

# DESAPARICIÓN DEL DESPIDO EXPRÉS Y REDUCCIÓN DE LOS COSTES DEL DESPIDO

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos  
Coordinador del Área Laboral de *Gómez-Acebo & Pombo*

**Sumario:** 1. La improcedencia del despido y su coste. A) El debate previo. B) El despido libre y su apariencia. C) Tendencia normativa. D) Rebaja de la indemnización. 2. El despido «expres». A) La estrechez de las causas procedentes. B) La aplicación masiva del despido expres. C) Las críticas a la construcción. D) La «desaparición» de la figura. 3. Los salarios de tramitación. A) El RD-L 5/2002 y los salarios de tramitación. B) La Ley 45/2002. C) La STC 68/2007. D) El Real Decreto-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012. a) El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad. b) La existencia del presupuesto habilitante. c) El principio de igualdad. d) Derecho a la tutela judicial. e) Irregresividad de derechos. f) Régimen transitorio. g) Síntesis. E) Salarios a cargo del Estado. 7. La responsabilidad del FOGASA. A) En el Real Decreto-Ley 3/2012. B) En la Ley 45/2002 y el RDL 20/2012. Nota bibliográfica.

Entre los muchos cambios que las Reformas de 2012 introdujeron, el más espectacular (polémico, complejo) es el referido a la extinción del contrato de trabajo a instancia del empleador. Las modificaciones son tan extensas que pese a ocuparse de una parte de ellas otros artículos del presente número monográfico (sobre la crisis, el empleo público o las extinciones por causas económicas) ni siquiera en estas páginas va a reflexionarse sobre la totalidad del resto.

Más bien, como la rúbrica apunta, va a centrarse la atención en el perfil general del despido improcedente (se le llame atípico, expres, sim causa, o de cualquier otro modo) y en sus consecuencias patrimoniales, con muy especial atención a los salarios de tramitación, sin duda la innovación más operativa y relevante de cuantas se introdujeron en materia de despido.

El carácter ensayístico que se quiere dar a la exposición ha llevado a la eliminación de notas

doctrinales y a la formulación un tanto provocativa de algunas posiciones o valoraciones, siempre buscando el diálogo virtual con el lector e incitando a ir al fondo de las cosas. Desde luego, no hay propuestas de cambio sino reflexiones acerca de lo pretérito o lo vigente; se ha buscado el debate (*la Dialéctica*, en terminología moderna) pero no la instrucción (*la Política del Derecho*), aunque se considere tan adecuada una cuanto otra vertiente para abordar estos temas delicados, llenos de prejuicios y convencionalismos.

## 1. LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO Y SU COSTE

### A) EL DEBATE PREVIO

De un modo reduccionista, el debate sobre la reforma laboral se vino centrando en el

despido y, más concretamente, en los frentes más visibles y llamativos del mismo: la definición de las causas económicas y la rebaja generalizada de la indemnización a 33 días de los despidos improcedentes. Estos dos temas —inseparables en el despido por causas económicas— han sido los más destacados por los medios y también —sorprendentemente— por los «expertos». Sin embargo, la reforma incide también en otros aspectos del despido que en absoluto son menores —como los salarios de tramitación o el papel de la Administración laboral, por ejemplo— y en materias diversas de aquél y que son decisivas en la dinámica ordinaria de las relaciones laborales como los cambios en la flexibilidad interna (movilidad funcional, modificaciones sustanciales, movilidad geográfica, suspensiones de contratos...), el nuevo contrato indefinido para PYMES, la negociación colectiva en la empresa, los des-cuelgues, etc.

El debate sobre la conveniencia de rebajar la indemnización por despido venía planteado desde mucho tiempo atrás; los partidarios de esa medida destacaron que con ella las empresas aumentarían la creación de empleo porque 45 días por año era un coste excesivo para los ajustes de plantilla y eso retraía la contratación; sus detractores entendían que la concesión de más facilidades en la fase extintiva del contrato de trabajo sólo serviría para aumentar el desempleo y la precariedad.

APORÍAS Y TEORÍAS.- Las relaciones sociolaborales difícilmente se someten a las predicciones o *leyes* elaboradas por los estudiosos; de este modo, es perfectamente sostenible que la rebaja de la indemnización por despido influya en la generación de empleo neto, pero también que sólo sirva para facilitar la destrucción de muchos puestos de trabajo:

- Si se pretende, de buena fe, contribuir a dinamizar nuestra depauperada economía mediante la *flexibilización* del coste del despido carece de sentido responder que eso sólo serviría para llevar al paro a mayor número de personas, porque el problema es que ya hay muchísimas de ellas en tal situación.

- Si se entiende, sinceramente, que el coste de la indemnización por despido sirve para frenar extinciones contractuales tampoco es concordante que se responda que somos el país donde resulta más caro, porque en otros muchos indicadores (temporalidad, productividad, cotizaciones, impuestos, seguridad jurídica, tiempos judiciales, economía sumergida, etc.) también hay diferencias relevantes y deberían ajustarse simultáneamente.
- Las mismas normas han permitido que España fuera el mayor creador comunitario de empleo y el más rápido destructor de puestos de trabajo.

LA FALSA TEMPORALIDAD.- Son numerosas y tradicionales las protestas frente a diversos aspectos de la regulación sobre el despido (cuantías indemnizatorias elevadas, trámites lentos, intervencionismo administrativo politizado, control judicial desenfocado, etc.). Igual de reiterada es la advertencia de que el abuso de la contratación temporal subsiste pese a todos los mensajes que el ordenamiento laboral viene emitiendo para variar el rumbo; ese fenómeno (complejo, pluricausal) encuentra una de sus raíces en la convicción empresarial de que es mejor llevar a cabo el ajuste de plantillas a través de esa anómala vía (acordando o no renovaciones contractuales) que por la lógica de las extinciones. De este modo surge cierta irregularidad: los problemas que teóricamente constituyen causa de despido (colectivo, objetivo, disciplinario) frecuentemente no se resuelven de tal modo sino que encuentran una salida alternativa en la expiración contractual por la llegada del término fijado, bien que muchas veces el mismo viniera establecido tras haber violentado el alcance de las normas sobre duración contractual.

EL PARÁMETRO DE LOS 45 DÍAS.- Ya se ha aludido a la recurrente argumentación de que el coste del despido estaba sobredimensionado, por referencia a los 45 días/año (con un máximo alcanzado a los 28 de antigüedad en la empresa). Sin embargo, lo cierto es que cuando la empresa no precisaba de sus empleados, se permitía el despido con el abono de

20 días/salario por año (con un máximo de 12 mensualidades).

Hay que admitir, naturalmente, la discusión acerca del acierto de tales cifras pero también estimular la reflexión sobre el modo en que se vinieron aplicando las causas de despido por razones ajenas a la voluntad del trabajador; la generalizada opinión de que entre todos (legislador, jueces, doctrina, agentes sociales, Administración) las habíamos reinterpretado de manera demasiado restrictiva lleva a que se hayan propiciado los pactos extintivos por encima del mínimo y aún del máximo legal (en el caso de ERES históricos) o a que, directamente, la empresa deseara evitar toda incertidumbre y presentara como improcedente lo que ella consideraba una extinción necesaria por razones objetivas.

Aquí se piensa que el Derecho del Trabajo fracasaba (y sigue fracasando) cuando debatía si la indemnización de 45 días/año (o la actual) constituye un coste excesivo. Se trata de la cuantía a satisfacer cuando la empresa terminaba al contrato de trabajo mediante un acto ilícito, ilegal, abusivo, contrario a Derecho, arbitrario, innecesario, injustificado, irregular, improcedente.

Para extinguir el contrato de trabajo de modo razonable nunca se ha debido atender a los cuarenta y cinco días sino a los veinte (o doce). Antes y ahora: si existen verdaderas causas de despido y el mismo no encuentra salida razonable (en tiempo, forma y costes) es que algo falla; pero rebajar el coste del despido improcedente no equivale a resolver el problema, sino a disolverlo; es como si está maltrecha una vía de circulación y en lugar de repararla construimos otra que da un rodeo.

El despido nulo y la indemnización elevada del improcedente constituyen medidas protectoras del trabajador injustamente expulsado de la empresa; el despido objetivo o colectivo atiende a la necesidad de conjugar intereses de asalariado y empleador. Antes de alterar los pesos de un lado de la balanza vale la pena meditar sobre sus consecuencias. Si falla la aplicación del despido objetivo o del colectivo, no es

muy académico resolver la cuestión alterando las consecuencias del improcedente.

Con ello ya se ha deslizado una idea para el debate: si el legislador considera que los despidos justificados (no disciplinarios) ya reciben una regulación razonable, el principal motivo para revisar las consecuencias del despido improcedente decaen; eso no significa que estemos ante una opción inconstitucional o ilegítima, ni siquiera errónea, sino que puede discutirse con mucha más libertad su pertinencia. Claro está, salvo que se piense que a pesar de todo lo modificado respecto de despidos objetivos y colectivos no permite canalizar a través de ellos los casos pertinentes.

## B) EL DESPIDO LIBRE Y SU APARIENCIA

La realidad del despido en nuestro ordenamiento ha venido afectada por diversas distorsiones tanto normativas cuanto funcionales. Una de ellas deriva del juego conjunto de las reformas legales de 1994 y de la interpretación jurisprudencial acerca de la imposibilidad de considerar como nulo, por fraudulento, un despido claramente desprovisto de causa. Cuando no concurren circunstancias que permiten calificar un despido como propiamente nulo, el Tribunal Supremo descarta que pueda accederse a tal resultado por la vía del *fraus legis*. Con independencia de que se comparta la crítica a esa tesis lo cierto es que si unimos tal resultado a la construcción derivada de la Ley 45/2002 (efectos del reconocimiento de la improcedencia del despido y pago inmediato de la indemnización) luce con más claridad que nunca la idea de que la lista de las causas extintivas contenida en el artículo 49 ET resultaba, a efectos prácticos, completada por otra que responde a la siguiente formulación virtual:

*«Por la voluntad del empresario, mediando el abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente y salvo que el supuesto debiera de calificarse como despido nulo».*

Siendo evidente que esa causa de extinción del contrato de trabajo no se hallaba en la lista del artículo 49 ET (ni en la de ningún otro precepto) también resultaba cierto que el es-

tado de la cuestión se aproximaba mucho a ello. ¿Significa eso que había despido libre? ¿Protestaban las empresas frente a la rigidez extintiva como estrategia? ¿Tenían razón las entidades que reclamaban mayor flexibilidad en los costes extintivos? ¿Estaban en lo cierto los sindicatos que arremetían contra el diseño normativo del despido?

Si a la polémica sobre el despido libre la despojamos de sus elementos ideológicos y políticos, lo que quizá ni siquiera sea posible, probablemente podría situarse el punto de partida de la discusión en la precedente constatación: a salvo supuestos de vulneración de derechos fundamentales (y análogos) la voluntad patronal ha sido (y es) bastante para extinguir una relación laboral; puesto que ello no constituye justa causa de despido, lo que sucede es que la empresa que actúe de tal modo ha de resarcir al trabajador con la indemnización tasada del artículo 56 ET. Partiendo de esa realidad quizá podrían formularse las respectivas posiciones con mayor claridad, inclusive la que entiende que un despido improcedente sin devengo de salarios de tramitación colisiona con el contenido esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y al trabajo.

Por otra parte, conviene recordar la enorme trascendencia práctica de la construcción jurisprudencial sobre el despido (primero «radicalmente») nulo o las aludidas posturas sobre despido fraudulento. Además, en ocasiones viejos preceptos son reinterpretados a la luz de nuevas realidades. Sin que se equiparen en relevancia a los cambios legislativos, lo cierto es que las sentencias que precisan algunos extremos sobre el régimen del despido también contribuyen de modo relevante a determinar su nivel de flexibilidad y avivan la interminable polémica sobre si hay que cambiar algo y en qué sentido.

### C) TENDENCIA NORMATIVA

El modo convulso en que se gestan las reformas las normas de los tres últimos años ha conducido a un práctico silencio sobre los numerosos puntos concomitantes que los le-

gisladores de 2010 (Gobierno del PSOE) y de 2012 (Gobierno del PP) poseen. Sin embargo lo cierto es que los más polémicos cambios en la configuración del resarcimiento del despido (salarios de tramitación, indemnización, Fondo de Garantía) se enmarcan en esa línea de cierto continuismo. La Reforma de 2010 ya había introducido medidas de minoración de costes en despidos objetivos (reducción del preaviso; exclusión de la nulidad por razones formales; apoyo del FOGASA), creado un difuso Fondo de capitalización y potenciado un tipo de contrato (CFCI) con indemnización por despido improcedente de 33 días.

### D) REBAJA DE LA INDEMNIZACIÓN

La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades vino siendo un tema tabú para las diversas reformas legislativas, hasta el extremo de que llegó a crearse una modalidad de contratación cuya única peculiaridad notable venía dada por el abono de una indemnización inferior (33 días) en ciertos casos de despido improcedente<sup>1</sup>. Esa cuantía indemnizatoria, disuasoria de extinciones caprichosas, es la que erróneamente se identificaba como coste elevado del despido y amenaza indirecta para las contrataciones de duración indefinida; desde esta óptica, por lo tanto, se trataba de una pieza disfuncional y que debía cambiarse.

Cargándose de razones para revisar su importe, el legislador de 2012 arremetía contra ella porque «constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas, en un momento —como el actual— de dificultad de acceso a fuentes de financiación».

A partir de esas premisas mayor (la excesiva indemnización del despido improcedente frena las contrataciones estables) y menor (los 45 días y 42 mensualidades son un exceso) no quedaba más poner letra pequeña a la conclu-

sión (rebajemos los topes cuantitativos) para desembocar en un resarcimiento tasado de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores, con un máximo de veinticuatro mensualidades, quebrando así una inercia histórica de más de treinta años (desde el ET de 1980).

La generalización de esta nueva indemnización no tiene un efecto expansivo «hacia atrás», sino que es respetuosa con los *derechos adquiridos* en tanto las nuevas reglas se aplican a los contratos celebrados a partir del 12 de febrero de 2012 y al tiempo de prestación de servicios posterior a esta fecha. Para contratos anteriores a 12 de febrero de 2012, se impone un doble módulo (45 días con máximo de 42 meses teóricos para los servicios prestados hasta 12 de febrero de 2012; 33 días con máximo de 24 meses para servicios prestados a partir del 12 de febrero de 2012), con máximo de 720 días, salvo que el módulo privilegiado sea superior (hasta 42 meses). Como es sabido, no puede hablarse de derechos adquiridos por haberse desarrollado un negocio jurídico al amparo de una legislación que posteriormente cambia en uno u otro sentido:

- El artículo 9.3 CE prohíbe la retroactividad entendida como la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores<sup>2</sup>.
- La invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.
- La retroactividad prohibida es aquella que incide sobre los efectos jurídicos ya producidos al amparo de una norma anteriormente vigente, pero no sobre los efectos «pro futuro» de una nueva norma<sup>4</sup>.
- La norma es retroactiva cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad<sup>5</sup>.

- La interdicción de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas<sup>6</sup>. Por tanto, no es inconstitucional una limitación o una modificación de una situación normativa general anterior que sólo origina una frustración de las expectativas existentes<sup>7</sup>.
- No hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado<sup>8</sup>.

Concluamos: 1º) La regla transitoria sobre modo de calcular la indemnización por despido improcedente (una vez rebajada su cuantía) se justifica porque de ese modo «se es respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14» CE. 2º) Siendo ello cierto, resulta exagerado pensar que habría colisionado con la Ley Fundamental la mera disminución del importe, sin cláusula transitoria; cabe hablar más bien de respeto a expectativas o de dulcificación de los efectos. 3º) La Constitución no exigía que se estableciera ese doble parámetro a la hora de calcular indemnizaciones, porque realmente no había derechos adquiridos sino expectativas. Otra cosa es que esa previsión haya sido *prudente* o que ayude a que no se polemice demasiado sobre la rebaja de la indemnización operada.

PRORRATEO.- La Disposición Transitoria Quinta del RD-Ley 3/2012 no mencionaba el prorrateo por meses de los períodos inferiores a un año para calcular la indemnización por despido. El silencio podía ser interpretado en tres sentidos distintos:

- Ausencia de prorrateo, en una interpretación ilógica y poco razonable (sólo se devengaría la cuantía de 45/33 días tras un año de trabajo).
- Prorrateo por meses en ambos períodos computables, el anterior a la entrada en vigor del RD-Ley (45 días por año) y el posterior (33 días), aunque eso implica-

ba que los días de un mismo mes sirven para calcular dos períodos diferentes, con el resultado perverso de que computan doblemente.

- Prorrates por meses de uno de los dos tramos computables, siendo lo más razonable prorratear el tramo final que se corresponde con la fecha extintiva del contrato.

La Ley 3/2012 ha resuelto la cuestión planteada: para los contratos anteriores a esa fecha se establece un doble parámetro, atendiendo a cuánto haya durado la vinculación antes o después de aquella fecha. La innovación de la Ley consiste en precisar que hay que calcular *prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año* respecto de los dos tramos temporales.

**ABONO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO.**- El RDL 3/2012 introdujo una nueva regla en el art. 56.1 ET *in fine*, conforme a la cual «El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo». Las concepciones sobre la naturaleza jurídica del despido, han buscado en esta fórmula apoyo para las propias tesis y argumentos adversos para las otras; pero recuérdese que el precepto no es el único existente, que el despido improcedente también puede desembocar en la readmisión, que cabe la declaración como nulo.

La Ley 3/2012 modificó el art. 56.1 del ET en el sentido de que el contrato no se extingue con el abono de la indemnización una vez que la empresa opta por la no readmisión, sino con el ejercicio de la opción por la indemnización, la cual se entenderá producida en la fecha de cese efectivo en el trabajo. La redacción del RDL suscitaba perplejidad y por ello se puso término a una embarazosa incongruencia. Una vez más llama la atención que la Ley establezca un mandato absurdo (en sentido etimológico y contextual) y que la solución deba venir por un camino tan modesto como impropio (hacer caso omiso del texto normativo).

## 2. EL DESPIDO «EXPRÉS»

El entrecomillado del calificativo seguramente es superfluo, porque para cualquier conocedor de la realidad laboral española de los últimos años. Pero no por ello hay que renunciar a explicitar cosas elementales; también de ese modo se contribuye a la deseada clarificación del debate.

### A) LA ESTRECHEZ DE LAS CAUSAS PROCEDENTES

Por más que ello sea tan simplista como polémico, probablemente el mejor modo de entender el comportamiento empresarial identificado como despido *expres* pasar por explicar que los Tribunales laborales han venido mostrando una gran resistencia a admitir la procedencia del despido por causas económicas. No solo exigiendo la existencia de unas pérdidas continuadas y cuantiosas, sino una rigurosa acreditación, así como razonabilidad indiscutible. Con independencia de que en muchos casos el enfoque judicial fuera el acertado, en el sentir mayoritario de los empleadores acabó prevaleciendo la idea de que el despido «económico» procedente era una auténtica quimera y no compensaba su puesta en práctica. En términos pragmáticos y nada jurídicos: el hipotético beneficio (menor indemnización que el improcedente) no se veía compensado con la enorme incertidumbre del fallo judicial y los costes añadidos de asesoramiento y pruebas periciales; era más seguro, expeditivo y económico asumir la improcedencia del despido objetivo que encauzarlo intentando cumplir todas las exigencias normativas.

Las aludidas incertidumbres o dificultades para conseguir la procedencia del despido basado en problemas objetivos «explica que las empresas se decantaran, a menudo, por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más

el coste adicional que suponían los salarios de tramitación» (Preámbulo de la Ley 3/2012).

## B) LA APLICACIÓN MASIVA DEL DESPIDO EXPRÉS

Viene diciendo el artículo 51 ET que las extinciones del contrato de trabajo acaecidas «por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador» (cuando al menos sean cinco) se computarán a los efectos de determinar si estamos ante un despido colectivo; los despidos económicos que no se ajusten a los requisitos de forma (autorización administrativa incluida hasta 2012) se consideran nulos (art. 124 LPL/LRJS).

Por su lado, el Tribunal Supremo sostenía que los despidos colectivo u objetivo exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y que si no existe ni aparece ninguna de estas causas tampoco puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos; «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 51.11 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción».

A partir de ahí se abrían diversos interrogantes en los comportamientos empresariales de reestructuración. ¿Pueden entender las empresas que es posible el despido de cuantos trabajadores deseen, sin alegar causa alguna, reconociendo su improcedencia y abonando los 45 días por año? ¿Se ha conseguido, de este modo, un medio de evitar los costes de gestión (salarios de los plazos de negociación y ulterior tramitación, honorarios de profesionales, mal clima de relaciones laborales, deterioro de imagen pública), las reseñadas incertidumbres y la sumisión a las restantes exigencias del ERE (auditorías, planes de viabilidad o recolocación, convenios especiales, aportación al Teso-

ro, etc.)? ¿Es correcto ese entendimiento de lo previsto en el art. 51 y acorde con la Directiva 98/59? ¿La figura del *fraus legis* no podría proyectarse sobre ese modo de reducir o liquidar plantillas? ¿Cuarenta y cinco días «todo incluido» y podemos cerrar?

Lo cierto es que solo una vez vigente la Reforma de 2012 la Sala Cuarta ha rechazado la posibilidad de esa interpretación (SSTS de 3 y 8 julio de 2012). Otras Salas de lo Social también han aprovechado esa clarificación para dejar bien claro que los despidos improcedentes (reconocidos por la empresa, conciliados o declarados judicialmente) han de computarse a los efectos de la eventual existencia de un despido colectivo, acotando así las posibilidades (al menos, desde el punto de vista teórico) de que se produzcan extinciones colectivas improcedentes siguiendo ese cauce anómalo.

Con independencia de que el número de afectados fuera mayor o menor, a la postre, lo que resulta es que la subsunción de los hechos no se realiza en la apertura legal concordante sino en la más expeditiva y expansiva. La contemplación del régimen instaurado en 2002 para los salarios de tramitación, a la que luego se aludirá, resulta también imprescindible para entender ese comportamiento patronal tan arraigado de «pagar y olvidar». No podría expresarlo de mejor modo el Preámbulo de la Ley 3/2012: «El denominado «despido exprés» se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despedidos colectivos y objetivos».

## C) LAS CRÍTICAS A LA CONSTRUCCIÓN

Desde la perspectiva de *flexiseguridad* que asume actualmente el ordenamiento, este atajo para llevar a cabo despidos se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo: ni lo encauza por su curso natural, ni anima la celebración de contratos indefinidos, ni anuda los costes indemnizatorios pertinentes al motivo del despido.

Aunque es verdad que las empresas lo han percibido como un mecanismo dotado de las ventajas ausentes en los despidos económicos (rapidez y seguridad económica), la figura crea inseguridad e injusticia puesto que las decisiones empresariales se adoptan muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad/retribución del trabajador (en el coste del despido) con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados, restringiendo las posibilidades de impugnación judicial a la concurrencia de conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales.

El éxito del modelo también ha evidenciado las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. Constituye un comportamiento económicamente poco racional (esperable del titular de una actividad empresarial) despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y decantarse por un camino más costoso que el del despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica.

La razón de ello se residencia en los costes adicionales que acarrear los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciando, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos monetarios y de tiempo, más razonables. Por eso hay que hablar de la indemnización y de los salarios de tramitación.

#### D) LA «DESAPARICIÓN» DE LA FIGURA

Recapitulemos. La consignación del importe de la indemnización a cambio de no discutir una causa de difícil o imposible demostración a los efectos de alcanzar el grado necesario de convicción judicial para que el despido se califique como procedente, otorgaba una cierta seguridad a las empresas que preferían conjurar los riesgos del litigio y de los salarios de tramitación a él anudados abonando el importe de la indemnización legal más elevada.

Esa anomalía ha querido eliminarse con la Reforma Laboral de 2012. De forma literal, la Ley 3/2012 se refiere a *la supresión del 'despido exprés'*, aludiendo a la derogación de los preceptos que contemplaban el reconocimiento de improcedencia seguido de consignación de la indemnización correspondiente al despido improcedente. Sin embargo, lo que realmente ha sucedido es:

- Ya no hay salarios de tramitación, salvo supuestos excepcionales, sin necesidad de que se abone la indemnización para que así suceda.
- Resulta indiferente el momento en que se abone la indemnización, porque no se devengan ya esos salarios de tramitación.
- En el colmo de las paradojas, la regulación tributaria impulsa a recomendar a las empresas que no abonen la indemnización aunque estén dispuestas a reconocer la improcedencia, sino que aguarden al menos hasta la conciliación administrativa.
- Se permite a la empresa (derogando el art. 105.3 de la LRJS) defender la procedencia del despido en el caso de que, reconocida la improcedencia, el trabajador interpusiese demanda frente al mismo.
- Sigue siendo posible reconocer la improcedencia del despido en la propia carta o en cualquier momento anterior a la reclamación del trabajador.
- Tampoco está prohibida la consignación del importe de la indemnización, pero los órganos judiciales pusieron coto a esa práctica extralegal.
- El eventual abono de la indemnización antes de que se celebre el acto de conciliación administrativa genera un riesgo de tipo fiscal, por referencia a la hipótesis de que ese trámite no llegue a celebrarse por cualquier motivo.

### 3. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Una de las más importantes novedades introducidas por la Reforma refiere a los salarios de tramitación: solamente procede su abono en los casos en que la empresa opte por la readmisión del trabajador en lugar de por el abono de la indemnización improcedente. Como excepción, los representantes de los trabajadores conservan el derecho a estos salarios, independientemente de cuál sea el sentido de su opción (indemnización o readmisión) en virtud de una consideración expresa a este supuesto en el art. 56.4 *in fine* ET.

Se trata de previsión abiertamente cuestionada desde múltiples perspectivas, la constitucional incluida, y que supone un abaratamiento real de los costes del despido mucho más relevante que la rebaja en la cuantía indemnizatoria.

Diez años atrás el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, introdujo un régimen de los salarios de tramitación muy parecido al de 2012. La evolución de aquella previsión suscita el máximo interés porque meses después fue restablecida la obligación de abono de salarios de tramitación en los términos que han venido identificándose como «despido exprés» y, lo que ahora interesa, al cabo, declarada la inconstitucionalidad del RDL 5/2002.

Siendo legítimo establecer paralelismos entre ambos episodios, el objeto central de la reflexión que sigue radica en refrescar el alcance de lo ocurrido en el primero de ellos, así como aventurar una opinión fundada sobre el ajuste constitucional de la regulación de 2012.

#### A) EL RD-L 5/2002 Y LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de su ocupabilidad, tuvo una corta vida tanto en la forma cuanto en el fondo pues en el BOE del siguiente 13 de diciembre (del mismo año 2002) apareció publicada la Ley 45/2002,

de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que cambiaba buena parte de los contenidos originales.

Con aplicación a las extinciones de contratos de trabajos producidas a partir del 27 de mayo de 2002 (cfr. la Disp. Transitoria Primera del RDL) se dispuso que sólo se devengaran salarios de tramitación cuando el proceso finaliza con la readmisión del trabajador, produciéndose una notable simplificación del régimen jurídico básico. Estas variaciones nos situaban ante la reforma (indirecta) del despido más importante desde la aprobación del ET en 1980. En la práctica, era previsible que las empresas no readmitiesen cuando el despido fuese improcedente y la opción les correspondía a ellas; no sólo porque de ese modo lograban desembarazarse de un trabajador, sino porque tampoco se daban incentivos para ello. Recordemos, de forma esquemática, los principales cambios sobre despidos y salarios de tramitación.

- Se confería nueva redacción al art. 56.1 ET. Si la empresa opta, tras la sentencia que califica su despido como improcedente, por el abono de la indemnización se omite del texto legal la precedente referencia al abono de los salarios de tramitación; el tema conecta con el nuevo art. 57 ET. Aunque no estaba expresamente dispuesto, es claro que la misma consecuencia (no se devengan salarios de tramitación) se precipitaba cuando no se llegaba a la fase de sentencia, por reconocerse antes la improcedencia.
- La nueva redacción del artículo 56.2 ET optaba por traer aquí una cuestión procesal (contenido necesario de la sentencia dictada en pleito sobre despido), denotando una vez más la imposibilidad de separar en este tema las cuestiones sustantivas y las adjetivas.
- El art. 57 ET (en concordancia con el art. 56.1) contemplaba los efectos de la readmisión, equiparando los supuestos de nulidad con los de improcedencia que así finaliza: se abonan los salarios

dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia.

- La nueva redacción del art. 55.7 ET omitía los salarios de tramitación como concepto excluido (que desde luego, lo estaba) en los supuestos de despido precedente, por considerar innecesaria esa precisión.

## B) LA LEY 45/2002

En cuanto al régimen del despido disciplinario se refiere, las diferencias entre la norma de urgencia y la nueva Ley eran tan notables que llevaron a hablar de discriminación entre los despedidos bajo una y otra norma. El primero, en realidad era una fórmula para rebajar los costes del despido improcedente sin disminuir su indemnización; en último término, las más relevantes de sus construcciones se ponían al servicio de ese objetivo de eliminación de los salarios de tramitación en la mayoría de los casos. Por el contrario, la Ley 45/2002 restablecía este deber empresarial (sin perjuicio de su eventual traslación al Estado a partir de cierto límite) y al tiempo ampliaba las posibilidades de neutralizar el devengo de tales salarios si la empresa reconoce la improcedencia del despido y deposita la correspondiente indemnización.

El carácter claudicante que el Real Decreto-Ley tuvo queda especialmente patente en las cuestiones que refieren al despido improcedente, donde se produjo una recuperación del régimen anterior, aunque con un relevante cambio sobre la posible detención de los salarios de tramitación.

## C) LA STC 68/2007

Puesto que la Ley 45/2002 trae su causa del RD Ley 5/2002 es lógico que el mismo fuera expresamente dejado sin efecto [letra e) de la Disposición derogatoria única]. Lógicamente, ello atenuaba pero no eliminaba los problemas que su constitucionalidad planteaba especialmente desde el punto de vista de la concurrencia de su presupuesto habilitante.

Se discutía si existió el requisito de extraordinaria y urgente necesidad requerido por el artículo 86 del texto constitucional a fin de que el Poder Ejecutivo pueda alumbrar una norma con rango de Ley, sin perjuicio de su ulterior convalidación por el Congreso de los Diputados. Finalmente la STC 68/2007, de 28 de marzo, declaró inconstitucional y nula la norma, por vulneración del art. 86.1 CE, porque aunque el Gobierno dispone de un amplio margen de discrecionalidad política en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad, ello no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del Tribunal Constitucional, en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-Ley adecuado a la Constitución.

En palabras de la propia sentencia, «en el caso de la norma analizada, el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante requerido», por lo que «no cabe sino estimar los recursos de inconstitucionalidad acumulados, sin necesidad de entrar a analizar los restantes motivos de recurso, y declarar inconstitucional y nulo el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, por vulneración del art. 86.1 CE».

## D) EL REAL DECRETO-LEY 3/2012 Y LA LEY 3/2012

Con la Reforma de 2012 los salarios de tramitación se suprimen con carácter general y únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores (sea cual sea su opción, lo cual no se explica en sí mismo). La justificación de la supresión de estos salarios se busca en varios argumentos:

- El tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone

la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.

- Los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.
- Posee escasa coherencia que recaiga sobre la empresa el coste de un período intermedio en el que no hubo prestación efectiva de servicios ni readmisión posterior, por lo que no hay daño adicional que resarcir al trabajador.

Sin embargo, son muchas las voces que se alzan cuestionando el acierto y legitimidad de esta decisión. Por ello interesa examinar las objeciones que se están oponiendo a la constitucionalidad de la nueva regulación; el interés parece todavía mayor que el suscitado diez años atrás, toda vez que la Reforma de 2012 sobre salarios de tramitación posee visos de consolidarse. Examinaremos las siguientes cuestiones:

- El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad
- La existencia del presupuesto habilitante de la norma de urgencia
- La eventual infracción del principio de igualdad
- La posible vulneración del derecho a la tutela judicial
- La irregresividad de derechos

#### a) El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad

Puesto que esta polémica medida se encuentra en norma con rango de Ley, es claro que a ningún intérprete (privado u oficial)

le cabe su inaplicación; el único camino para conseguirlo consiste en propiciar que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto y, eventualmente, declare su colisión con la Ley Fundamental.

Hay que recordar que la negativa del órgano judicial (sea de instancia, sea de ulterior grado) a plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando así se le haya solicitado es difícilmente combatible. Las partes del proceso carecen de un derecho al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, por tratarse de una potestad atribuida en exclusiva a los órganos judiciales (arts. 163 CE y 35 LOTC), quienes, además, pueden no elevarla si estiman constitucional la Ley cuestionada, sin que, en principio, resulte posible interesar, mediante la alegación del art. 24 CE, el control sobre la decisión que los Jueces o Tribunales adopten al respecto, o el no uso por ellos de la facultad que les atribuye el art. 163 CE<sup>9</sup>.

#### b) La existencia del presupuesto habilitante

\*El frecuente recurso a la norma de urgencia por parte de los sucesivos Gobiernos ha provocado que el Tribunal Constitucional haya tenido que determinar los criterios acerca de cómo interpretar los presupuestos que la Ley Fundamental establece. De manera sintética, puede recordarse que:

- La utilización del Real Decreto-Ley es constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que la gobernación del país requiera de una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exijan una rápida respuesta<sup>10</sup>.
- No es arbitraria o abusiva la utilización del Decreto-ley como respuesta rápida y necesaria ante la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial<sup>11</sup>.
- Para constatar si un Decreto-Ley se dictó en un caso de extraordinaria necesidad, se deben valorar todos aquellos factores que hayan aconsejado al Gobierno a dictarlo<sup>12</sup>, mediante la valoración conjunta

de cuanto refleja la exposición de motivos de la norma, el debate parlamentario de convalidación, o el propio expediente de elaboración de la misma<sup>13</sup>.

- El juicio político sobre la concurrencia del presupuesto habilitante para la utilización de Decretos-leyes corresponde al Gobierno, sin perjuicio de su posible control jurídico en caso de ausencia de toda justificación<sup>14</sup>.
- A los efectos del control jurídico sobre la extraordinaria y urgente necesidad, en la apreciación de lo que haya de considerarse como tal es forzoso conceder el peso al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado<sup>15</sup>.
- Asimismo, es claro que ha de darse una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma<sup>16</sup>.

\* Aplicando toda esa base doctrinal, como queda dicho, la STC 68/2007, de 28 de marzo, declaró inconstitucional y nulo el del RDL 5/2002, por vulneración del art. 86.1 CE; en concreto, porque el Gobierno no había aportado ninguna justificación que permitiera apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante requerido. Las medidas introducidas respondían, más que a una actuación de urgencia para hacer frente a una problemática emergente en los ámbitos económico y del empleo, a una exigencia de mejor adaptación de la regulación existente a la evolución de dichas circunstancias.

Sin duda, los redactores del (ya derogado) RDL 3/2012 han tenido presente esa exigente doctrina y se han esforzado, a lo largo de la exposición de motivos, por exponer las razones de la modificación de referencia:

- *El no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo mo-*

*mento en que tiene efectividad la decisión extintiva.*

- *Los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.*
- *Se requiere la adopción urgente de estas medidas para generar la confianza necesaria para que los agentes creadores de empleo realicen nuevas contrataciones y opten por aplicar medidas de flexibilidad interna antes que por destruir empleo.*
- *Con esta reforma laboral se pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así, generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores.*
- *Un conocimiento integral del conjunto de la regulación laboral que afecta a todas estas materias forma parte esencial de la formación de la voluntad de las empresas en la decisiones que finalmente toman y que han de conformar el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo hacia un mayor crecimiento.*

A la vista de ello (se explican las razones del cambio, se indica la favorable influencia que en la generación de nuevos empleos puede generar la medida) no parece que puedan reiterarse las censuras sobre ausencia de justificación o de explicitación de las razones que se consideran concurrentes a la hora de valorar la urgencia. En todo caso, se trata de impugnación referida a lo dispuesto en la primera versión de la Reforma Laboral, puesto que la posterior Ley 3/2012 (en este punto continuista) ya no quedaría afectado por esta eventual deficiencia de fundamentación<sup>17</sup>.

### c) El principio de igualdad

\* Reiteradísima jurisprudencia constitucional viene moldeando el principio de igualdad

ante la ley; de la rica doctrina elaborada, interesa ahora resaltar algunos aspectos que van a ser decisivos para afrontar el caso estudiado.

a) Los términos de la comparación: la igualdad ante la Ley impone al legislador la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad que carezca de justificación objetiva y razonable<sup>18</sup>.

b) Tolerancia de desigualdades razonables: el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato<sup>19</sup>.

c) Vulneración del principio: el principio de igualdad se vulnera si la desigualdad o diferencia está desprovista de una justificación objetiva y razonable<sup>20</sup>.

d) Comparación entre normas: el artículo 14 CE no impide el cambio de régimen jurídico conferido con el paso del tiempo (motivado por la sucesión normativa) a las situaciones iguales, porque dista de exigir que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del momento en que se originaron o produjeron sus efectos<sup>21</sup>.

\*Respecto de la eliminación de salarios de tramitación mediante una norma de urgencia, diversas sentencias constitucionales dictadas al hilo del RDL 5/2002 ya dejaron claro que la eliminación de salarios de tramitación en los despidos improcedentes para los trabajadores indemnizados no introduce discriminación inconstitucional contraría al art. 14 CE pues quiebra el presupuesto de igualdad sustancial entre los supuestos contrastados (despidos nulos *versus* despidos improcedentes indemnizados)<sup>22</sup>.

**SITUACIONES COMPARADAS.-** Hay quienes entienden que poner en manos de la empresa la decisión sobre si se abonan o no los salarios de tramitación en cada caso comporta una vulneración del principio de igualdad.

Pero la jurisprudencia constitucional descarta la vulneración del art. 14 CE porque los

supuestos de hecho comparados no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere<sup>23</sup>. Se trata de trabajadores despedidos, con sentencia que declara la improcedencia y reconoce el derecho de opción a la empresa: en un caso se produce la readmisión, quedando sin efecto el despido, mientras que en el otro el contrato queda definitivamente extinguido. El mero enunciado de esos términos (sólo en un supuesto se mantiene en vigor la relación laboral) pone de relieve que no cabe la comparación entre magnitudes desiguales, pues su falta de homogeneidad torna imposible que se hable de discriminación<sup>24</sup>.

Los supuestos de hecho contrastados sí es cierto que parten de una idéntica situación de origen (trabajadores despedidos disciplinariamente, cuyo despido es declarado improcedente en vía judicial o reconocido como tal en acto de conciliación) pero a partir de una diversa opción empresarial (readmitir o indemnizar) la situación deja de ser la misma en todo los casos y se bifurca «en dos supuestos de hecho plenamente diferenciados», operando la norma (y su diferente trato) a partir de esa heterogénea realidad. Por eso «las situaciones traídas a comparación no son, en modo alguno, homogéneas, sino, antes al contrario, radicalmente diferentes».

**CONSECUENCIAS ASIGNADAS.-** Considera también el TC que la consecuencia jurídica (salarios de tramitación o no) derivada de la distinción entre uno y otro supuesto (readmisión o no) resulta proporcionada a la finalidad perseguida, pues se corresponde, a partir de una determinada configuración legal del despido, con el contenido del derecho de opción reconocido al empresario y con los efectos sobre la vigencia del contrato de trabajo derivados del ejercicio de dicho derecho<sup>25</sup>. «Constituye una opción que el legislador ordinario puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad, al incidir sobre situaciones claramente diferenciadas desde la perspectiva de la finalidad contemplada»<sup>26</sup>.

**EXTINCIÓN CONTRACTUAL.-** La decisión de considerar plenamente extinguido

el contrato de trabajo en la fecha del despido, pese a su impugnación, cuando el empresario no haya optado por la readmisión, tampoco se considera vulneradora del derecho a la igualdad ante la Ley. La explicación radica en que en el caso de los trabajadores readmitidos la esencia misma de la readmisión resultaría incompatible con un efecto de esta naturaleza, por lo que nuevamente nos encontramos ante situaciones heterogéneas y no comparables respecto de las que la solución del legislador resulta coherente y proporcionada al factor de diferenciación<sup>27</sup>.

**EVENTUAL RECTIFICACIÓN.-** Respecto de la secuencia normativa de 2002 se sabe que tampoco puede apreciarse una vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley derivada de la limitada vigencia temporal del RDL, en particular, de la modificación, pocos meses después, de la medida aquí cuestionada, lo que habría determinado, según se dice, una diferencia de trato entre trabajadores en función únicamente de la fecha de su despido. El art. 14 CE permite el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos<sup>28</sup>.

#### d) Derecho a la tutela judicial

Se sostiene que la regulación cuestionada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva desde una doble perspectiva: en primer lugar, al atentar contra el principio de seguridad jurídica, en tanto que el trabajador se ve inmerso en un proceso judicial cuya finalización no puede prever; en segundo lugar, al producir una desigualdad esencial en el procedimiento y en la tutela que el juez puede dispensar, en la medida en que la Ley permite que sea el empresario el que determine arbitrariamente la extensión de su propia condena.

Respecto del RDL 5/2002, la jurisprudencia constitucional aclaró que la norma que restringía los salarios de tramitación a los des-

pidos improcedentes con readmisión y a los nulos tampoco vulnera la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE; los argumentos son del todo trasladables al caso del RDL 3/2012 y ahora se trata de recordarlos.

\* El derecho de opción concedido al empleador ni a la igualdad procesal de las partes ni menoscaba la función jurisdiccional, dirigida a enjuiciar la procedencia, improcedencia o nulidad de la decisión extintiva, estando taxativamente fijadas en la norma las consecuencias en cada uno de los casos de la decisión judicial.

El que la forma en que ha quedado configurado el derecho empresarial de opción una vez dictada la resolución judicial de improcedencia pueda hacer más o menos atractiva, en función de circunstancias diversas, la elección de uno de sus términos o el hecho de que en dicha elección pueda pesar más un tipo u otro de consideraciones son cuestiones todas ellas que afectan a la regulación material de los efectos del despido improcedente, pero que en nada limitan el alcance de su tutela judicial.

\* Tampoco cree el TC que la regulación del RDL cuestionada vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica. La norma posee un contenido claro y preciso, estando plenamente determinados los posibles efectos de la decisión judicial sobre la impugnación del despido, según quede acreditado o no el incumplimiento contractual alegado por el empresario en su comunicación extintiva, así como el contenido y efectos del derecho empresarial de opción en caso de que el despido sea declarado improcedente<sup>29</sup>.

#### e) Irregresividad de derechos

Puesto que la eliminación generalizada de los salarios de tramitación perjudica a los trabajadores<sup>30</sup>, se está suscitando si el Estado Social de Derecho que nuestra Constitución reclama no queda socavado por esta minoración de derechos. ¿Permite nuestra Ley Fundamental que los derechos ya reconocidos sean minorados en normas posteriores?

Se trata de un razonamiento concordante con la previsión de alguna Constitución pero con dos problemas para su triunfo:

- El concepto de menor favorabilidad responde a una perspectiva individual o microscópica, pero no a una contemplación absoluta. Es decir: para el concreto trabajador despedido es claro que los derechos se minoran, pero para el conjunto de quienes aspiran a hacerlo la conclusión puede ser diversa si es que se piensa que la regla actúa como estímulo a su inserción en el mercado laboral.
- Aunque el art. 40.1 acoge el deber de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social, pero la jurisprudencia constitucional ha rechazado extraer consecuencias muy prácticas y concretas del mismo, optando por su interpretación sistemática. Ejemplo claro de ello es lo que se dijo a propósito de la limitación de las pensiones públicas<sup>31</sup>.

La jurisprudencia ordinaria, por su lado, también se ha hecho eco de la evolución que en este terreno se ha experimentado; por ejemplo, en el terreno de la autonomía colectiva se explica, con naturalidad, que «se ha abandonado por completo el principio de irregresividad o intangibilidad de lo pactado en convenio colectivo, de tal manera que es ahora posible que las condiciones pactadas posteriormente puedan ser inferiores a las que le preceden»; por tanto, los derechos reconocidos en convenio colectivo, si no hay disposición o pacto en contrario, pueden perder eficacia, incluso durante la vigencia del convenio que los reconoció, si así se pacta colectivamente con posterioridad<sup>32</sup>.

#### f) Régimen transitorio

Siendo tan relevante el cambio de régimen respecto de salarios de tramitación en despidos improcedentes resultaba llamativo el silencio del RD Ley 3/2012 (también de la Ley) acerca de la transición entre bloques normativos. ¿Qué norma aplicar a un despido anterior al

12 de febrero, pero frente al que se reclamó con posterioridad? ¿En qué momento se fijaba el precepto aplicable: comunicación del despido, efectos del mismo, presentación de la demanda de conciliación o judicial, celebración del juicio plenario, dictado de la sentencia, notificación de la misma, eventual auto de readmisión irregular, etc.? ¿Estamos ante una previsión propia del despido o ante consecuencias adjetivas del mismo?

Una tesis minoritaria se mostraba favorable a la aplicación *inmediata* y sin paliativos de la reforma laboral, lo cual suponía rechazar la condena al abono de los salarios de tramitación en despidos acaecidos antes de la reforma laboral<sup>33</sup>. Estos eran sus argumentos:

- La entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 12 de febrero de 2012, y la Exposición de Motivos insiste en su carácter urgente, por lo que su aplicación ha de ser inmediata.
- La previsión que suprime los salarios de tramitación no viene acompañada, a diferencia de otras materias, de disposición transitoria.
- La normativa reguladora de los salarios de tramitación tiene carácter sustantivo y no procesal.
- No se trata de la aplicación retroactiva de una norma desfavorable que pudiera vulnerar el art. 2 del Código Civil, ya que se aplica la normativa sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el Juez.
- Esta interpretación es la más acorde con el espíritu y finalidad del RD-Ley 3/2012, pues en definitiva se pretende de manera urgente e inmediata en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido impropio.

Sin embargo, la tesis triunfante en todos los Tribunales Superiores de Justicia ha llevado a que se apliquen las reglas viejas sobre salarios

de tramitación a todos los despidos anteriores al 12 de febrero<sup>34</sup>. A esa conclusión se llega por los siguientes argumentos:

- Si la nueva Ley nada dice, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2.3 del Código Civil. Este precepto, incluido en su Título Preliminar, relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, comúnmente se asume que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, regulándose en el mismo tal derecho transitorio, el sistema de fuentes, las reglas que han de regir la interpretación de las normas, la analogía, la equidad, el fraude de ley, el principio *non liquet*, etc.
- La obligatoriedad del abono de los salarios de tramitación se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución<sup>35</sup>. Es éste un supuesto de restricción de derechos individuales, pues si, la normativa precedente declaraba un derecho individual (el cobro de los salarios de tramitación en estos casos), la nueva Ley suprime este derecho en estos casos.
- La solución se compadece mejor con el principio *tempus regit actum* y, por ello, con la disposición transitoria segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir en casos análogos al presente y que propugna que los actos y contratos se rijan conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso).
- Asimismo, la Disposición Transitoria Primera del Código Civil prescribe que «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca».
- El silencio legislativo (aunque sea deliberado) genera una confusión que,

dados los efectos constitutivos de la decisión patronal, debe resolverse aplicando las normas vigentes al momento de extinguirse el contrato. Ello concuerda también con la solución históricamente prevista por las transitorias del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y 1994.

### g) Síntesis

\*Que el RD Ley 5/2002 fuera declarado inconstitucional por la STC 68/2007 no implica que el RDL 3/2012 presente los mismos defectos o carencias a la hora de justificar su extraordinaria y urgente necesidad; fue esa razón, que no argumentos de fondo, la que propició tal resultado y no parece probable que se vaya a reiterar respecto de la norma de 2012.

Como la STC 68/2007 basó su fallo en el incumplimiento del presupuesto habilitante para dictar un RDL y el artículo vulnerado (86 CE) no posee un contenido exacto, sino abierto, no queda más remedio que realizar un examen ponderado de cuantas circunstancias expone la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012, su Memoria explicativa o el debate de convalidación.

\*La eliminación de salarios de tramitación en los despidos improcedentes para los trabajadores indemnizados no introduce discriminación inconstitucional contraria al art. 14 CE entre trabajadores con despido nulo o improcedente con readmisión (cobran salarios de tramitación) y trabajadores despedidos de forma improcedente no readmitidos (sin tales salarios) pues quiebra el presupuesto de igualdad sustancial entre los supuestos contrastados.

\*La norma que restringe los salarios de tramitación a los despidos improcedentes con readmisión y a los nulos tampoco vulnera la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por más que la decisión sobre la suerte final de cuanto acaezca dependa de la decisión empresarial.

\*La irregresividad de los derechos no está expresamente recogida por la Ley Fundamental, por lo que tampoco puede pensarse en su vulneración; además, según la óptica indivi-

dual o general que se adopte es posible apreciarla o cuestionarla.

\*En todo caso, la regulación expuesta ha de cumplirse mientras el TC no declare lo contrario. Constituye facultad soberana del órgano judicial decidir si se plantea o no la correspondiente cuestión, sin que la tutela judicial de los litigantes pueda convertir aquélla en un derecho para la parte.

\*Múltiples razones aconsejan reservar la aplicación del nuevo régimen sobre salarios de tramitación solo a los despidos producidos con posterioridad al 12 de febrero de 2012.

## E) SALARIOS A CARGO DEL ESTADO

El artículo 57 ET prescribe que cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de cierto número de días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de tales salarios de tramitación «correspondiente al tiempo que exceda».

Pues bien, así como precedentemente se fijaba en sesenta días hábiles el umbral de responsabilidad soportable por el empleador, el RDL 20/2012 eleva hasta noventa días hábiles el tiempo durante el cual ha de afrontar tal abono.

Por lo tanto, solo si, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del juzgado o tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de noventa días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho plazo<sup>36</sup>.

Se trata de una nueva medida de contención del gasto, que no perjudica al trabajador pero sí al empleador que acordó el despido declarado improcedente<sup>37</sup>, aunque forzoso es recordar que el RDL y la Ley 3/2012 redujeron drásticamente los supuestos en que un despido improcedente va acompañado del abono de estos salarios de trámite.

En contraposición con la rebajas de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente o el enorme recorte de la obligación de abonar salarios de tramitación en esos casos, estamos ahora ante un aumento indirecto de los costes del despido, aunque muy restringido en su radio aplicativo.

## 7. LA RESPONSABILIDAD DEL FOGASA

### A) EN EL REAL DECRETO-LEY 3/2012

El FOGASA asume el pago de 8 días de salario por año de servicio, pero sólo en extinciones procedentes si el contrato es indefinido y la empresa tiene menos de 25 trabajadores.

Según la nueva redacción del art. 33.8 ET, «En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No será de aplicación el resarcimiento por el Fondo de Garantía Salarial en las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia». Las consecuencias de esta nueva regulación son básicamente dos:

- Desaparece el automatismo en el abono de una parte de la indemnización, al excluirse los supuestos de improcedencia.
- El procedimiento exige a la empresa (no al trabajador) resarcirse frente al FOGASA solicitando el abono de los 8 días. Por consiguiente, la empresa no puede descontar del montante indemnizatorio la cuantía correspondiente a estos días,

con lo que de manera inmediata se encarece para ella el coste del despido.

## B) EN LA LEY 45/2002 Y EL RDL 20/2012

El Preámbulo de la Ley 3/2012 establece que «en orden a un tratamiento legal más razonable de los costes vinculados a la extinción del contrato de trabajo, la presente Ley modifica el régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial, racionalizando su ámbito de actuación, ciñéndolo al resarcimiento de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos que tengan lugar en empresas de menos de 25 trabajadores y no hayan sido declaradas judicialmente como improcedentes». La letra de la Ley (DT 3ª) apunta hacia la idea de que la financiación de una parte de la indemnización de los despidos objetivos, colectivos y concursales parece referirse únicamente a los procedentes, puesto que si el contrato debe extinguirse por la concurrencia de las causas previstas en los arts. 51 y 52 ET es porque, concurriendo las mismas, el despido no podría ser improcedente, lo que supondría la inexistencia de tales causas<sup>38</sup>.

Dicho en positivo: el Fondo asume el pago de ocho días de salario por año de servicio, pero sólo en extinciones procedentes si el contrato es indefinido y la empresa tiene menos de 25 trabajadores. Las consecuencias de esta nueva regulación son básicamente dos:

- Desaparece el automatismo en el abono de una parte de la indemnización, al excluirse los supuestos de improcedencia. Se descarta la responsabilidad directa del FOGASA no sólo cuando se declara la improcedencia del despido en conciliación (administrativa o judicial) o mediante sentencia sino en cualquier supuesto de decisión extintiva improcedente.
- El procedimiento exige a la empresa (no al trabajador) resarcirse frente al FOGASA solicitando el abono de los 8 días. Por consiguiente, la empresa no puede descontar del montante indemnizatorio

la cuantía correspondiente a estos días, con lo que de manera inmediata se encarece para ella el coste del despido.

Por otra parte, el RD-L 20/2012 modificó con intensidad varios apartados del art. 33 ET, en el sentido que se indica a continuación: 1º) Se reduce de 150 a 120 días el límite de la responsabilidad general del FOGASA por salarios, incluidos, cuando procedan, los de tramitación (nuevo art. 33.1 ET). 2º) Se reduce del triple al doble del SMI el límite del salario diario a los efectos de determinar la responsabilidad indemnizatoria del FOGASA en supuestos de extinción del contrato por causas económicas y análogas (nuevo art. 33.2 ET), incluidos los acuerdos alcanzados en el seno de los procedimientos concursales (art. 33.3.Segunda ET).

De este modo, para las indemnizaciones por extinción contractual reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa se establece un límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del SMI. Previsiblemente, siguen siendo válidos los criterios interpretativos fundamentales, tales como:

- En los casos de despido o extinción de los contratos de trabajo, el Fondo de Garantía Salarial sólo responderá de las indemnizaciones que hayan sido reconocidas como consecuencia de *sentencia o resolución administrativa*, y no de las que procedan de acuerdos o conciliaciones administrativas o judiciales<sup>39</sup>.
- Tal criterio debe mantenerse pese al tenor de la STJCE de 12 diciembre 2002<sup>40</sup>.
- Las cantidades reconocidas en conciliación administrativo en concepto de «saldo y finiquito» no desencadenan la responsabilidad administrativa del Fondo<sup>41</sup>.
- El límite del doble del SMI que establece el art. 33.2 del ET es aplicable a la indemnización por despido objetivo ex art. 52.c) ET que debe abonar el FO-

GASA, contemplada en su totalidad (responsabilidad directa y subsidiaria)<sup>42</sup>, y aun cuando la responsabilidad fuese anterior a la vigencia de la Ley 60/1997, de 19 de diciembre<sup>43</sup>.

- En el momento del pago, no procede el descuento del 40% de la indemnización a abonar al trabajador, lo cual tiene incidencia en la determinación de si ha habido o no error excusable en la cuantía puesta a su disposición<sup>44</sup>.

## NOTAS

1. De hecho, cuando el legislador de 2012 generaliza esa inferior indemnización para los despidos improcedentes, ello posee una incidencia directa sobre el contrato de fomento de la contratación indefinida, que se suprime al no tener ya incentivo para su concertación.

2. STC 65/1987, de 21 mayo, FJ nº 19 (Ponente, Sr. López Guerra).

3. STC 99/1987, de 11 junio, FJ nº 6 (Ponente, Sr. De la Vega Benayas).

4. STC 17/1999, de 22 febrero, FJ nº 3 (Ponente, Sr. González Campos).

5. STC 199/1990, de 10 diciembre, FJ nº 2 (Ponente, Sr. De los Mozos de los Mozos).

6. STC 129/1987, de 16 julio, FJ nº 5 (Ponente Sr. López Guerra).

7. STC 129/1987, de 16 julio, FJ nº 4 (Ponente. Sr. López Guerra).

8. STC 210/1990, de 20 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Sr. Tomás y Valiente).

9. En tal sentido, entre otras, SSTC 159/1997, de 2 de octubre; 119/1998, de 4 de junio; 35/2002, de 11 de febrero; 173/2002, de 9 de octubre; 15/2004, de 23 de febrero y 149/2004, de 20 de septiembre.

10. SSTC 29/1986, de 20 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant); 177/1999, de 15 noviembre, FJ nº 3.

11. STC 29/1986, de 20 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant).

12. STC 29/1982, de 31 mayo, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Velasco Vallejo).

13. Por ejemplo, SSTC 11/2002, de 17 de enero y 137/2003.

14. SSTC 29/1986, de 20 de febrero FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant); 177/1999, de 15 noviembre, FJ nº 3.

15. STC 29/1986, de 20 febrero,.

16. Por todas, STC 182/1997, de 20 de octubre.

17. Ello, al margen de la obvia relevancia del tema para todos los casos resueltos durante la vigencia del RDL 3/2012. De hecho, dos de las más conocidas cuestiones de constitucionalidad suscitadas por los Jueces de lo Social respecto de este concreto tema refieren al tenor del RDL.

Por un lado, mediante Auto de 16 de abril de 2012, el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid (Sr. Folguera Crespo) cuestionó la eliminación de los salarios tramitación si no hay readmisión, apuntando diversos argumentos tales como la equiparación a una realización arbitraria del propio derecho, la admisión de la demora en el abono de la indemnización sin consecuencias, la proscripción de una verdadera tutela judicial efectiva y resarcimiento íntegro, agravado todo ello por la paralela minoración de la protección por desempleo y de la cuantía indemnizatoria.

Mediante su Auto 91/2012, de 16 de octubre, el Pleno del Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 2303-2012, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid (BOE 14-XI-2012), por

«falta de determinación concluyente en Auto de la norma seleccionada como aplicable al caso», esto es, porque no se había razonado la necesidad de aplicar la Reforma de 2012 a un despido anterior.

De otra parte, otro Auto del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid (Sr. Seoane García), de 14 de enero de 2013 realiza un cuestionamiento global del RDL 3/2012 y una impugnación particular de dos extremos: que se reduzca la indemnización (siendo el daño mayor que anteriormente) y que se eliminen los salarios de tramitación cuando no haya readmisión.

18. SSTC 68/1982, de 22 noviembre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León); 109/1988, de 8 junio, FJ nº 1; 144/1988, de 12 julio, FJ nº 1; 148/1990, de 1 octubre, FJ nº 2; 16/1991, de 18 julio, FJ nº 1; 20/1991, de 28 enero, FJ nº 2.

19. SSTC 229/1992, de 14 diciembre, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); 119/2002, de 20 mayo, FJ nº 3.

20. SSTC 67/1982, de 15 noviembre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Truyol y Serra); 23/1984, de 20 febrero, FJ nº 6; 227/1998, de 26 noviembre, FJ nº 5; 47/1999, de 22 marzo, FJ nº 3.

21. SSTC 119/1987, de 9 julio, FJ nº 3 (Ponente Sr. Begué Cantón); 38/1994, de 13 febrero, FJ nº 4. En el mismo sentido, STC 39/1992, de 30 marzo, FJ nº 7 (Ponente, Sr. Díaz Eimil).

22. Véanse las SSTC 84, 122, 142 y 143/2008, así como 85/2009.

23. Véase la STC 85/2009, de 18 de febrero.

24. En este decisivo pasaje, quizá por lo evidente de su toma de posición, el razonamiento constitucional es más tautológico que persuasivo. Pero la verdad es que no se alcanza cómo pueden compararse dos situaciones en las que concurre un factor diferencial tan evidente como el expuesto: nada menos que la continuidad o la terminación del contrato de trabajo. Podrá impugnarse el resultado desde otros puntos de vista, pero no desde el atento al contraste entre esos colectivos para construir una discriminación peyorativa.

25. STC 84/2008, de 21 de julio.

26. Dicho de otro modo: la soberanía del legislador en este punto no resulta apenas condicionada por la Ley Fundamental; tan constitucional fue la regulación *economizadora* del RDL 5/2002 cuanto la *neutralizadora* de la Ley 45/2002 o la *rompedora* del RDL 3/2012.

27. De la doctrina constitucional en cuestión parece desprenderse la idea de que sí sería cuestionable un diseño normativo en el que la readmisión del trabajador no comportase el abono de los salarios de tramitación. Pero ni la afirmación se realiza en la sentencia, ni eso implica la imposibilidad de descontar de ellos eventuales ingresos obtenidos mediante otras actividades coetáneas.

28. Véase la jurisprudencia constitucional sobre discriminación derivada de sucesiones normativas que se ha resumido más arriba.

29. Se dedica poca atención a esta línea argumental, sin duda alguna por entender que la esencia del recurso radicaba en la eventual vulneración de la igualdad y no discriminación, aspecto asumido por el Ministerio Fiscal.

30. Grandes beneficiados por esta eliminación de los salarios de tramitación en despidos indemnizados son las empresas y el Estado, pues sabido es que el importe de tales salarios se asumía por las primeras sólo hasta que hayan transcurrido más de sesenta días hábiles desde que se presentó la demanda; el pago de tales salarios (en contratos de corta duración, de cuantía superior a la indemnización de 45 días/año) comportaba también la obligación de cotizar por ellos. Grandes perjudicados son los trabajadores despedidos (en mayor proporción cuanto menor sea su tiempo de servicios prestados a la empresa): la protección por desempleo comienza a consumirse (y finaliza) antes, la cuantía de ésta es inferior al salario habitual, el período de salarios de tramitación ya no cotiza del mismo modo a la Seguridad Social que el de la prestación por desempleo.

Terceros afectados indirectos, no despreciables, son los profesionales de las relaciones laborales (Graduados Sociales, Abogados, etc.), los sindicatos y sus asesorías, el personal de la Jurisdicción Social, etc., porque el modo de plantear el despido (el pleito prototípico en materia de contrato de trabajo) varía.

31. La STC 134/1987, de 21 julio, dijo: «ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1), lejos de apoyar las tesis sustentadas por el TCT pueden ser invocados precisamente en su contra cuando se mantienen y actualizan las pensiones más bajas y se limitan las más altas en atención, como se ha dicho, a los recursos limitados que a todos ellos pueden dedicarse».

32. Por todas, STS 15 septiembre 2010 (RJ 2010, 7425).

33. La SJS nº 2 de León de 20 de febrero de 2012 (proc. 937/2011) fue la que primero se dio a conocer.

34. La STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012 (rec. 221/2012) fue la primera conocida en tal sentido. Sus argumentos son reiterados por la STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2012 (rec. 123/2012). Las SSTSJ Madrid de 20 de julio y 7 de septiembre albergan una sólida y completa argumentación en favor de esta tesis (Ponente, Sr. Moreno González-Aller). Muy fundada es también la STSJ Extremadura de 18 septiembre de 2012 (Ponente, Sra. Cano Murillo).

Estos criterios han sido confirmados por múltiples resoluciones, como las SSTSJ País Vasco 20-03-2012, Castilla y León 28-03-2012 y 20-06-2012, Galicia 23-04-2012, 15-03-2012, 24-05-2012 y 5-07-2012, Extremadura 28-06-2012 y 26-07-2012, Cataluña 18-06-2012, Andalucía 10-05-2012, Asturias 29-06-2012, 27-07-2012 y 20-09-2012.

35. La STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2012 (rec. 37/2012) añade a los argumentos anteriores la cita de la STC 210/1990 para recordar que «No hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y profuturo situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado», de donde se deduce que «el despido se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero sus efectos y consecuencias no se han consumado al producirse con la sentencia que declara la improcedencia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma». Igualmente se citan las SSTC 99/1987, 129/1987 y la STS de 26 de octubre de 1999 en el sentido de que el principio de irretroactividad «es aplicable a los derechos consolidados asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas». En fin, la irretroactividad del art. 9.3 CE se trae a colación (con cita de la STC 104/2000 y de la STS de 4 de junio de 2001) para recordar que su ámbito se ciñe al terreno de los derechos fundamentales.

36. Tal es el nuevo tenor del art. 116.1 LRJS; nótese que la sentencia ha de ser firme y los salarios han de haberse satisfecho.

37. El nuevo tope temporal será de aplicación a los expedientes de reclamación al Estado de salarios de tramitación en los que no haya recaído sentencia firme de despido al día 15 de julio de 2012 (cf. la Disposición Transitoria Séptima del RDL 20/2012).

38. Para la STSJ de Madrid de 23 noviembre 2012, la reforma resulta «nebulosa y enigmática», en tanto un análisis más exhaustivo revela que también el reconocimiento o «calificación» empresarial de improcedencia activa la responsabilidad directa del FOGASA; para la sentencia ello es preocupante, distorsionador e injusto, en tanto supone una vía de financiación pública de una decisión no fiscalizada por los Tribunales.

39. SSTS 18 diciembre 1991 (RJ 1991, 9084) (Ponente, Sr. Álvarez Cruz); 17 enero 2000 (RJ 2000, rec. 574/1999); 17 marzo 2003 (RJ 2003, 3649); 23 abril 2004 (RJ 2004, 3699); 14 julio 2010 (RJ 2010, 7108) (Ponente, Sr. Gilolmo López). La doctrina se considera «ya unificada y fijada» por los Autos 8 noviembre 1996 (RJ 1996, 8413) y 14 abril 1999 (RJ 1999, rec. 936/1998), por lo que carece de contenido casacional el recurso que ignora tal criterio.

40. STS 23 noviembre 2005 (RJ 2006, 1206; Sala general) (Ponente, Sr. Fuentes López).

41. STS 22 enero 2008 (RJ 2008, 2077) (Ponente, Sr. López García de la Serrana).

42. STS 18 noviembre 2005 (RJ 2006, 1251) (Ponente, Sr. Fuentes López)

43. STS 4 junio 1999 (RJ 1999, rec. 976/98) (Ponente, Sr. Martínez Garrido).

44. Por ejemplo, véase STJS de Extremadura de 31 mayo 2012.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ARBONÉS LAPENA, H.I.: «Acumulación de acción por despido y reclamación de cantidad», *Aranzadi Social* núm. 10/2013, BIB 2013\317.
- BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M., GOERLICH PESET, J.M., ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, 2012.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales (1)», *Actualidad laboral* núm. 17-18, 2012.
- FALGUERA BARÓ, M.A.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, 2013.
- GARCÍA MIGUELES, M.P.: «Controvertida interpretación de los Tribunales sobre el reconocimiento o no de los salarios de tramitación por despidos improcedentes producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral (Real Decreto-Ley 3/2012). SJS núm. 2 León 20 febrero 2012 (AS\2012\215)», *Aranzadi Social* núm. 3/2012 paraf. 22/2012, BIB\2012\1009.
- GARCÍA MURCIA, J. y MONTOYA MELGAR, A.: *Comentario a la Reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos», *Actualidad laboral*, núm. 9, 2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «¿El juez al enjuiciar un despido producido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 y calificarlo de improcedente, debe condenar al pago de los salarios de tramitación si la opción fuese la indemnización?: primeros ecos jurisprudenciales de la reforma laboral 2012», *Justicia laboral* núm. 50, 2012.
- GONZÁLEZ ELEJABARRIETA, B.: «El despido declarado improcedente con posterioridad a la reforma: efectos», *Aranzadi Social* núm. 3/2012 paraf. 23/2012, BIB 2012\1010.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 115, 2012.
- LAHERA FORTEZA, J. (Coord.): «Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas», Bomarzo, 2012.
- LÓPEZ BALAGUER, M.: «La nueva indemnización por despido improcedente: aplicación y forma de cálculo. Auto JS Pamplona 22 marzo 2012 (AS 2012, 866)», *Aranzadi Social* núm. 4/2012, BIB 2012\1197.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012* (2ª Edición), Aranzadi, 2012.
- MERCADER UGUINA, JESÚS R. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012.
- MIRÓ MORROS, D.: «La problemática del devengo de los salarios de tramitación cuando el despido ha tenido lugar antes de la entrada en vigor de la reforma laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 842/2012, BIB 2012\902.
- ORTEGA PRIETO, E y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: *La Reforma Laboral 2012*
- ROJAS ARAGÓN, F.J. y CEGARRA CERVANTES, F.J.: «Problemas en la aplicación de la reforma laboral de 2012 a los procesos sobre despido surgidos con anterioridad a su entrada en vigor», *Aranzadi Social* núm. 5/2012 paraf. 37/2012. BIB 2012\2766.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Indemnización por despido improcedente. La nueva indemnización por despido tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 154, 2012.
- SEMPERE NAVARRO A.V.: *Reforma Laboral 2012*, Aranzadi 2012.
- «La eliminación de salarios de tramitación y su ajuste constitucional (2002 y 2012)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012.

**Fecha recepción: 31/03/2013**

**Fecha aceptación: 30/04/2013**