacables las aclaraciones que a este respecto se incorporan en el artículo 124 de la

³ Ante la excepción propuesta por la empresa sobre la falta de legitimación activa de la comisión de trabajadores *ad hoc*, considera el TSJ que, pese al vacío normativo, este órgano tiene legitimación para actuar y representar a los trabajadores. La comisión *ad hoc* tiene legitimación activa para impugnar el despido colectivo, porque se considera incongruente que un órgano legitimado para convenir las extinciones colectivas no esté capacitado para impugnarlas, ya que dicha limitación supondría que no habría modo de impugnarlas en empresas sin representación. Razona el TSJ que «*el propio artículo 124.11 apartado b) no permite excluir, sino que por el contrario debe incluir necesariamente a la comisión de representantes, por cuanto forman parte de lo que genéricamente dicho precepto legal enumera como representación de los trabajadores, careciendo de sentido que se tuviera capacidad para extinguir los contratos y no para impugnar de forma colectiva la decisión extintiva empresarial, lo cual llevaría a una diferenciación no querida por el legislador entre las distintas representaciones para poder accionar bajo esta modalidad procesal*».

⁴ La sentencia del TSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 descarta la concurrencia de indicios de discriminación por razón de sexo, aunque haya más trabajadoras afectadas que trabajadores, concretamente dos. En este caso, la distinción se justifica sobradamente en el plan de redimensionamiento ejercitado por la empresa, que acredita una selección precisa, que excluye trato peyorativo alguno. Sin embargo, la sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2012 declara la nulidad del despido, aun admitiendo la concurrencia de causas a efectos dialécticos, porque se acredita que la mayoría de afectados están afiliados a un determinado sindicato y una parte de ellos fueron despedidos previamente por razones objetivas, declarándose la nulidad de los despidos.

LRJS y que coinciden en buena medida con las causas motivadoras de la demanda: (i) no haber realizado el periodo de consultas⁵; (ii) no haber entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET; y (iii) no haber respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del ET.

En relación con la nulidad del despido colectivo, se llama la atención sobre la sentencia dictada por el

TSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2012. Razona esta sentencia que, si el período de consultas concluye sin acuerdo, la empresa está obligada a notificar a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores su decisión extintiva, entendiéndose que la falta de notificación a los representantes de los trabajadores es causa de nulidad, puesto que es el requisito constitutivo para que estos puedan impugnar colectivamente dicha medida⁶.

También resulta de interés en esta materia la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 28 de septiembre de 2012. Esta resolución considera que el despido se ha ajustado a derecho y no constituye fraude procesal, rechazando por tanto su nulidad. Señala la Sala que un grupo de empresas a efectos laborales está legitimado para promover el ERE, y que el período de consultas es más garantista si se lleva a cabo globalmente.

Se añade también un último párrafo al apartado 11 del artículo 124 de la LRJS para hacer constar de forma expresa los efectos de la nulidad del despido: los trabajadores tendrán derecho a que se les incorpore en su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 123, 2 y 3 de la LRJS (artículo relativo a los efectos de la sentencia recaída en el proceso de impugnación de la extinción contractual por causas objetivas).

8.5.6 • Despido colectivo derivado de fuerza mayor

El RDL 3/2012 obvió establecer las consecuencias de dejar sin efecto por sentencia la resolución administrativa en virtud de la cual se hubieran producido extinciones contractuales derivadas de fuerza mayor. Por ello, es destacable la incorporación de un nuevo apartado 11 al artículo 151 de la LRJS, a fin de regular esta cuestión.

Dice ahora expresamente esta disposición que la sentencia declarará el derecho de los trabajadores a reincorporarse a su puesto de trabajo, si bien, el empresario podrá optar, en el plazo de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia, por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para el despido improcedente.

⁵ La sentencia del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 determina que no hubo negociación durante el período de consultas. En ese sentido señala que otra causa de nulidad del despido colectivo es la «inexistencia de un verdadero período de consultas o de negociación, conforme exige el art. 51.4 del ET sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos (...) La empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del e.r.e. con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y sería, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial».

La sentencia de la AN de 18 de junio de 2012 estima la demanda interpuesta contra el despido colectivo, al concluir que la empresa convocó y negoció indistintamente con comités de empresa, con las secciones sindicales e incluso con un miembro de una Federación sindical, «dando lugar a una suerte de comisión mixta que no reúne por sí misma los requisitos legales para la válida negociación y consecución del eventual acuerdo. En ningún momento quedó claro quiénes constituían formalmente la interlocutoria de la empresa en el período de consultas, confundiendo esta última a Federaciones sindicales con secciones e incluso —tal como se desprende del testimonio propuesto por la empresa—, identificando adscripción sindical de los miembros de comité de empresa con representantes de la correspondiente sección. Por tanto, mal se podría haber cumplido con los requisitos de mayorías en el voto que precisa el art. 41 ET para el eventual acuerdo. Ello dio lugar a una comisión híbrida que no reúne por sí misma los requisitos legales para la válida negociación y consecución del eventual acuerdo». Reitera la AN que «la interlocutoria de la empresa en el período de consultas es, con carácter general, la representación unitaria, y en aquellos centros en los que tal representación no exista, los trabajadores podrán atribuir su representación a una comisión creada ad hoc para participar en el proceso negociador, cuya composición es decidida por ellos eligiendo libremente entre dos opciones que marca la Ley: bien por trabajadores de la propia empresa o bien por componentes designados, en función de su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma; comisión ad hoc que adoptará sus acuerdos por el voto mayoritario de sus miembros. Ahora bien, de modo alternativo a la negociación con la representación unitaria, es posible que el período de consultas se lleve a cabo con las secciones sindicales, pero para ello es necesario que éstas así lo acuerden y sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. Por fin, dado que la negociación se encamina a la consecución de un acuerdo, la norma establece el sistema de mayorías para su válida concertación: requiere el voto favorable de la mayoría de la representación unitaria, o bien, en su caso, de la representación sindical que, en su conjunto, represente a la mayoría de la primera».

⁶ La sentencia tiene un voto particular, según el cual la notificación se consumó, aunque no se realizara formalmente, porque la empresa entregó el plan de recolocación, así como la lista definitiva de despedidos, siendo buena prueba de ello que los demandantes impugnaran la medida empresarial.

De no ejercitarse esta opción por escrito ante el órgano judicial, la empresa deberá comunicar a los trabajadores la fecha en que deberán incorporarse a sus puestos dentro de los quince días siguientes a la firmeza de la sentencia. En tal caso, los trabajadores tendrán derecho a los salarios dejados de percibir —con deducción de los que hubiere percibido tras la extinción— y vendrán obligados a devolver la indemnización percibida.

La falta de readmisión o readmisión irregular se rige por lo dispuesto en los artículos 279 a 281 de la LRJS.

Si la resolución administrativa se deja sin efecto por apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, la readmisión deviene obligada —sin posibilidad de opción alguna— y procederá igualmente el abono de los salarios dejados de percibir, pudiendo instarse la ejecución de la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 y siguientes de la LRJS.

Otra cuestión de la que se ocupa en esta materia la Ley 3/2012 es la devolución de las prestaciones por desempleo que se hubieran percibido. A tales efectos, el apartado 11 del artículo 151 de la LRJS se remite a lo establecido en el artículo 209.5 de la Ley General de la Seguridad Social («LGSS»).

Por último, la modificación incorporada al artículo 206.1 de la LRJS aclara que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en el proceso de impugnación de la resolución administrativa recaída en los despidos colectivos derivados de fuerza mayor.

8.5.7 · Aportación al Tesoro Público en caso de despido colectivo de empresas en beneficios y que afecten a trabajadores de 50 años o más

La disposición final cuarta de la Ley 3/2012 modifica de nuevo la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto —ya alterada por el RDL 3/2012—, en relación con los despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios, a los efectos de efectuar la aportación económica al Tesoro Público establecida en la norma.

La nueva normativa endurece la situación para las empresas, por cuanto reduce el número de empleados de la plantilla de estas empresas o grupos de empresas. Ahora bastará con que la empresa o gru-

po tenga más de 100 trabajadores (mientras que el RDL 3/2012 preveía una plantilla superior —500 trabajadores—) a efectos de serles exigible la aportación al Tesoro.

Además, se establece expresamente que la aportación será aplicable cuando afecte a trabajadores con cincuenta o más años cuyo contrato se extinga —cualquiera que sea la causa— tras haber estado previamente afectados por un proceso de regulación temporal de empleo, y siempre y cuando no haya transcurrido más de un año desde la finalización de la situación legal de desempleo y la extinción del contrato. En estos casos, para el cálculo de la aportación económica se tendrán en cuenta las prestaciones derivadas de la situación de regulación temporal de empleo, así como las cantidades en concepto de reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo.

Igualmente, en esta materia hay que estar a las disposiciones transitorias duodécima y decimocuarta de la Ley 3/2012.

La disposición transitoria duodécima se refiere a las empresas afectadas por la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, en el caso de que hayan llevado a cabo despidos colectivos ya autorizados a 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012). Pues bien, en dichos casos se establece que estas empresas únicamente deberán efectuar las aportaciones económicas cuando los trabajadores afectados sean, al menos, 100.

Por su parte, la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 3/2012, se refiere a

(i) el cálculo de la aportación económica en los despidos colectivos iniciados después del 27 de abril de 2011 y antes del 8 de julio de 2012 —cálculo que se regirá por la norma aplicable a la fecha de inicio del despido colectivo— y en el que no quedará incluido el coste de las prestaciones o subsidios de desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años despedidos antes del 27 de abril de 2011; y

(ii) el cálculo de la aportación respecto de los trabajadores afectados por resoluciones de despido colectivo complementarias de la principal, en expedientes iniciados antes del 12 de febrero de 2012. En estos casos, se tomará como fecha de inicio del despido colectivo la de la solicitud de resolución complementaria siempre que esta sea posterior al 12 de febrero de 2012.

9 · DESPIDO POR ABSENTISMO Y POR FALTA DE ADAPTACIÓN A MODIFICACIONES TÉCNICAS

Se modifican los apartados b) y d) del artículo 52 del ET.

Por lo que se refiere al despido motivado por la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo (artículo 52 b) del ET), la Ley 3/2012 se ocupa de precisar que «*el tiempo destinado a la formación [dirigida a facilitar la adaptación del trabajador a los correspondientes cambios] se considerará en todo caso tiempo de trabajo*». Se modifica por tanto de forma relevante la redacción anterior, pues con anterioridad a la Ley 3/2012 el contrato de trabajo quedaba en suspenso durante el periodo formativo.

El despido por absentismo (artículo 52 d) del ET) tampoco escapa a los cambios incorporados por la tramitación parlamentaria.

En primer lugar, la Ley 3/2012 endurece los requisitos para poder instar esta modalidad extintiva. Ahora no solo bastará con que las faltas justificadas de asistencia al trabajo alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, sino que también se exige que «*el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles*».

En segundo lugar, se amplía la lista de faltas no computables a efectos del despido, al añadirse que «*Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*».

10 · ELIMINACIÓN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA ESTABLECIDA POR CONVENIO COLECTIVO

Se modifica la disposición adicional décima del ET, para declarar nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos —cualquiera que sea su redacción y alcance— que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Esta disposición será aplicable a los convenios suscritos tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012.

La nueva disposición transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012 regula el derecho transitorio respecto de los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012:

- (i) si la vigencia inicial del convenio finaliza tras la entrada en vigor de la ley 3/2012, estas cláusulas

dejarán de aplicarse a partir de dicha fecha de finalización del convenio; y

- (ii) si la vigencia inicial del convenio finalizó antes de la entrada en vigor de la ley 3/2012, estas cláusulas dejarán de aplicarse a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley.

11 · FISCALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

La eliminación del denominado despido «expres» por el RDL 3/2012 y, en tal sentido, la supresión en el artículo 56.2 del ET de toda referencia al reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido a efectos de limitar o eximir a la empresa del devengo de salarios de tramitación, ha conllevado mucha incertidumbre respecto de la fiscalidad de las indemnizaciones acordadas a partir del 12 de febrero de 2012.

Con el objetivo de aclarar esta cuestión, la disposición final undécima de la Ley 3/2012 modifica el apartado e) del artículo 7 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio («Ley IRPF»).

La literalidad de dicha disposición es ahora la siguiente:

«e) *Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente».

Como se ve, el actual texto de dicha disposición ya no hace mención a la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación a efectos de exención de la indemnización,

precisamente porque ya no existen salarios de tramitación.

Esta nueva redacción del artículo 7 e) de la Ley IRPF implica que no sea posible reconocer, de forma previa a un acto de conciliación, la improcedencia del despido con el objeto de abonar la indemnización exenta de impuestos. Por ello, y aunque la norma no lo explicita, el reconocimiento de improcedencia del despido solo cabe realizarlo en acto de conciliación en sede administrativa o judicial, tras la presentación de la correspondiente demanda de despido.

La anterior conclusión se fundamenta igualmente *a sensu contrario* en el apartado 1 de la nueva disposición transitoria vigésima segunda que se incorpora a la Ley IRPF. Esta disposición establece que

«Las indemnizaciones por despidos producidos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y hasta el día de la entrada en vigor de la Ley, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, estarán exentas en la cuantía que no exceda de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, cuando el empre-

sario así lo reconozca en el momento de la comunicación del despido o en cualquier otro anterior al acto de conciliación y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas».

En definitiva, todos aquellos pactos privados de reconocimiento de improcedencia del despido suscritos entre el 12 de febrero y el 8 de julio de 2012 serán válidos a efectos de la exención fiscal aplicable a la indemnización, mientras que a partir del 8 de julio de 2012 es preceptivo que el acuerdo se alcance en conciliación, previa interposición de la correspondiente demanda.

Sin perjuicio de todo lo anterior, sigue siendo aplicable la exención fiscal respecto de las indemnizaciones abonadas como consecuencia de despidos colectivos o extinciones al amparo del artículo 52 c) del ET, y hasta la cuantía establecida con carácter obligatorio para el despido improcedente, sin necesidad de reconocimiento de improcedencia. Y ello por la dicción literal del segundo inciso del actual artículo 7 e) de la Ley de IRPF, cuyo contenido solo se ha visto alterado para adaptarlo a la actual inexistencia de autorización administrativa en los despidos colectivos.