



Consejo de Administración

321.ª reunión, Ginebra, 13 de junio de 2014

GB.321/INS/9/4

Sección Institucional

INS

NOVENO PUNTO DEL ORDEN DEL DÍA

Informe del Director General

**Cuarto informe complementario:
Informe del Comité encargado de examinar la
reclamación en la que se alega el incumplimiento
por el Gobierno de España del Convenio sobre
la terminación de la relación de trabajo, 1982
(núm. 158), presentada en virtud del artículo 24
de la Constitución de la OIT por la Confederación
Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.)
y la Unión General de Trabajadores (UGT)**

I. Introducción

1. Por comunicación con fecha 10 de mayo de 2012, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.) y la confederación sindical Unión General de Trabajadores (UGT), invocando el artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, presentaron a la Oficina una reclamación en la que se alega el incumplimiento por parte del Gobierno de España del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Con fecha 30 de julio de 2012, las dos confederaciones remitieron alegaciones complementarias.
2. España ratificó el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) el 18 de febrero de 1985 y está en vigencia para ese país.
3. Las disposiciones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo sobre la presentación de reclamaciones son las siguientes:

Artículo 24

Reclamaciones respecto a la aplicación de un convenio

Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.

Artículo 25

Posibilidad de hacer pública la reclamación

Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, éste podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida.

4. De conformidad con el artículo 1 del Reglamento relativo al procedimiento para el examen de reclamaciones, revisado por el Consejo de Administración en su 291.^a reunión (noviembre de 2004), el Director General acusó recibo de la reclamación e informó al Gobierno de España al respecto. En su 316.^a reunión (noviembre de 2012), el Consejo de Administración se pronunció sobre la admisibilidad de la reclamación y en su 317.^a reunión (marzo de 2013) se designaron a los miembros del comité tripartito para examinarla. El comité tripartito se compuso del Sr. Raffaele De Luca Tamajo (miembro gubernamental, Italia); del Sr. Alberto Echavarría Saldarriaga (miembro empleador, Colombia) y del Sr. Yves Veyrier (miembro trabajador, Francia).
5. El Gobierno de España envió sus observaciones en una comunicación de fecha 21 de diciembre de 2012.
6. Además, en abril de 2013, la Oficina cursó una invitación a las dos confederaciones para que presenten informaciones complementarias que se recibieron el 29 de mayo de 2013. Por su parte, el Gobierno de España hizo llegar informaciones adicionales el 29 de junio y el 22 de agosto de 2013.
7. El 20 de marzo de 2014, el Comité transmitió al Gobierno y a las dos confederaciones un documento de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) conteniendo observaciones relacionadas con la reclamación. La Organización Internacional de Empleadores (OIE) expresó su apoyo a las observaciones presentadas por la CEOE y la CEPYME.
8. El 4 de abril de 2014, el Comité también solicitó al Gobierno y a las dos confederaciones informaciones adicionales sobre los recursos de inconstitucionalidad en trámite ante el Tribunal Constitucional.
9. Al tomar conocimiento del documento de la CEOE y de la CEPYME, el 7 de mayo de 2014, las dos confederaciones expresaron que no consideraban necesario formular comentarios al respecto y mantuvieron los términos de la reclamación.
10. El 13 de mayo de 2014, se recibió la respuesta del Gobierno al documento de la CEOE y de la CEPYME y a las otras cuestiones planteadas por el Comité.

11. El comité tripartito se reunió formalmente el 26 de marzo y el 27 de mayo de 2014 para examinar la reclamación y adoptar su informe.

II. Examen de la reclamación

Alegatos presentados por las organizaciones querellantes

Contexto de la reforma laboral de 2012

12. Las dos confederaciones recuerdan que la Organización Internacional del Trabajo nació bajo el principio de que la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social. En la tarea de mejorar las condiciones de empleo y proteger a los trabajadores frente a la desigualdad en la que se basa la relación de trabajo, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119) que luego fue reemplazada por el Convenio núm. 158 y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166). Estos instrumentos buscan reforzar las garantías a los trabajadores frente al despido, protegiéndoles contra la terminación arbitraria e injustificada de la relación de trabajo por su empleador y contra las dificultades económicas y sociales que entraña la pérdida del empleo, fomentando de esta suerte la seguridad en el empleo, que constituye un aspecto esencial del derecho al trabajo.
13. Las dos confederaciones se remiten al Estudio General de 1995, donde la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones indicó que la causa justificada constituía la piedra angular del Convenio ¹. En igual sentido, el régimen legal del despido se encontraba amparado por el reconocimiento del derecho al trabajo en el artículo 35 de la Constitución Española. Las dos confederaciones señalan que el Tribunal Constitucional interpretó el derecho al trabajo como un derecho de contenido laboral que implica que los trabajadores no pueden ver extinguida su relación laboral sin un motivo justificado, con arreglo a un procedimiento determinado previamente y bajo control judicial ².
14. Las dos confederaciones indican que el sistema del despido fue modificado debido a la crisis, en particular mediante la Ley núm. 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo. La reforma laboral de 2010 amplió la descripción de los supuestos que habilitan al empleador a despedir precedentemente con arreglo a causas económicas y similares, que conllevaba una indemnización de 20 días por año. Según las dos confederaciones, las tendencias negativas que ya aparecían en la reforma laboral de 2010 se desarrollaron al máximo en el Real decreto-ley núm. 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; en clara transgresión del modelo de despido fijado en la Constitución Española y, más en concreto, en oposición directa a muchas de las prescripciones del Convenio núm. 158.

¹ OIT: *Protección contra el despido injustificado*, Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995, párrafo 76.

² Las dos confederaciones se remiten a las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 22/1981, de 2 de julio; núm. 20/1994, de 27 de enero, núms. 123/1992, 98/1993 y 177/1993 y también a la sentencia núm. 192/2003, de 27 de octubre.

15. En la comunicación de 30 de julio de 2012, las dos confederaciones indican que el Real decreto-ley núm. 3/2012 dio lugar a la tramitación de la Ley núm. 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. La ley núm. 3/2012, sustituyó al Real decreto-ley núm. 3/2012. Las disposiciones del Convenio núm. 158 que resultan vulneradas por la reforma laboral de 2012 son aquellas que corresponden al período de prueba (artículo 2, 2), b)), a la justificación del despido (artículo 4), a la ausencia temporal del trabajo por motivos de enfermedad o lesión (artículo 6, 1)), a la posibilidad de que el trabajador se defienda de los cargos formulados (artículo 7), a la carga de la prueba (artículo 9, 2), a) y b), y 3)) y al control judicial (artículo 10).
16. Las dos confederaciones manifiestan que las cuestiones que vulneran flagrantemente las mencionadas disposiciones del Convenio núm. 158 son las siguientes:
- la fijación de un período de prueba de un año en una nueva modalidad de contrato indefinido, que implica el establecimiento de un despido sin causa y sin indemnización;
 - la nueva regulación de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción, que conlleva que los trabajadores pueden ser despedidos sin una causa de suficiente entidad y proporcionalidad y sin verdadero control judicial de la decisión empresarial;
 - la supresión de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato, ante la declaración judicial de la improcedencia del despido;
 - la inclusión como causa de despido de las faltas de asistencia al trabajo motivadas por enfermedad o lesión aun debidamente justificadas: el despido por absentismo.

Fijación de un período de prueba de un año en la nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

17. Al reclamar en mayo de 2012, las dos confederaciones sostuvieron que la nueva modalidad de contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (CAE), establecida en el artículo 4 del Real decreto-ley núm. 3/2012 fija un período de prueba de un año. La duración de un año se encuentra, según las dos confederaciones, al margen de los cometidos, de las funciones y de la cualificación del trabajador necesaria para el desempeño del puesto del trabajo, lo que equivale al establecimiento de un despido sin causa y sin indemnización.
18. Al regularse el período de prueba en el artículo 4, párrafo 3, del Real decreto-ley se dijo literalmente:

El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real decreto legislativo núm. 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso.

Según las dos confederaciones, el régimen del período de prueba no reúne, debido a la falta de razonabilidad de su duración, ninguno de los requisitos exigidos para poder ser una excepción admitida por el artículo 2, 2), b), del Convenio núm. 158. La duración de un año

del período de prueba sería a todas luces excesiva, como ya lo sugieren dos decisiones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ³.

19. Las dos confederaciones insisten en que, en el CAE, la duración de un año no se vincula, ni directa ni indirectamente, a la cualificación y formación profesional del trabajador, ni a la experiencia que haya adquirido a lo largo de su trayectoria profesional, ni a la mayor o menor responsabilidad exigible al puesto de trabajo, ni al grado de dificultad en el desempeño de las funciones pactadas, quedando desvirtuada por completo la institución y la función a la que sirve: comprobación de las aptitudes y de la adaptación del trabajador al puesto de trabajo. Se trata de un plazo de duración único y universal, aplicable indiscriminadamente a todos los trabajos contratables, desde la función de más alta responsabilidad en la gestión, y la técnicamente más compleja, hasta la más simple y de nivel laboral y formativo más sencillo.
20. En julio de 2012, las dos confederaciones indicaron que en el artículo 4 de la ley núm. 3/2012 ⁴ se retomaron las disposiciones ya establecidas en el Real decreto-ley núm. 3/2012, con dos únicas diferencias que no alteran la reclamación. Las dos confederaciones observan que el legislador se limitó a añadir en el párrafo 3 del artículo 4 de la ley núm. 3/2012 que *«no podrá establecerse un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación»*. Según las organizaciones reclamantes, se trata de una mera reiteración de lo que, con carácter general, establece el artículo 14, 1), del Estatuto de los Trabajadores para todos los períodos de prueba: será nulo el pacto cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación. De esta manera, el legislador ha pretendido eliminar las dudas interpretativas sobre la aplicación de esta restricción del período de prueba al contrato indefinido de apoyo a emprendedores.
21. Las dos confederaciones señalan que la segunda novedad introducida en julio de 2012 es la declaración de que la modalidad seguirá vigente vigencia *«hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento»*, según agregó la Disposición Transitoria Novena de la ley núm. 3/2012. Las dos confederaciones indican que con ello se quiere justificar la nueva modalidad debido a las altas tasas de paro actualmente existentes en España, que se sitúan en el entorno del 25 por ciento.
22. Las dos confederaciones se niegan a considerar que la nueva modalidad contractual se justifique como una medida de política de empleo. Al adoptarse el Real decreto-ley núm. 3/2012 se incorporaron una gran variedad de incentivos fiscales en favor de los empleadores y de bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social. Estas medidas incitativas sólo pueden ser comprendidas partiendo de una opción política que busca generar empleos.

³ Las dos confederaciones se remiten a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 2007, en el recurso núm. 4341/2006, en la que se consideró que *«no parece razonable admitir que el empresario necesita de un período de prueba tan largo [dos años] para advertir la capacitación de una actividad de estas características»* (la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica). La sentencia del mismo tribunal de fecha 20 de julio de 2011, en el recurso núm. 152/2010, se remitió a la decisión anterior y confirmó el razonamiento al decir que si la demandante fue contratada como promotora de ventas, consistiendo su trabajo en la venta de *«páginas amarillas y otros productos»*...*«el sometimiento al período de prueba de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido»*.

⁴ El texto del artículo 4 de la ley núm. 3/2012 se reproduce en el anexo del presente documento.

23. Las dos confederaciones sostienen que el impacto en la generación de empleos que constituye la nueva modalidad contractual se desvirtúa por ser irrazonable y desproporcionada la duración del período de prueba del contrato. Las dos confederaciones declaran que los derechos laborales no pueden quedar suprimidos ante la consecución de determinados objetivos macroeconómicos, ya que se relega la aplicación de las normas internacionales del trabajo a meras indicaciones subordinadas a las consideraciones coyunturales de la política económica.
24. Las dos confederaciones señalaron también en su reclamación la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal de Casación de Francia y recordaron la sentencia núm. 1210 de 1.º de julio de 2008, donde se examinaron las condiciones de ruptura del contrato «nuevas contrataciones». En dicha sentencia, el Tribunal de Casación consideró que un período de dos años, durante el que el empresario pudiera despedir al trabajador sin alegar causa alguna, no podía ser considerado «razonable» en el sentido del artículo 2, 2), b), del Convenio núm. 158.
25. En este contexto, las dos confederaciones también se remitieron a la reclamación presentada por la Confederación General de Trabajo *Force Ouvrière*, en agosto de 2005, invocando el artículo 24 de la Constitución de la OIT, alegando la falta de cumplimiento del Convenio núm. 158, y de otros convenios. En dicha reclamación un comité tripartito examinó el contrato «nuevas contrataciones» (CNE) creado mediante la ordenanza núm. 2005-893, de 2 de agosto de 2005 por la cual se estableció en Francia un contrato de trabajo de duración indeterminada para las nuevas contrataciones en las empresas con un máximo de 20 trabajadores. El CNE permitía eludir la aplicación de algunas protecciones previstas en el Código del Trabajo en caso de despido, individual o colectivo, en el período de dos años transcurrido desde la celebración de un CNE. Las dos confederaciones manifestaron su acuerdo con las conclusiones del comité tripartito donde se expresaron dudas sobre la «razonabilidad» del período de hasta dos años prevista en el CNE⁵.
26. Las dos confederaciones recordaron también la observación formulada en noviembre-diciembre de 2008 por la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 158 en Francia en la cual se había tomado nota con satisfacción de que, teniendo en cuenta las recomendaciones del comité que examinó la reclamación y dando ejecución a un acuerdo nacional tripartito, se había adoptado la ley núm. 2008-596 de 25 de junio de 2008, derogando las disposiciones sobre el CNE. Los CNE que se encontraban en vigencia al publicarse la ley se reclasificaron en contratos de duración ilimitada.
27. En síntesis, las dos confederaciones sostienen que un período de prueba tan dilatado en el tiempo constituye una abierta invitación a que los empresarios den por terminados los contratos CAE antes de finalizar el período de prueba. Los trabajadores contratados con un CAE pueden quedar despedidos y se reemplazan por otros trabajadores en los mismos puestos de trabajo, sin generación de empleos, imponiendo una simple rotación de los trabajadores en un mismo puesto de trabajo. Las dos confederaciones indican igualmente que, en la sentencia de 1.º de julio de 2008, el Tribunal de Casación de Francia también criticó este aspecto de la rotación de los trabajadores por encontrarse en contradicción con los fundamentos de un Estado social y democrático de derecho, al pretender generar

⁵ Párrafos 70 y 71 del documento GB.200/20/6, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la *Confédération générale du travail Force ouvrière*.

empleos pero que promueve en la práctica los despidos sin causa ni compensación económica adecuadas.

28. Al comunicar informaciones adicionales en mayo de 2013, las dos confederaciones indicaron que el artículo 2, 2), del Convenio núm. 158 excluía a determinados trabajadores, entre ellos los que efectúen un período de prueba requiriendo que se haya fijado de antemano y que sea razonable. Esa exigencia de razonabilidad es fundamental también en el ordenamiento jurídico español, siendo la determinación de *qué se entiende por razonable* una tarea que debe abordarse atendiendo a diferentes elementos y criterios, como lo han venido haciendo los tribunales.
29. Las dos confederaciones insisten en que la nueva modalidad contractual se aleja de los criterios y principios establecidos en el ordenamiento jurídico español. La titulación, conocimientos y experiencia del trabajador en relación a la actividad a desempeñar son determinantes para fijar la duración del período de prueba. No es necesario el mismo tiempo para comprobar las aptitudes profesionales de un trabajador sin cualificación que para las de un técnico titulado que deba desarrollar complejas tareas en la empresa. Las dos confederaciones recuerdan que se trata de un principio tan básico que ha regido y está integrado en la normativa y en la jurisprudencia, en particular en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores que limita la duración del período de prueba, cuando no se haya regulado en convenio colectivo y diferencia entre técnicos titulados y demás trabajadores. El criterio es tan simple como que cuanto más complejas son las tareas se necesita mayor período de prueba que cuando no se da esa complejidad.
30. Las dos confederaciones sostienen que un año es un período excesivamente largo en el ordenamiento español. Tan excesivo que incluso para un contrato tan singular como es el *contrato especial de alta dirección* (Real decreto-ley núm. 1382/1985, de 1.º de agosto) el máximo permitido por la norma para el período de prueba es de nueve meses (artículo 5.1 del citado Real decreto).
31. Las dos confederaciones manifiestan que la regulación establecida en el nuevo contrato no contempla un uso racional ni razonable de la duración del período de prueba. No hay matices, la norma dice «en todo caso», sin margen de flexibilidad para su adaptación al supuesto concreto. Duraciones tan amplias del período de prueba amparan o pueden estar amparando situaciones que se asemejan a las de contratos temporales pero sin la regulación y garantías establecidas para éstos. En la legislación española los contratos de duración determinada también llevan aparejada una indemnización por finalización del mismo y los trabajadores cuentan con los mismos derechos y protección en caso de ser despididos de manera impropia.
32. Las dos confederaciones indican que aunque el CAE se encuentre dirigido a las empresas de menos de 50 trabajadores «*que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo*», como dice la Exposición de Motivos de la ley, pone en manos de los empresarios una posibilidad que trae a la memoria un contrato temporal ya desaparecido de la legislación española (fue derogado en 1997): el contrato por lanzamiento de nueva actividad. La razón de aquel contrato estribaba en las dudas o incertidumbres específicas sobre la organización del trabajo o sobre la respuesta del mercado, consustancial en las actividades empresariales nuevas y que por tanto no procedía utilizar si se trataba de actividades empresariales ya en funcionamiento.
33. Las dos confederaciones manifiestan que a diferencia de aquel contrato por lanzamiento de nueva actividad, el CAE no se presenta como de carácter temporal. El Gobierno ha insistido en denominarlo «indefinido» al tiempo que se entrega al empresario la libertad más absoluta para terminar la relación laboral siempre que lo haga dentro del año desde que suscriba el contrato con el trabajador. Las dos confederaciones insisten en que

aunque durante el período de prueba, trabajador o empresario pueden dar por finalizada la relación laboral sin tener que dar una justificación (salvo que la decisión suponga vulneración de derechos fundamentales), en la práctica es el empresario quien decide la continuación o no, sobre todo en tiempos de crisis.

34. Las dos confederaciones indican que la reforma laboral de 2012 no ha tenido en cuenta si el empresario se acaba de incorporar al mundo empresarial, si tiene experiencia — incluso larga experiencia —, ni siquiera si pretende lanzar al mercado un nuevo producto o servicio con la incertidumbre lógica de cómo será su aceptación, que es lo que sucedía con el extinto contrato temporal de lanzamiento de nueva actividad. El único requisito que el empresario debe cumplir es no superar los 49 trabajadores pues en cuanto alcance el número de 50 no podrá utilizar dicho «ventajoso» contrato. Este hecho desincentiva la superación de tal número y en definitiva puede generar o un bloqueo, de facto, para la contratación de más empleados una vez alcanzada esa cifra, o la rotación entre trabajadores que nunca superarán el año en la empresa.
35. Asimismo, las dos confederaciones llaman la atención en su comunicación de mayo de 2013, sobre el empeño que el Gobierno ha tenido en no utilizar la denominación correcta en lo relativo al CAE. En primer lugar, al denominarlo de apoyo a los emprendedores, en lugar de a los empresarios. Emprendedor y empresario no son términos equivalentes. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua: «emprendedor» es el que acomete con resolución acciones dificultosas o azarosas; «empresario» es el titular propietario o directivo de una industria, negocio o empresa. Las dos confederaciones entienden que son conceptos diferentes, pues mientras que el empresario hace negocios con el objetivo de satisfacer la necesidad de otros a cambio de un retorno económico, el emprendedor no busca necesariamente una recompensa económica y sí satisfacer desafíos personales o sociales. El empresario se centra en que su proyecto sea rentable mientras que el emprendedor valora la capacidad de esfuerzo y de lucha y el compromiso por parte de los trabajadores hacia su empresa. No cabe denominar al CAE como contrato indefinido dado que es una condición que sólo se dará si transcurre más de un año desde que se concierte.
36. Las dos confederaciones sugieren que la una denominación de «indefinido» intenta seguir el objetivo declarado en el Preámbulo relativo a fomentar la contratación indefinida. Sin embargo, dicho intento resulta baldío en cuanto el Gobierno adoptó otras medidas como las contenidas en el *Real decreto-ley núm. 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*, publicado el 23 de febrero de 2013, en las que se apuesta, ya sin ambages, por la contratación temporal. En efecto, el Real decreto-ley núm. 4/2013, «para incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional» permite, por ejemplo, que las empresas puedan celebrar contratos temporales con jóvenes desempleados menores de 30 años sin experiencia laboral o ésta sea inferior a tres meses (artículo 12 del citado Real decreto-ley). El Gobierno no ha creado una nueva modalidad contractual sino que modificó una de las modalidades contractuales temporales existentes (la del eventual por circunstancias de la producción, acumulación de tareas o exceso de pedidos).
37. Las dos confederaciones agregan que el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, sin duda previendo que los empresarios no esperarán a que transcurra el año para darlo por finalizado, contempla una serie de generosas bonificaciones e incentivos si bien condicionados a que mantengan en su empleo al nuevo trabajador al menos durante tres años. La suscripción de un CAE y la percepción de los incentivos no van necesariamente unidos, mientras que el amplísimo período de prueba de un año fijado por ley es inherente al contrato.

38. En consecuencia, las dos confederaciones sostienen que los incentivos constituyen una *ventaja añadida* para el empresario que mantenga al trabajador tres años al menos, pero no determinante para suscribir el contrato y dar por finalizada la relación laboral dentro del año siguiente, sin explicación ni obligación alguna. En el supuesto de que los empresarios accedieran a dichos beneficios y no mantuvieran al trabajador el tiempo mínimo exigido de los tres años, únicamente tendrían que proceder a la devolución de lo percibido. Tomando en cuenta los escasos datos con los que se cuenta, en 2012, las empresas que utilizaron la nueva modalidad sin optar por beneficiarse de incentivos fiscales, suponían el 82 por ciento del total de las que los suscribieron. Esto es, para el 82 por ciento de las empresas que hicieron uso de este contrato lo importante es la libertad que les da el año de período de prueba, preferible a obtener incentivos que les obligarían a permanecer ligados al trabajador durante al menos tres años.

Nueva regulación de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción

39. Al reclamar en mayo de 2012, las dos confederaciones sostuvieron que la nueva redacción al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores que introducía el Real decreto-ley núm. 3/2012 permitía que los trabajadores puedan ser despedidos sin causa de suficiente entidad y proporcionalidad y sin verdadero control judicial de la decisión empresarial. Mediante la ley núm. 3/2012, se introdujeron algunas precisiones sin atenuar, en opinión de las dos confederaciones, una doble vulneración del Convenio núm. 158: por un lado, del artículo 4 por el cual se veda la posibilidad de que un trabajador sea despedido sin «una causa justificada» de suficiente entidad y proporcionalidad; y por el otro lado, los párrafos 1 y 3 del artículo 9, que garantizan el control judicial de las decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo.
40. A tenor de las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012, las disposiciones incriminadas del párrafo 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores dicen literalmente que:

Artículo 51. Despido colectivo

1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

41. Las dos confederaciones sostienen que se derogaron dos prescripciones importantes de la redacción anterior del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Un párrafo derogado que definía las causas económicas el cual decía literalmente que:

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

42. Otro párrafo derogado del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores que definía las causas técnicas organizativas o de producción, según el cual, para dar cumplimiento a la redacción anterior la empresa además de acreditar la concurrencia de esas causas, debía también «... justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».
43. Las dos confederaciones reconocen que la redacción de estas dos prescripciones era de por sí sumamente flexible en lo que a la justificación de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas se refiere. Sin embargo, esta formulación obligaba a la empresa a justificar la razonabilidad del despido colectivo bien para prevenir una evolución negativa de la empresa, de lo que podía inferirse que el despido era la respuesta a una situación de peligro que podía llegar a darse si la extinción colectiva no se llevaba a cabo; bien para mejorar la organización de sus recursos para favorecer su posición competitiva en el mercado, de modo que el despido se articulaba, en esta segunda hipótesis, como respuesta a las ineficiencias de la empresa en el mercado en el que compete.
44. La nueva redacción del artículo 51, 1), del Estatuto de los Trabajadores omite, según las dos confederaciones, toda alusión a la razonabilidad del despido colectivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. El objetivo pretendido por el legislador y la consecuencia resultante es la eliminación de cualquier juicio de razonabilidad, buscando impedir que los jueces puedan «examinar las causas invocadas para justificar» el despido así como «todas las demás circunstancias relacionadas con el caso» y «verificar si la terminación se debió realmente a esas razones» (artículos 9, 1) y 3), del Convenio núm. 158).
45. Las dos confederaciones indican que en el apartado V de la Exposición de Motivos del Real decreto-ley y de la subsiguiente ley núm. 3/2012, se encuentra la confirmación que hay un incumplimiento de las disposiciones mencionadas del Convenio núm. 158 al decirse literalmente lo siguiente:

También se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos. La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor (...), tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, **y una valoración finalista de estos despidos, que han venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicio de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.** Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52, c) del Estatuto de los Trabajadores [énfasis añadido por las dos confederaciones].

46. Las dos confederaciones insisten en que la Exposición de Motivos refleja la voluntad gubernamental de dejar fuera del control judicial la valoración de si el despido es o no una medida necesaria o si existe razonabilidad alguna del despido. El empresario puede aducir la razonabilidad de los despidos para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. El empresario queda exonerado de la carga de aportar los elementos o criterios en virtud de los cuales procede a la concreción del número y de los contratos colectivos de los trabajadores afectados por el despido colectivo.
47. Al comunicar informaciones adicionales en mayo de 2013, las dos confederaciones indicaron que las afirmaciones de la Exposición de Motivos habían quedado ratificadas en la discusión parlamentaria, tal como se refleja en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de España. En el debate de convalidación del Real decreto-ley núm. 3/2012, celebrado el 8 de marzo de 2012, la portavoz socialista afirmó:

El despido, señorías, se facilita porque a partir de ahora escapa a cualquier control, al control sindical, al control administrativo, suprimimos la autorización. Y escapa, señorías — vulneración del artículo 24 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva —, al control judicial, porque ustedes introducen una modificación claramente perversa en relación con las competencias de los tribunales de lo social. ¿Sabéis cuál es esa introducción perversa? Que les dicen a los jueces y a los tribunales que a partir de este momento las demandas de despidos procedentes solamente pueden verificar la concurrencia de la causa, sólo pueden verificar que la causa existe, pero les impide analizar la proporcionalidad de la misma. Señorías, ¿cómo es posible que en la exposición de motivos, cuando se habla de la modificación del procedimiento judicial, se diga que hasta este momento los jueces de la jurisdicción social realizaban juicios de oportunidad sobre las decisiones empresariales? Los jueces no realizan juicios de oportunidad; valoran que una vez acreditada la causa del despido, la misma es proporcional a las consecuencias del mismo. Ahora sólo alegando una bajada de ingresos, solamente alegando la bajada y vista la concurrencia, al juez se le impide entrar a valorar la proporcionalidad de la misma.

Las dos confederaciones indican que la señora Ministra de Empleo y Seguridad Social, al defender la ley, además de afirmar al inicio del debate que «también se clarifican las causas del despido procedente para evitar la excesiva judicialización», contesta a aquellas manifestaciones con cierto nerviosismo que «lo que intentamos es aclarar las causas para evitar líos judiciales».

48. Las dos confederaciones manifiestan que el objetivo de la reforma laboral de 2012 es nítido y no deja dudas. Se trata de dejar fuera del control judicial la valoración de si el despido es o no una medida necesaria o si el propio despido está justificado en atención a juicios de razonabilidad o proporcionalidad.
49. Las dos confederaciones explican, en su comunicación de julio de 2012, que la ley núm. 3/2012 añadió una precisión sobre el alcance de la causa económica del despido objetivo y colectivo al disponer que: «en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Las dos confederaciones indican que en el Real decreto-ley núm. 3/2012 sólo se aludía al nivel de ingresos, sin especificarse si se trataba de los ordinarios o no, y no se mencionaba que los trimestres por comparar fueran los registrados en el mismo período del año anterior. Las dos confederaciones señalan que sólo computan los ingresos ordinarios sin considerar la evolución de otro tipo de ingresos que pudieran obedecer a vías distintas de la explotación del negocio, como la falta de ingresos extraordinarios derivados de la venta de activos, acciones o inmuebles.
50. Además, la ley núm. 3/2012 introdujo otras precisiones sobre la forma de computar la reducción de ventas la cual, en sí misma, puede ser causa de despido. La legislación no añadió ningún elemento que permita configurar dicho hecho económico como legítima

causa para el despido. Más bien refuerza la conclusión de que el despido puede ser una medida automática y justificada por la evolución de la cifra de ingresos ordinarios de la empresa. Dicha evolución negativa, así como la disminución de los ingresos respecto del trimestre del año precedente, es lo que se toma en consideración para despedir al trabajador, al margen que la repercusión de dichos eventos tenga sobre el funcionamiento de la empresa, y sin permitir a los órganos judiciales o administrativos verifiquen el carácter razonable, la justificación y la proporcionalidad del despido.

51. Las dos confederaciones sostienen que si el artículo 4 del Convenio núm. 158 impone que ningún trabajador puede ser despedido «a menos que exista para ello una causa justificada» de suficiente entidad y proporcionalidad; el artículo 8, 1), reconoce que el trabajador despedido «que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir» contra el despido ante un organismo neutral, entre otros ante un juzgado o tribunal. Las dos confederaciones consideran que la clave se encuentra en el artículo 9, 1) y 3), del Convenio, que determinan que los jueces estarán «facultados para examinar las causas invocadas para justificar» el despido así como «todas las demás circunstancias relacionadas con el caso» y «verificar si la terminación se debió realmente a esas razones», basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa.
52. Las dos confederaciones insisten en la comunicación de mayo de 2013 que se vulneró una parte el artículo 4 del Convenio núm. 158, que impide que un trabajador sea despedido sin causa o sin «una causa justificada», de suficiente entidad y proporcionalidad; pero también el artículo 9, apartados 1 y 3, del Convenio núm. 158, que garantiza el control judicial de las decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo, al atribuir a los jueces la facultad de «*examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada*», así como de verificar si el despido «*se debió realmente a tales razones*», basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa. Asimismo se vulnera el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva, puesto que en la práctica quedan desprovistos de acción (artículo 8, 1) para controlar la razonabilidad de la decisión extintiva, o la necesidad de la extinción de su contrato de trabajo. Y directamente conectado con ello, se vulnera el derecho al mantenimiento del empleo y a la necesaria concurrencia de una causa de suficiente entidad para su privación (artículo 4).
53. De lo anterior resulta, para las dos confederaciones, una falta patente de aplicación del artículo 9 del Convenio que, en definitiva, exige que un juez debe poder examinar si la causa del despido estaba justificada así como las circunstancias relacionadas con el caso, de modo que todo ello conduzca y permita examinar la suficiencia de la causa acreditada y, necesariamente, la proporcionalidad o ajuste entre la suficiencia de la causa acreditada y la justificación del despido, para «verificar si la terminación se debió realmente a tales razones» y no a otro tipo de consideraciones discrecionales de la empresa. El objetivo de la nueva legislación es que los órganos judiciales resuelvan los despidos sometidos a su conocimiento sin entrar a verificar la racionalidad o proporcionalidad de la medida adoptada por el empleador.
54. Las dos confederaciones se refieren al Estudio General de 1995 donde se dijo que la razón de ser del Convenio núm. 158 es la de reforzar las garantías a los trabajadores frente al despido, «limitando el poder discrecional del empleador de poner término a la relación de trabajo por un motivo cualquiera o sin motivo», protegiéndoles contra la decisión arbitraria e injustificada de aquél mediante la exigencia de la necesidad de justificación del despido. Esta justificación constituye la «piedra angular» de todo el Convenio y se fundamenta en impedir el abuso de derecho por parte del empleador y la terminación abusiva de la relación de trabajo, de modo que «toda terminación que no sea

objetivamente razonable» es considerada como un abuso del derecho de poner término a la relación de trabajo ⁶.

55. Según las dos confederaciones, la nueva redacción del artículo 54, 1), del Estatuto de los Trabajadores vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que el trabajador queda en la práctica desprovisto de acción al contrario de lo que requiere el artículo 8, 1), del Convenio para controlar la razonabilidad de la decisión extintiva, o la necesidad de la extinción de su contrato de trabajo. Además, y con la misma intención, se vulnera el derecho al mantenimiento del empleo y a la necesaria concurrencia de una causa de suficiente entidad para su privación que requiere el artículo 4.
56. En la comunicación de mayo de 2013, las dos confederaciones indican que la flagrante violación de las normas internacionales, y constitucionales en el ámbito de la legislación interna, con que se presenta la reforma laboral de 2012, ha generado un movimiento de crítica en el ámbito de la doctrina judicial. Las dos confederaciones señalan que se lograron resoluciones judiciales que consideran la necesidad de efectuar una interpretación fuertemente correctora del alcance de la reforma laboral de 2012, hasta el punto de seguir exigiendo la necesaria razonabilidad de la extinción y un pleno control judicial sobre las razones del despido, incluso aplicando directamente el Convenio núm. 158. Sin embargo, el Tribunal Supremo sólo ha resuelto un caso sobre despido colectivo con arreglo a la nueva legislación — sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013, recurso núm. 81/2012 — y sólo ha valorado la necesidad de aportar documentación suficiente durante el período de consultas a los representantes de los trabajadores.
57. Las dos confederaciones también indican que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la reforma laboral de 2012, no obstante están pendientes de resolución diversos recursos de inconstitucionalidad en los que se denuncia, precisamente, el incumplimiento de las exigencias de causalidad y control judicial de los despidos colectivos, incorporando los principios de interpretación elaborados por la OIT.

Supresión de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante la declaración judicial de la improcedencia del despido

58. Al reclamar en mayo de 2012, las dos confederaciones indicaron que el Real decreto-ley núm. 3/2012 había dado una nueva redacción a los párrafos 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, modificando la regulación de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente en caso de que la empresa optara por la readmisión del trabajador. Los salarios de tramitación son aquellos que en virtud del Estatuto de los Trabajadores se deben pagar desde la comunicación del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido.
59. Las dos confederaciones recuerdan que en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores se establecía que en caso de declaración de que un despido es improcedente el empresario puede optar entre readmitir al trabajador o extinguir el contrato abonándole una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de prestación de servicios. La nueva regulación acepta que, en caso de que se haya ejercido la opción de la extinción de la relación de trabajo con el pago de la indemnización, el empleador no tiene que abonar salarios de tramitación, mientras que sí deberá abonarlos si opta por la readmisión. En consecuencia, un trabajador despedido improcedentemente conserva el derecho a percibir los salarios que hubieren mediado entre las fechas de comunicación del despido y la

⁶ OIT: *Protección contra el despido injustificado*, op. cit., párrafo 83.

notificación de la sentencia, única y exclusivamente, si el empresario opta por su readmisión. Según dispone el artículo 56, párrafo 4, del Estatuto de los Trabajadores la excepción anterior no rige para los representantes de los trabajadores, quienes conservan el derecho a la percepción de los salarios de tramitación sea cual fuere la opción elegida de readmisión o de extinción del contrato con indemnización, opción que les corresponde a los representantes de los trabajadores (y no al empleador) en el supuesto de que la sentencia hubiere calificado el despido como improcedente.

- 60.** Las dos confederaciones recuerdan que el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 84/2008, de 20 de octubre, ya había manifestado su rechazo a la supresión de los salarios de tramitación cuando examinó la situación creada por el Real decreto-ley núm. 5/2002, de 24 de mayo, *de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*, y comprobó la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, al señalar que:

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.

- 61.** Según las dos confederaciones, la supresión de los salarios de tramitación que mantuvo la ley núm. 3/2012 acarrea un incumplimiento del artículo 4 del Convenio núm. 158 ya que el derecho de opción del empresario, una vez suprimidos los salarios de tramitación en caso de que opte por la extinción — y no se trate de un representante de los trabajadores — implica vulneración del derecho al trabajo y el consiguiente derecho a no ser despedido sin justa causa. Al quitarse los salarios de tramitación se le priva al trabajador de una protección real y efectiva ante los despidos ilegales o sin causa que no son objeto de una compensación adecuada o suficiente, garantizada por el artículo 10 del Convenio, instaurando, además, un mecanismo que, en numerosas ocasiones, hace más gravosa la readmisión del trabajador que la opción por la indemnización, como sucede con los trabajadores de escasa antigüedad en la empresa.
- 62.** En la comunicación de julio de 2012, las dos confederaciones insistieron en que las correcciones introducidas por la ley núm. 3/2012 no hacen sino sustituir la referencia al abono de la indemnización por la opción de pagar una indemnización cuando el despido ha sido declarado judicialmente improcedente, de modo que la mera decisión empresarial es la que determinará la extinción del contrato de trabajo, aunque de hecho no se haya abonado esa indemnización al trabajador y aunque el despido esté injustificado o no se haya respetado procedimiento alguno. Las dos confederaciones subrayan que de esta manera se dan efectos extintivos a la mera voluntad empresarial de pagar una indemnización lo cual basta para extinguir la relación de trabajo y constituye una ruptura completa de los principios generales de la contratación al impedir que se le asegure al trabajador despedido de forma improcedente percibir la indemnización que se le adeuda antes de la efectividad de la terminación.
- 63.** Las dos confederaciones indican que la nuda voluntad empresarial priva también al trabajador de su salario, o de una indemnización adecuada ante el despido, pues durante todo el proceso judicial frente al despido, no obstante obtener un pronunciamiento sobre la ilicitud de la actuación empresarial, la ley núm. 3/2012 faculta al empresario para liberarse de reparar al trabajador por la pérdida de salarios generados durante el litigio, sin que ello se haga ofreciendo una reparación adecuada al trabajador.

64. Al suprimirse los salarios de tramitación se produce un incentivo económico, irracional y arbitrario, a favor del despido y en contra de la estabilidad en el empleo, colisionando de manera frontal con el derecho al trabajo. La supresión de los salarios de tramitación no puede ser una medida neutral sino que estimula y promueve, de manera abierta, la opción a favor de la terminación de la relación de trabajo. Las dos confederaciones consideran que la medida contradice abiertamente el alcance y el sentido del Convenio núm. 158, y las explicaciones que la Comisión de Expertos presentó en el Estudio General de 1995: «El artículo 10, tal como está redactado, da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada», porque «garantizan la seguridad en el empleo» de los trabajadores de ser despedidos injustamente⁷.
65. Las dos confederaciones indican que la supresión de los salarios de tramitación tienen un impacto pernicioso en caso de contratos de trabajo de escasa antigüedad, inferior a un año y nueve meses de prestación de servicios. En tales situaciones, el monto de los salarios de tramitación a cargo del empresario, en un promedio de 60 días, supone un importe superior a la indemnización por extinción del contrato, calculada a razón de los 33 días que fija la nueva regulación. Si el proceso laboral de despido tuviere una duración inferior, la diferencia se reduce y, de ser superior, el efecto es inverso: la diferencia se incrementa. De todos modos, para el empleador se hace más ventajoso económicamente la opción por el despido sin causa o sin observancia del procedimiento legal, que la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo. Se trata de un efecto jurídico exclusivamente imputable a la nueva regulación que priva al trabajador improcedentemente despedido de los salarios de tramitación y libera a la empresa del pago de un monto compensatorio en el supuesto de que decida optar por terminar la relación de trabajo.
66. Las dos confederaciones insisten en que el Convenio núm. 158 debe asegurar una indemnización «adecuada» en caso de despido injustificado — y por ende, se le debe reconocer a los trabajadores el derecho a los salarios de tramitación si la empresa opta por la readmisión. En esta hipótesis, el trabajador no percibe una indemnización por fin de servicios, precisamente porque la terminación de la relación de trabajo no llegó a consumarse y se mantiene el empleo. De todas maneras, el resarcimiento de un trabajador despedido no tiene por qué realizarse exclusivamente mediante el pago de una indemnización, pues dicha compensación no comprende parámetro alguno relativo al período de tramitación del proceso, mientras que en el caso del trabajador readmitido, se devengan los salarios de tramitación, resultando evidente que la indemnización no comprende el daño generado por la falta de ocupación del trabajador hasta la fecha de la sentencia o hasta la extinción del contrato consumada con el pago de la indemnización por fin de servicios.
67. Las dos confederaciones indican que si la empresa opta por la terminación de la relación de trabajo, se modifican las modalidades de compensar al trabajador por el período de espera hasta la resolución del litigio. Los salarios de tramitación no son más un elemento estructural de la relación laboral sino que se convierten en otro elemento dejado a la libre discrecionalidad del empleador y que se utilizará en función de sus intereses subjetivos. Para asegurar el cumplimiento del artículo 10 del Convenio núm. 158, que taxativamente determina que en caso de despido sin causa justificada los jueces «tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada», se debe asegurar al trabajador una protección en caso de demora judicial en la resolución del proceso por despido sin causa justificada.

⁷ OIT: *Protección contra el despido injustificado*, op. cit., párrafos 219 y 221.

- 68.** Las dos confederaciones subrayan que la situación actual no asegura al trabajador una protección mínima por el período de tramitación del proceso, cuando éste no dispone de cotizaciones o no reúne los requisitos legales para el acceso al sistema de protección por desempleo. Durante el período en que se devengan los salarios de tramitación, el trabajador no ha quedado liberado de la relación de trabajo, toda vez que, por una parte, los efectos extintivos sólo se consuman con el pago de la indemnización (artículo 56, 1), del Estatuto de los Trabajadores) y, por la otra, la readmisión decidida por la empresa supone la obligación del trabajador de reincorporarse al puesto de trabajo. Al suprimirse los salarios de tramitación se produce no sólo la pérdida de la indemnización, sino también de las prestaciones por desempleo en un momento en el cual el trabajador tiene limitadas sus facultades para incorporarse a otra actividad productiva, sea mediante el trabajo por cuenta ajena o sea a través de otras modalidades laborales. No obstante la vulnerabilidad de la situación, la reforma laboral de 2012 ha eliminado cualquier compensación al trabajador durante la tramitación del juicio durante el cual, en caso de no poder acceder a los beneficios del sistema de protección por desempleo o de los otros beneficios sociales, se le sitúa en la más absoluta desprotección.
- 69.** Las dos confederaciones indican que para los trabajadores temporales la reducción del monto de las indemnizaciones tendrá un efecto negativo aún mayor, ya que al no tener muchos períodos de prestación de servicios para la cuantificación de la indemnización, hará que muchos trabajadores temporales se cuestionen la posibilidad de impugnar su despido.
- 70.** Las dos confederaciones señalan que el artículo 10 del Convenio núm. 158 da preferencia a la readmisión del trabajador despedido cuando el despido es injustificado y sin causa suficiente, estableciendo que, de no ser posible la readmisión, debe ser el juez u organismo similar quien determine qué indemnización es adecuada y ordenar su pago al trabajador despedido injustificadamente. Al amparo del artículo 10 del Convenio, la decisión acerca de qué indemnización es la adecuada debe corresponder en exclusiva al juez y no al empresario.
- 71.** En su comunicación de mayo de 2013, las dos confederaciones recuerdan que el Tribunal Supremo ha venido reiterando que los salarios de tramitación «están concebidos como cantidad de dinero a percibir como reparación de la falta de ingresos del trabajador, durante la tramitación de un proceso que concluye con la declaración de improcedencia o nulidad de su despido» (por todas se cita la STS de 1.º de marzo de 2004 (recurso núm. 008/4846/2002). Ante un «despido ilegal», el ordenamiento español distingue los conceptos por los que ha de ser resarcido el trabajador. La pérdida del puesto de trabajo en los despidos ilegales en los que no procede la readmisión se compensa con una indemnización que debe satisfacer el empleador. En España, si el despido es declarado improcedente el empresario puede optar por readmitir al trabajador o indemnizarle por la pérdida de su trabajo. Si el despido es representante de los trabajadores esa opción le corresponde al trabajador. Por último, en los despidos declarados nulos no cabe dicha opción y el trabajador debe ser readmitido.
- 72.** Las dos confederaciones indican que para que el despido sea declarado «ilegal» el trabajador debe combatirlo ante los tribunales, iniciando el procedimiento correspondiente; y con independencia de la calificación final del despido que efectúen los tribunales, nulo o improcedente, o de la opción por la readmisión o la indemnización. Es tradición de la legislación española que si el despido ha resultado ser «ilegal», la reparación «adecuada» de la extinción ilícita conlleva el abono por parte del empresario de los salarios de tramitación; esto es, de una cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir durante el proceso.

73. Las dos confederaciones subrayan que la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación se refleja en el artículo 56, párrafo 2, del Estatuto de los Trabajadores cuando se señala que de su importe total podrán descontarse los salarios percibidos por el trabajador en otro empleo durante el trámite de sustanciación del proceso. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013, Sala Cuarta, resumiendo su reiterada doctrina señala que:

... si el trabajador ha prestado servicios para otra empresa durante la tramitación del proceso, del importe de los pertinentes salarios de trámite se han de efectuar las oportunas deducciones en virtud de las remuneraciones percibidas por ese nuevo trabajo...» y en el mismo sentido las SSTs de 29 de enero de 1987 y 27 de febrero, 30 de abril y 11 de mayo de 1990. **De esta forma y con arreglo a esa doctrina, la figura de los salarios de tramitación tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente;** por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento. Así pues, en estos casos desaparece la «ratio legis», el fundamento esencial que justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación; y al desaparecer la causa que la justifica y genera, esta obligación no puede existir, al menos en la cuantía coincidente.

74. Las dos confederaciones indican que la reforma laboral de 2012, al privar de la compensación económica a los trabajadores cuando el empresario no opte por la readmisión sino por la indemnización, vulnera los preceptos del Convenio núm. 158, por cuanto en estos casos, la decisión depende exclusivamente del empresario. Ante unos mismos hechos, unas mismas circunstancias, una misma legislación aplicable en orden a determinar la licitud o ilicitud del despido, y una idéntica declaración judicial, la de la improcedencia del despido, es el empresario el que con su opción determina la compensación que ha de percibir el trabajador. Las dos confederaciones recuerdan que ya expresaron que no le corresponde al empresario dicha determinación conforme al artículo 10 del Convenio núm. 158. Si el empresario, ante el despido ilegal, opta por la no reanudación de la relación laboral, la regulación contra la que se ha presentado la reclamación priva al trabajador del «resarcimiento» por el período de tramitación del proceso.
75. Las dos confederaciones indican que aquello que haya de entenderse por «indemnización adecuada u otra reparación que se considere adecuada» conforme al precepto del Convenio núm. 158 en el caso de los despidos ilícitos puede ser naturalmente discutible; pero para estar apropiadamente establecida habrá de estarse sin duda a las circunstancias de cada mercado laboral. La tendencia de la legislación española en los últimos años y en particular luego de la reforma laboral de 2012 ha sido la de facilitar el despido de los trabajadores y reducir sustancialmente el coste de las indemnizaciones correspondientes. Sin embargo, la situación del mercado laboral español, con una tasa de desempleo que en 2007 se situaba en torno al 8,5 por ciento, que ha alcanzado en 2013 el 27,2 por ciento, y que no cesa de aumentar; no justifica una reducción del resarcimiento cuando la pérdida del puesto de trabajo supone en la actualidad un mayor quebranto para el trabajador en ese contexto; tanto y más cuando las reformas de los últimos años también han afectado severamente a la protección social en materia de desempleo y subsidios.
76. Las dos confederaciones reconocen que la indemnización o el resarcimiento por el concepto de «tramitación» sigue existiendo y se considera adecuada en la legislación cuando el empresario opta por la readmisión. Puesto que la compensación por el despido en España se encuentra parcelada en dos conceptos y existe un resarcimiento para el trabajador por el tiempo de tramitación y no por el valor de la pérdida del puesto de

trabajo, no puede resultar «adecuada» una indemnización por despido que elimina uno de los elementos de compensación sin que en estos casos el otro elemento se vea incrementado. Al contrario, la reforma laboral de 2012 ha supuesto que estas indemnizaciones por despido improcedente pasen a concretarse en 33 días por año trabajado, cuando con anterioridad a la misma alcanzaban los 45 días de salario por año trabajado. Las situaciones en las que el legislador ha eliminado este aspecto del resarcimiento por despido ilegal son idénticas a los casos en los que sí procede. Respecto del trabajador y respecto de la respuesta que el ordenamiento jurídico da a la conducta del empresario las situaciones son idénticas. El despido es improcedente. Lo que distingue ambas situaciones, con la consecuencia de que en un caso el trabajador obtendrá compensación por salarios de tramitación y en otros no, es la mera voluntad del empresario, expresada una vez declarada la ilegalidad de su decisión extintiva, lo que tampoco se compadece con el artículo 10 del Convenio núm. 158.

77. Finalmente, las dos confederaciones indican que la eliminación de los salarios de tramitación en el caso de que se abone la indemnización es indudablemente un modo efectivo de favorecer que el empresario se decante por esta opción antes que por la readmisión dado que supone un coste sensiblemente inferior para el empresario en detrimento de los intereses de los trabajadores — que además del perjuicio económico directo padecerán otros efectos colaterales como la falta de cotizaciones a la seguridad social y la merma de la protección consecuenta.
78. Las dos confederaciones consideran que la decisión legal de limitar los salarios de tramitación exclusivamente a los supuestos de readmisión incita al empresario para que opte por la solución que resulta menos respetuosa con el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo. La situación evocada no respeta la preferencia por la readmisión manifestada por el artículo 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, según el cual

(s)i los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

Despido por absentismo

79. Al reclamar en mayo de 2012, las dos confederaciones manifestaron que la nueva redacción del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores que regula la extinción del contrato por causas objetivas introduce el despido por absentismo lo que resulta contrario al artículo 6, 1), del Convenio núm. 158. A tenor de las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012, las disposiciones incriminadas del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores dicen literalmente que:

Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas

El contrato podrá extinguirse:

[...]

- d*) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de 12 meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad,

riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

- 80.** Las dos confederaciones indican que la novedad de la nueva reglamentación estriba en que se identificó al absentismo individual de corta duración, aún aquel motivado por enfermedad o accidente, como una causa justificada para la terminación unilateral por voluntad del empleador del contrato de trabajo y en el interés exclusivo de la empresa. La ausencia del trabajador por razón de enfermedad se convierte en una justa causa para el despido.
- 81.** Las dos confederaciones sostienen que son dos las principales modificaciones que se introdujeron en el apartado *d)* del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores respecto al cómputo de las faltas de asistencia al trabajo. En primer lugar, en relación con las ausencias que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, se impone una nueva exigencia: la necesidad de que «el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles». Al aplicar este criterio para el cómputo de las faltas de asistencia, no sólo se toma en consideración las ausencias durante dos meses consecutivos (del 20 por ciento), sino también las ausencias durante los doce meses anteriores (del 5 por ciento). Este referente del año anterior no se aplica si el despido se justifica en el criterio del 25 por ciento de ausencias en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.
- 82.** En segundo lugar, las dos confederaciones indican que se establecieron determinados supuestos en los que no se computan las ausencias relacionadas con la incapacidad temporal como aquellas causas que «obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave». Por tanto, al margen de los riesgos profesionales que nunca computan, las ausencias derivadas de dolencias no profesionales se excluyen del cómputo del absentismo en los siguientes términos: *a)* si el trabajador o la trabajadora se encuentra ausente para recibir un tratamiento médico, sin exigir que el trabajador o la trabajadora se encuentre de baja, pues es suficiente que tenga que recibir atención médica en relación con una enfermedad grave. Lo anterior, plantea el problema de aquellas ausencias que impiden atender el trabajo, pero no por la necesidad de acudir a recibir un tratamiento médico, sino por la limitación que genera la propia dolencia. Según las dos confederaciones, la ley núm. 3/2012 exige días de tratamiento médico y no una mera ausencia debida a las limitaciones físicas o psicológicas del trabajador o trabajadora, y *b)* en relación con la calificación de las enfermedades contempladas en la ley núm. 3/2012, no se admite cualquier tipo de enfermedad, sino exclusivamente el cáncer o las enfermedades graves. Lo anterior también plantea un problema, en el sentido de que no es suficiente la grave alteración de la salud, sino que además dicha alteración debe provenir de una enfermedad, lo que deja fuera los casos derivados de accidente no laboral, lo cual no resulta razonable.
- 83.** Además, las dos confederaciones indican que se plantean nuevas dificultades cuando se trata de calificar cuándo se alcanzan «enfermedades graves», lo cual obliga a descartar patologías que tienen una incidencia limitada en la salud, pero no permite fijar a partir de qué grado se considera que la dolencia tiene la gravedad necesaria para excluirse del cómputo del absentismo. La gravedad de la enfermedad se debería evaluar tanto por la dolencia que en sí misma se presenta como en función de la evolución que cabe esperar de ella una vez prestada la correspondiente atención médica. Esa gravedad debería ser lógicamente evaluada cuando se conozcan los resultados de la atención médica y sin que

la nueva reglamentación imponga que se pondere el grado de necesidad de un tratamiento médico. En relación con el cáncer, la ley núm. 3/2012 ha automatizado la valoración de esa gravedad para todos los casos, de tal forma que, una vez diagnosticado, todas las ausencias motivadas, incluidas lógicamente las previas al diagnóstico pero que han conducido al mismo, están exentas del cómputo.

- 84.** Las dos confederaciones expresan su preocupación por la situación planteada por la reforma laboral al limitar el derecho a la intimidad del trabajador dado que la empresa tiene que conocer el diagnóstico de las dolencias del trabajador o de la trabajadora, incluida la alusión al diagnóstico de cáncer u otra enfermedad grave.
- 85.** Las dos confederaciones recuerdan que en la Declaración de Filadelfia de 1944 se expresó que «el trabajo no es una mercancía» así como «la lucha contra la necesidad», se traducen en «la obligación solemne» de fomentar la extensión de «las medidas de seguridad social» y «proteger adecuadamente la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones». Además, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización se denuncia las condiciones de trabajo que entrañan «injusticia, miseria y privaciones» para gran número de trabajadores, y se incluyó expresamente entre los objetivos de la Organización la urgente mejora de dichas condiciones, singularizando entre otros la «protección de los trabajadores contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo».
- 86.** Las dos confederaciones indican que en el artículo 6 del Convenio núm. 158 se plasmó con carácter normativo y vinculante para los países que lo ratificaran la protección de los trabajadores frente a la enfermedad, no sólo proporcionándoles asistencia médica y protección social en caso de ausencia al trabajo, sino también protegiéndoles de la arbitrariedad del empresario que, ante la menor utilidad que puede tener un trabajador que falta al trabajo por encontrarse enfermo, o por sufrir un accidente también no laboral, puede adoptar la decisión, conforme a su mero interés económico, de prescindir de aquél a través de una decisión de despido.
- 87.** Según expresan las dos confederaciones, la Comisión de Expertos compartió esta preocupación al explicar que el objetivo del artículo 6 del Convenio «consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor»⁸. El Convenio núm. 158 no define la noción de ausencia temporal, pero expresa que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad debe tener una razonable duración, verificada en su justificación por un certificado médico, pues «se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, la protección del empleo y del trabajador enfermo»⁹. En distintos países, la ausencia temporal por motivo de enfermedad oscila entre algunos meses y varios años, aunque muchos países han adoptado una duración de seis meses. La ausencia temporal se traduce por lo general en la suspensión del contrato de trabajo durante un plazo determinado, manteniéndose las prestaciones del empleador o las de la seguridad social, estas últimas, en forma total o parcial, y la prohibición de poner término a la relación de trabajo durante ese período, o la prohibición de hacerlo durante un plazo determinado.
- 88.** Las dos confederaciones entienden que el artículo 6, 2), del Convenio núm. 158 permite a la legislación o práctica nacionales definir qué es una ausencia temporal (para diferenciarla de una ausencia permanente), o la posible exigencia de certificado médico, o las posibles limitaciones al párrafo 1. La legislación nacional no puede concebir la

⁸ OIT: *Protección contra el despido injustificado*, op. cit., párrafo 137.

⁹ *Ibid.*

ausencia temporal como una habilitación para derogar totalmente el precepto del artículo 6. La legislación nacional debería sólo modular su alcance en determinados casos, como, por ejemplo, cuando la intensidad de las ausencias ponga en evidencia la falta de capacidad del trabajador. La legislación española había regulado los efectos sucesivos de una ausencia laboral de más de seis meses y de más de dieciocho meses, pero siempre desde la perspectiva de la incapacidad para el trabajo.

89. Las dos confederaciones insisten en que el Real decreto-ley núm. 3/2012 habilitó a considerar la enfermedad como causa de un despido justificado. La aplicación del Convenio núm. 158 hubiese requerido poner el acento en la enfermedad del trabajador, y no el gravamen para la empresa, o en la incapacidad del trabajador, lo que justifica el despido. Las dos confederaciones se niegan a que se acepte que la duración de la ausencia —nueve días en dos meses de promedio— sea un desequilibrio económico para el empresario, sin ponderar la culpabilidad del trabajador, o su antigüedad y trayectoria profesional. No resulta coherente con los valores y principios de la Organización ni con las disposiciones del artículo 6 del Convenio núm. 158, que se pueda, con base en la reforma introducida por la ley núm. 3/2012, justificar un despido que se produce por el hecho simple y directo de estar enfermo el trabajador o la trabajadora.
90. En su comunicación de mayo de 2013, las dos confederaciones denuncian nuevamente la modificación introducida por la reforma laboral de 2012 del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores, la cual ha supuesto desvincular las ausencias individuales del trabajador del absentismo general en la empresa. En la redacción anterior no era posible que el empresario despidiera al trabajador «por faltas de asistencia, aun justificadas» si el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo no superaba el 5 por ciento en los mismos períodos de tiempo. Esta condición vinculaba la extinción del contrato individual a las consecuencias negativas que un determinado nivel de absentismo de la plantilla del centro tenía para la empresa, se venía a justificar por el coste antieconómico de dicho comportamiento global. Esta condición, además, restringía enormemente esta capacidad extintiva del empresario por este motivo pues la extinción no se fundamentaba en las ausencias del trabajador individualmente considerado de forma exclusiva sino que se exigía la concurrencia de ese otro requisito. Al desaparecer este requisito, en modo alguno accesorio ni baladí, el contenido de este precepto varía sustancialmente hasta el punto de que se atribuye al empresario facultades que antes no tenía. Por lo que la posibilidad de que computen ausencias justificadas por enfermedad, incluso las acreditadas por los servicios médicos oficiales inferiores a veinte días, cobra ahora otra relevancia y debe ser examinada desde otro prisma, dado que se convierte en la única causa justificativa del despido, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 6, 1), del Convenio núm. 158.

Impacto de la reforma laboral de 2012

91. En una comunicación recibida en mayo de 2013, las dos confederaciones presentan informaciones complementarias que incluye una evaluación del impacto de la reforma laboral de 2012 transcurrido más de un año desde su imposición por el Gobierno. Las dos confederaciones se remiten al Programa Nacional de Reformas de 2013 para España (PNR-2013) presentado por el Gobierno ante las instituciones europeas, donde se reconoció que supervisar el *«grado de aplicación de la norma, así como la evaluación de su impacto, es esencial para conocer si la reforma cumple con los objetivos perseguidos»*. El Gobierno anunció *«la elaboración de nuevos indicadores de seguimiento (como la estadística de descuelgues de empresa o las mejoras en los datos de la estadística de convenios), la mejora de las estadísticas de empleo y el seguimiento de la jurisprudencia de los tribunales en decisiones relacionadas con la reforma laboral, corregirlos en una fase temprana. Por ello, durante 2013 se continuará con el seguimiento de la reforma a través de los grupos y comisiones creados y se ofrecerá un*

primer informe de evaluación de sus efectos en el primer año de aplicación, por lo que se publicará una vez se analicen los datos de la Encuesta de Población Activa para el primer trimestre de 2013 (CSR 5.1.5). El informe de evaluación que analiza el impacto que ha tenido la reforma sobre los principales indicadores del mercado de trabajo, la creación de empleo, la disminución de la tasa de paro y la tasa de temporalidad, será contrastado por un organismo independiente de reconocido prestigio antes de julio de 2013. Este informe ayudará a definir las futuras actuaciones en esta materia».

92. Las dos confederaciones recuerdan que los objetivos pretendidos de la reforma laboral de 2012 fueron «establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país». Con la finalidad de lograr el objetivo de la flexiseguridad, se dijo que las medidas adoptadas por la reforma laboral de 2012 pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por PYMES y de jóvenes, incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo.
93. Para comprobar el grado de cumplimiento de estos objetivos, las dos confederaciones presentan su análisis de los datos para el primer trimestre del 2013 de la Encuesta de Población Activa (EPA) (publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 25 de abril de 2013). Según dicha encuesta, el número de ocupados desde que comenzó la reforma laboral (en el primer trimestre de 2012), ha ido bajando.
- *En un año se ha reducido un 5 por ciento el número de ocupados; es decir, entre el primer trimestre de 2012 y el primero de 2013 el número de ocupados descendió en 800 000 personas.*
 - *En cuanto al desempleo, el número de parados según la EPA continúa incrementándose trimestre tras trimestre, creciendo el 10 por ciento desde el inicio de 2012 hasta el inicio de 2013. Esto ha llevado a que la tasa de paro alcance una cifra récord (nunca alcanzada en España) pues ya supera el 27 por ciento de la población activa.*
94. **En cuanto a contratación**, atendiendo a las estadísticas de todas las modalidades de contrato (excepto la nueva del indefinido de apoyo a los emprendedores sobre el que más adelante se dan informaciones) publicadas por el Servicio Estatal Público de Empleo (SEPE), las dos confederaciones observan que:
- **Desde marzo de 2012 a marzo de 2013** (respecto al mismo período del año anterior, marzo de 2011 a marzo de 2012) **la contratación ha caído en un 3,1 por ciento**, siendo la caída de los contratos iniciales de un 3,4 por ciento y de los temporales de un 4,2 por ciento (obra y servicio, eventual, interinidad y prácticas). Han aumentado los contratos por jubilación/relevo y los de formación. Los contratos indefinidos iniciales aumentan en un 14,6 por ciento.
 - Los contratos de fomento de la contratación indefinida desaparecieron *nominalmente* con la reforma, pues en realidad todos los indefinidos ordinarios pasaron a tener las características de este contrato de fomento (menor indemnización por despido). Las conversiones en indefinidos subieron en un 8,8 por ciento, mientras la contratación a personas con discapacidad cayó (un 10,3 por ciento la indefinida y un 3,9 por ciento la temporal).

- No se ofrecen datos desagregados del nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, que aparecen incluidos entre los indefinidos ordinarios, por lo que no es posible saber cuántos pertenecen a la nueva modalidad.
 - Según las escasas informaciones ofrecidas, desde febrero hasta mayo se habían firmado 30 400 contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores, lo cual suponía un 14,1 por ciento del total de contratos indefinidos ordinarios (entre los que se incluye esta modalidad contractual); en agosto, la cifra acumulada era de 50 232 contratos (un 13,9 por ciento de los contratos indefinidos ordinarios); y en diciembre 77 260 (un 12,2 por ciento del total de indefinidos). Un porcentaje que, como se aprecia, desciende a medida que transcurre el tiempo.
 - En 2012, un 82 por ciento de estos nuevos contratos firmados no han participado de los incentivos fiscales. Según las dos confederaciones, las empresas que celebran estos contratos estarían *primando el período de prueba de un año frente a la obligación de mantener el puesto de trabajo durante tres años*.
 - **El efecto de sustitución del contrato** de duración indefinida de apoyo a los emprendedores en relación a los contratos temporales (prácticas, obra y servicio, formación, etc.) **se observa en la caída en la contratación temporal**. Por ejemplo, los contratos en prácticas caen un 18,4 por ciento en el período marzo de 2012-marzo de 2013, respecto al mismo período anterior.
 - Partiendo de los pocos datos periódicos que se pueden manejar sobre **el nuevo contrato de apoyo a los emprendedores** (no se conoce su cifra exacta y detallada mes a mes ni se informa periódicamente sobre los que se acogen a bonificaciones o a incentivos fiscales), **las dos confederaciones indican que su uso en el período analizado es limitado**:
 - son sólo un 0,6 por ciento del total de *contratos* firmados;
 - suponen el 7,6 por ciento del total de *contratos indefinidos*;
 - representan un 12,2 por ciento de los *contratos indefinidos ordinarios* (categoría en la que se encuadran);
 - a lo largo del período, se va reduciendo el uso de este contrato acogido a medidas de fomento.
 - Respecto a la contratación temporal, ésta sigue representando alrededor del 90 por ciento de la contratación total, y la **tasa de temporalidad es del 22,1 por ciento**, pese a la destrucción de empleo y la caída de la contratación.
95. Las dos confederaciones manifiestan que **la reforma laboral ha favorecido el uso de los despidos cuando en teoría se pretendía favorecer otras formas de flexibilización frente a la crisis**, como la suspensión temporal o la reducción de la jornada que también han aumentado. Además del análisis de los flujos de salida del empleo, las dos confederaciones afirman que se ha producido un incremento considerable de la antigüedad de los trabajadores indefinidos despedidos en 2012 con respecto a los años anteriores, directamente relacionado con el abaratamiento del despido. Así, mientras que la antigüedad media de un trabajador indefinido despedido en 2009 era de 66 meses, en 2010 de 69 meses y casi de 74 meses en 2011, en el cuarto trimestre de 2012 se situaba en casi 80 meses (79,8 meses).

96. Entre enero de 2012 y febrero de 2013 **ha crecido un 22 por ciento el número de expedientes de regulación de empleo**, ahora denominados procedimientos de despido colectivo. Los expedientes *no pactados* aumentan un 78 por ciento (su peso ha pasado de representar un 5 por ciento en el mes de enero de 2012 a un 7 por ciento en febrero de 2012), mientras los *pactados* lo hacen un 19 por ciento, un claro efecto de la reforma que ha eliminado el requisito de contar con la autorización administrativa. El número de expedientes comunicados desde que entrara en vigor la reforma laboral se ha incrementado considerablemente. En el mes de enero de 2013 se tramitaron **un 32 por ciento más de expedientes que en el mismo mes del año 2012**.

97. Si se toman en cuenta los datos de altas de beneficiarios de **prestaciones contributivas**¹⁰, **según causa que genera el derecho**, aunque son datos que no recogen toda la información puesto que buena parte de las altas en prestaciones provienen del subsidio de desempleo o prestación asistencial (no contributiva), se observa cuál es la tendencia desde que se introdujo la reforma laboral. Así, analizando los datos de las altas en el sistema de prestaciones contributivas durante todos los meses de 2012, se observan dos fenómenos a partir de la reforma laboral: por una parte, desde febrero de 2012 hasta febrero de 2013, las altas iniciales de prestaciones contributivas han aumentado en los distintos supuestos:

- en los casos de *resolución voluntaria*: siendo la principal causa de este aumento la *modificación de las condiciones de trabajo* y, en menor medida, la *movilidad geográfica*;
- en los casos de *despido objetivo*;
- en los casos procedentes de despidos colectivos, principalmente de reducción de jornada.

Los mayores aumentos se dan en las resoluciones voluntarias (aumentan un 77 por ciento), los ERE o despidos colectivos (con un incremento del 62,2 por ciento) y el despido por causas objetivas (49,2 por ciento más). Por otra parte, en los **despidos individuales** se observa un incremento de las conciliaciones con avenencia, hecho que refleja la incertidumbre que le supone al trabajador emprender un proceso judicial con una normativa que facilita la adopción de la decisión empresarial.

98. Las dos confederaciones ponen en relieve el grado de **conflictividad laboral** que muestran los datos publicados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social: en 2012 se produjo un **repunte significativo de la conflictividad por huelgas**, en el número de conflictos (casi un 13 por ciento más que en 2011) y en el impacto laboral y económico que tuvieron (un 45,9 por ciento más de participantes y un 16,6 por ciento más de jornadas no trabajadas). También **se incrementaron los conflictos sometidos por las partes a los procedimientos de solución autónoma** gestionados por el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), mecanismos basados en la autonomía colectiva, en un 43 por ciento sobre los datos del 2011.

99. Las dos confederaciones señalan que las actuaciones llevadas a cabo por la **Inspección de Trabajo y Seguridad Social**, conforme a sus datos, en 2012 efectuaron un 5 por ciento más que en el año anterior.

¹⁰ Es una información del SEPE a partir de la suministrada por los trabajadores con derecho a prestación por desempleo, a quienes al darse de alta para su cobro, se les pregunta por la causa del despido. Aunque no mide con exactitud los niveles de despido, pues no todo trabajador que ve extinguido su contrato tiene derecho a cobrar la prestación, sí refleja la tendencia e importancia de cada vía utilizada para la extinción del contrato.

100. Las dos confederaciones también indican que el volumen de **asuntos tramitados y resueltos por los juzgados y tribunales** del orden jurisdiccional social, en 2012 se incrementó en un 6 por ciento respecto a 2011, con cifras que superan a las de 2009, año que hasta entonces ostentaba el mayor incremento. Los conflictos individuales aumentaron un 5 por ciento respecto a 2011, y los relativos a despido en un 10 por ciento.
101. Las dos confederaciones indican que se cuenta con sentencias que abordan algunos aspectos relevantes de la reforma laboral de 2012 ¹¹. Las primeras resoluciones judiciales sobre despidos colectivos han venido declarando **la nulidad del despido fundamentalmente por el incumplimiento empresarial** en relación al procedimiento de consultas que deben llevar a cabo con los representantes de los trabajadores (sin duda una regulación tan flexible del despido, como la llevada a cabo por la reforma laboral, ha provocado en buena parte del empresariado español la creencia de que ni siquiera era preciso cumplir las formalidades recogidas en la norma). También ha habido un buen número de sentencias en las que se considera que concurren las causas alegadas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) y declaran ajustado a derecho el despido, dados los términos de máxima discrecionalidad que ha establecido la reforma laboral en esta materia en detrimento de los derechos de los trabajadores, contra lo que se ha promovido la presente reclamación por vulneración del Convenio núm. 158.
102. **En resumen, las dos confederaciones sostienen que la reforma laboral ni ha creado empleo ni ha logrado frenar su destrucción. Lo que ha conseguido es incrementar el paro, facilitar el despido individual y colectivo, empeorar las condiciones de trabajo del conjunto de los empleados, aumentar la conflictividad laboral y la judicialización de las relaciones laborales** ¹².

Recursos de inconstitucionalidad

103. En su comunicación de mayo de 2013, las dos confederaciones señalan que está pendiente de resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Socialista y el de la Izquierda Plural contra determinados aspectos de la reforma laboral, entre ellos algunos de los que son objeto de esta reclamación, y que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional.
104. Las dos confederaciones manifestaron en sus comunicaciones de mayo de 2013 y de 2014, que el Tribunal Constitucional tardará varios años en pronunciarse sobre esos recursos e insisten en obtener un pronunciamiento de la Organización Internacional del Trabajo que permita comprobar que la regulación actualmente en vigencia no asegura debidamente los compromisos internacionales suscritos por España.

¹¹ Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala Social, de Tribunales Superiores de Justicia de varias Comunidades Autónomas, además de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2013, que ha confirmado la del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012.

¹² El Consejo Económico y Social del Estado del Reino de España en su sesión plenaria del día 29 de mayo de 2013 ha aprobado la Memoria Socioeconómica y Laboral de España del año 2012. La información incorporada al presente escrito de alegaciones puede ser confirmada con los datos del capítulo II de esa memoria, que se dedica al «Mercado de Trabajo, Políticas de Empleo y Relaciones Laborales».

Observaciones del Gobierno

Contexto de la reforma laboral de 2012

- 105.** En su comunicación de diciembre de 2012, el Gobierno manifestó que la crisis económica sin precedentes que atravesaba España desde 2008, había puesto de relieve las debilidades de las instituciones del mercado laboral. Los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) a la fecha de aprobación del Real decreto-ley núm. 3/2012 indicaban que la cifra de paro se situaba en 5 273 600 personas, con un incremento de 295 300 personas en el cuarto trimestre de 2011 y de 577 000 personas más respecto al cuarto trimestre de 2010. En el mismo período la tasa de paro subía en 1,33 puntos respecto al tercer trimestre y se situaba en el 22,85 por ciento.
- 106.** El Gobierno indicó que se habían destruido más de 3,2 millones de puestos de trabajo desde que se inició la crisis y casi 100 000 puestos de trabajo al mes en el último trimestre de 2011. Al final del 2011, se alcanzó la fatídica cifra de más de 1 millón y medio de familias con todos sus miembros en paro. Desde el primer trimestre de 2008 hasta el último de 2011 se perdieron en España un 11 por ciento de los puestos de trabajo, frente a un 2,5 por ciento en la zona euro. La crisis golpeó con mayor o menor intensidad a todos los países de Europa, pero España ha destruido más empleo y más rápido que las principales economías europeas.
- 107.** El Gobierno explica que la crisis que atraviesa España puso de relieve un comportamiento altamente estacional del empleo con el ciclo económico, una situación inusitada en el contexto de los países desarrollados. Desde el inicio de la crisis, y a diferencia de lo que había sucedido en otros países europeos, las empresas españolas han recurrido mayoritariamente al despido en lugar de utilizar en mayor proporción las medidas de flexibilidad interna. La opción por el despido no es casual o caprichosa, sino que responde a las debilidades del mercado de trabajo de España, lastrado por una parte, por una elevada tasa de temporalidad — con menor inversión en formación y más posibilidades de ser despedido el trabajador —; y, por otra, un marco legal que no ha potenciado suficientemente los mecanismos de flexibilidad interna y de negociación colectiva que permitieran un mayor margen a las empresas para adaptar las condiciones de trabajo a los cambios de escenario económico y productivo. El mercado de trabajo se caracteriza por una acusada dualidad laboral donde muchos trabajadores tienen un contrato de trabajo de duración ilimitada, generalmente con incrementos salariales pactados en la negociación colectiva que pueden ser superiores a la productividad y a la inflación y que incluyen una protección notable frente al despido. Sin embargo, por otro lado, existe otro amplio grupo de trabajadores con contratos temporales que no benefician de la misma protección frente al despido y que constituyen el principal mecanismo de ajuste de las empresas.
- 108.** El Gobierno indica que la situación anterior resulta manifiestamente negativa en términos de equidad y que además había provocado un deterioro especialmente grave del mercado de trabajo para los jóvenes. El Gobierno destaca que no era casualidad que el 27 por ciento de los empleos perdidos en términos interanuales en el cuarto trimestre de 2011 correspondiera a trabajadores de menos de 25 años, y más del 50 por ciento si se tiene en cuenta a los trabajadores de hasta 29 años. Más de un 82,3 por ciento de los jóvenes que trabajan lo hacen, involuntariamente, de forma temporal. Los primeros trabajadores despedidos son aquellos con contratos temporales, además de que muy probablemente son también los jóvenes trabajadores los primeros trabajadores con contrato indefinido que son despedidos. El Gobierno indica que esta situación no tiene relación con una menor eventual productividad de los jóvenes trabajadores, sino simplemente porque son los últimos que han entrado en la empresa y, por lo tanto, los que resultan despedidos con un menor coste indemnizatorio. La dualidad es tan fuerte que la

empresa no prefiere despedir al trabajador que menos aporte al proyecto empresarial sino al que menos cueste indemnizar por salir de la empresa. El resultado es que a finales de 2011 prácticamente uno de cada dos jóvenes demandantes de empleo se encontraba sin empleo.

- 109.** El Gobierno indica que la reforma laboral de 2012 pretende únicamente crear las condiciones adecuadas para hacer posible una rápida mejoría de la situación antes descrita. El primer objetivo de la reforma laboral es introducir más flexibilidad interna en las empresas, de forma que cuando sufren cambios o atraviesan situaciones de dificultad sea posible su adaptación a las nuevas condiciones, con el objetivo de mantener el empleo en lugar de ir al despido. El otro objetivo es sentar las bases para superar la tradicional dualidad del mercado de trabajo, con una apuesta decidida por la contratación indefinida.
- 110.** El Gobierno manifiesta que la reforma laboral recibió una valoración positiva de los organismos internacionales. El Gobierno evoca al respecto un informe realizado sobre España por el Fondo Monetario Internacional fechado el 27 de julio de 2012 donde se recoge que:

Sobre la política del mercado laboral, en febrero se introdujo una reforma laboral profunda con medidas para reducir la dualidad del mercado de trabajo (mediante la reducción de los costes de despido de los trabajadores permanentes en caso de despidos injustificados) y la rigidez de los salarios y aumentar la flexibilidad interna en las empresas (dando prioridad a los convenios a nivel de empresa sobre convenios colectivos más amplios).

Los Directores subrayaron la urgencia de avanzar más en el fomento de la competitividad y el empleo, dado el alto nivel de desempleo, en particular entre los jóvenes. Se felicitaron por las medidas recientes del mercado laboral, dirigidas a reducir la dualidad del mercado y la rigidez de los salarios e incrementar la flexibilidad interna en las empresas. Estos esfuerzos deben complementarse con medidas adicionales para mejorar los mercados de productos y de servicios, y el entorno empresarial. En términos más generales, los directores instaron a una rápida aplicación de la agenda de reforma estructural del Gobierno.

- 111.** El Gobierno también mencionó un borrador de conclusiones para la elaboración del Estudio Económico de la OCDE sobre España, donde se dijo que la reforma laboral de 2012 había significado un considerable progreso para clarificar las causas de despido, la reducción de la indemnización por despido, o la mayor facilidad de las empresas para adaptar salarios y jornada a los cambios en la coyuntura económica.

Fijación de un período de prueba de un año en la nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

- 112.** En las observaciones presentadas en diciembre 2012, el Gobierno indica que el Convenio núm. 158 contiene, en su artículo 2, disposiciones que permiten modular o hacer excepciones en casos muy concretos al régimen causal de la extinción de los contratos. El Gobierno se remite al texto completo del artículo 4 de la ley núm. 3/2012 que estableció el «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» (CAE)¹³.
- 113.** El Gobierno también subraya que en la Disposición Transitoria Novena de la ley núm. 3/2012 se ha dejado establecido que la modalidad contractual subsistirá «hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento», lo que considera fundamental a la hora de examinar la plena adecuación del contrato de apoyo a

¹³ El texto del artículo 4 de la ley núm. 3/2012 se reproduce en el anexo del presente documento.

emprendedores al Convenio núm. 158. El Gobierno insiste en su comunicación de agosto de 2013, en el carácter transitorio de la nueva modalidad contractual.

114. El Gobierno sostiene que conviene matizar la importancia relativa de las decisiones del Tribunal Supremo mencionadas por las dos confederaciones. El Gobierno reconoce que el Tribunal Supremo había calificado como abusivas y, por tanto, nulas, cláusulas de convenios colectivos que incluían períodos de prueba de dos años y un año. Sin embargo, la doctrina establecida en las sentencias de 12 de noviembre de 2007 y 20 de julio de 2011 por la justicia ordinaria no puede ser magnificada. Según el Gobierno, las dos sentencias ofrecen una visión limitada de la finalidad del período de prueba cuya utilidad se limitaría a «posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido». El Gobierno sostiene que el período de prueba en el CAE cumple funcionalidades más amplias.
115. En este sentido, el Gobierno indica que el Convenio núm. 158 recoge la posibilidad de que existan excepciones a la obligación de que el despido sea causal, contemplando en concreto el supuesto de los trabajadores que efectúen un período de prueba, si bien establece que el período de prueba tiene que cumplir los dos requisitos que fija el artículo 2, 2, b), esto es, que su duración se haya fijado de antemano y que sea razonable. El Gobierno insiste en sus comunicaciones de diciembre de 2012 y de agosto de 2013 que **el Convenio núm. 158 no define el concepto de «duración razonable»** aplicado al período de prueba que deban realizar los trabajadores, **de modo que corresponde a cada país determinar los períodos que se consideran razonables**, siempre que tal determinación se haga de buena fe.
116. El Gobierno se remite a la decisión del Consejo de Administración de la OIT al adoptar el informe del comité tripartito encargado de examinar la reclamación presentada por una confederación sindical francesa alegando el incumplimiento del artículo 2, b), del Convenio núm. 158 en relación con el establecimiento en Francia, en agosto de 2005, de una modalidad contractual — el contrato «nuevas contrataciones» (CNE). El Gobierno recuerda que la característica principal del CNE era que durante los dos primeros años podía ser resuelto por cualquiera de las partes, sin necesidad de aducir causa alguna ni tener que seguir formalidades propias del despido. En esa oportunidad, el Gobierno de Francia había aducido que el período de dos años «es un período específico que se ha dado en llamar de consolidación del empleo», y que concretamente permite al empleador medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa¹⁴».
117. El Gobierno se remite en sus comunicaciones al párrafo 71 del informe del comité tripartito donde consta expresamente la siguiente conclusión:

[...] las consideraciones políticas subyacentes y referidas anteriormente, así como las medidas adoptadas para contrarrestar la exclusión de la protección o limitar el ámbito de dicha exclusión, podrían contribuir a justificar un período de exclusión relativamente largo. Sin embargo, la principal preocupación debería estribar en garantizar que la duración del período de exclusión de los beneficios derivados del Convenio quede limitada a lo que cabe considerar razonablemente necesario a la luz de los objetivos para los cuales se instauró este tiempo de servicios exigido, a saber «en particular, [para permitir] a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa» y permitir a los trabajadores interesados que adquieran cualificaciones o experiencias. El Comité toma nota de que la duración normalmente considerada razonable en Francia para el tiempo de servicios exigido no excede de seis meses. Por tanto, el Comité no podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, aunque no está en condiciones de

¹⁴ Párrafo 71 del documento GB.300/20/6, de noviembre de 2007.

concluir, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno para determinar esa duración, que un período de hasta dos años sea razonable (subrayado agregado por el Gobierno de España).

- 118.** El Gobierno observa y resalta la importancia de este razonamiento del comité tripartito dado que en su entender dicha conclusión no rechaza de plano el establecimiento de un período de prueba superior a seis meses, sino que lo que se dice es que la validez estaría condicionada a que haya una justificación suficiente que haga que la duración sea razonable. El Gobierno considera que el comité tripartito admitió que un período de prueba razonable no sólo es aquel que establece una duración más o menos larga, sino que la razonabilidad está también conectada con consideraciones políticas así como con el resto de las características de la modalidad contractual que se cuestiona, lo que puede justificar períodos de prueba relativamente largos.
- 119.** Además, en su comunicación de agosto de 2013, el Gobierno considera que se debe consecuentemente apreciar que la razonabilidad de la duración del período de prueba ha de contemplarse a la luz de los objetivos que tiene este período de contraprestación laboral, de tal manera que al margen del objetivo de comprobar las aptitudes del empleado, de oportunidad para el trabajador de adquirir competencias y experiencias laborales. El período de prueba también ha de permitir al empleador verificar la viabilidad económica y perspectivas de desarrollo de su proyecto empresarial. Todos estos objetivos han de situarse dentro de un contexto económico, de empleo y estructura empresarial determinados.
- 120.** El Gobierno acepta que puede haber cierta perplejidad, como lo señalara también la sentencia núm. 1210 de 1.º de julio de 2008, de la Sala Social del Tribunal de Casación de Francia, que la legislación nacional pretenda promover el empleo incentivando las extinciones contractuales sin causa ni compensación económica. Sin embargo, el Gobierno destaca la flexibilidad en la aplicación del artículo 2, b), del Convenio núm. 158, en el sentido de lo que se observa en *el Documento final de la Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166, adoptado por los expertos gubernamentales y los expertos trabajadores*¹⁵, al decir lo siguiente:

[...]

- 3) el Convenio núm. 158 proporciona una base para que los trabajadores reciban una protección en caso de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y los Estados Miembros pueden aplicar sus disposiciones mediante una serie de mecanismos, entre los que se incluyen los acuerdos colectivos, los laudos arbitrales, las decisiones judiciales, o cualquier otra forma conforme con la práctica nacional, así como también mediante leyes y reglamentos;
 - 4) el Convenio contiene ciertas cláusulas de flexibilidad y también ofrece flexibilidad para su aplicación, incluyendo disposiciones que han previsto:
 - a) la exclusión de alguna o de todas las disposiciones del Convenio de ciertas categorías de trabajadores, en cualquier momento (párrafo 2 del artículo 2), o su enumeración en la primera memoria que se debe presentar dos años después de la ratificación (párrafos 4 y 5 del artículo 2);
- 121.** El Gobierno indica que, si bien el artículo 2, 2), b), del Convenio, hace referencia a la «razonabilidad» de la medida para la fijación de la duración del período de prueba, un concepto jurídico indeterminado se debe concretar mediante la legislación nacional

¹⁵ Párrafo 127 del documento TMEE/C.158-R.166/2011/2, Informe final, Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación correspondiente (núm. 166) (Ginebra, 18-21 de abril de 2011).

entendiendo que deberán ser los tribunales nacionales quienes determinen la existencia o no para cada supuesto concreto de una vulneración del Convenio respecto de la razonabilidad.

122. El Gobierno sostiene que existe una plena adecuación del CAE al Convenio en base a las tres ideas. En primer lugar, **en el CAE el período de prueba no persigue sólo la valoración de la idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo, sino también de la viabilidad para su creación y mantenimiento.** En la Exposición de Motivos de la ley núm. 3/2012, se alude a las medidas de fomento de la contratación indefinida para quienes sufren «con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica: los jóvenes desempleados y — por lo que aquí interesa — las PYME — pequeñas y medianas empresas —». El CAE sólo puede ser utilizado por las empresas de menos de 50 trabajadores, que son las que están sufriendo con más fuerza los efectos de la crisis. La intención del legislador se afirmó en la Exposición de Motivos de la ley núm. 3/2012 al decirse que sean estas empresas quienes, «pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo». El término «apostar» queda claramente asociado con la segunda finalidad del período de prueba que debe establecer la viabilidad de la creación y el mantenimiento del puesto de trabajo.
123. El Gobierno afirma que la reforma laboral de 2012 pretende favorecer la contratación lo que explica que el período de prueba tenga una finalidad más amplia que la que tradicionalmente pueda haberse dado a dicho período. En el caso del CAE, el período de prueba no sólo tiene por finalidad el conocimiento mutuo de ambas partes, sino que persigue también el objetivo de verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo, de forma que el empresario pueda así contar con un plazo razonable para confirmar sus expectativas y, en definitiva, se facilite la contratación indefinida de trabajadores. El Gobierno insiste en su comunicación de agosto de 2013 que lo anterior tiene mayor sentido cuando se conecta la medida con la Disposición Transitoria Novena de la ley núm. 3/2012, que establece su transitoriedad, al vincularse el CAE a la situación del mercado de trabajo y, por extensión, de la economía en general.
124. En segundo lugar, el Gobierno pone en relieve la importante diferencia que se observa entre el CAE y el contrato «nuevas contrataciones». Para impedir cualquier amalgama entre el CAE español y el CNE francés, el Gobierno subraya que en lugar de los dos años (contrato «nuevas contrataciones»; el artículo 4, 3) de la ley núm. 3/2012 establece un año para el período de prueba. La legislación española se ha ubicado en el terreno del período de prueba «relativamente largo» y no del «excesivamente largo». El período de prueba de un año es mucho más cercano al plazo de seis meses el cual es considerado normalmente razonable en Francia, que del plazo de dos años del contrato «nuevas contrataciones» respecto del cual el comité tripartito no se consideró en condiciones de concluir que tenía una duración razonable.
125. En tercer lugar, el Gobierno insiste en que el comité tripartito que examinó la reclamación sobre el CNE expresó en su informe que «las consideraciones políticas subyacentes (...) podrían contribuir a justificar un período de exclusión relativamente largo». Por ende, el Gobierno reitera que **el período de prueba en el CAE debe ponerse en relación con la finalidad perseguida por dicha modalidad contractual en el conjunto de la reforma laboral.** La reforma laboral de 2012 busca la potenciación de la iniciativa empresarial y, sobre todo, el fomento del empleo a través de la contratación indefinida. Según el Gobierno, lo primero es claro y se desprende del propio *nomen iuris* que se le asigna al nuevo contrato y de las afirmaciones que figuran en la Exposición de Motivos de la ley núm. 3/2012: se trata de un contrato que «trata de facilitar la contratación de trabajadores por parte de estas empresas» y tiene por «objeto ... facilitar el empleo estable» (artículo 4, párrafo 1, de la ley núm. 3/2012). El CAE tiene una estrecha relación con la política de

empleo tanto si se toma en consideración a sus principales destinatarios (artículo 4, 1), de la ley núm. 3/2012 por lo que se refiere a los trabajadores, y párrafos 6 y 7 del artículo 4, en relación con las empresas) como si se observa el carácter transitorio de la modalidad contractual, pues este tipo de contrato estará vigente sólo hasta que la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15 por ciento (Disposición Transitoria Novena de la ley núm. 3/2012).

126. El Gobierno pone en relieve que las subvenciones y bonificaciones que reciben las empresas cuando contratan un trabajador mediante la modalidad del CAE. Los párrafos 4 y 5 del artículo 4 de la ley núm. 3/2012 establecen importantes incentivos fiscales así como bonificaciones en las cuotas de la seguridad social durante tres años (en cuantía además creciente cada año) para las empresas que contraten bajo la modalidad contractual a trabajadores incluidos en determinados colectivos, pero siempre con la condición de que el empresario mantenga en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, debiendo en caso contrario proceder al reintegro de dichos incentivos y bonificaciones (el artículo 4, 7), de la ley núm. 3/2012).
127. En su comunicación de agosto de 2013, el Gobierno insiste en las ventajas que la nueva modalidad contractual supone para el trabajador (como el poder compatibilizar en determinados supuestos el 25 por ciento de la prestación por desempleo que viniera percibiendo al tiempo de la contratación con la prestación laboral), o el necesario cumplimiento por el empleador de determinados requisitos para poderse acoger a este tipo de modalidad contractual (como es el de mantener durante tres años el nivel de empleo en la empresa, además de mantener también durante tres años el contrato celebrado bajo esta modalidad). En cuanto a la devolución de los beneficios derivados de la modalidad contractual por el incumplimiento de los requisitos que la norma reguladora establece, el Gobierno recuerda que se trata de algo común a cualquier modalidad contractual de fomento de empleo que conlleve asociadas ayudas o bonificaciones fiscales o de seguridad social, de tal manera que esta devolución es una garantía de protección del trabajador, del mantenimiento de ocupación en la empresa, del fomento de la contratación y del nivel de empleo.
128. El Gobierno replica que contrariamente al argumento de fondo utilizado por las dos confederaciones al presentar su reclamación en el sentido de que la finalidad de la norma no es otra que la de enmascarar la posibilidad de establecer despidos sin causa y sin indemnización, debe tenerse en cuenta que para el CAE se establecieron dos incentivos fiscales para sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades y contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas que realicen actividades económicas, destinados a incentivar este tipo de contrato. El párrafo 7 del artículo 4 de la ley núm. 3/2012 (reproducido en el anexo) ha previsto que para beneficiar de estos incentivos la empresa **deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral.**
129. El Gobierno indica que existen otras disposiciones para evitar que el CAE pueda ser utilizado de forma abusiva como son: *a)* el hecho de que los trabajadores temporales previamente contratados por la empresa no quedan sujetos al período de prueba, y *b)* que no pueda utilizar el CAE la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado despidos por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial, o hubiera procedido a un despido colectivo — sin contar con que eventualmente puedan resultar de aplicación las cláusulas generales del derecho común para combatir la utilización fraudulenta.
130. El Gobierno agrega que la finalidad de la reforma laboral de 2012 ha sido la de crear una nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido, de la que sólo podrán hacer uso las empresas que tengan menos de 50 trabajadores que, pese a la situación de

crisis económica, apuesten por la creación de empleo. La duración del período de prueba distinta a la del resto de modalidades de contratación se debe a la crisis y a la incertidumbre que se desprende de la situación actual.

- 131.** El Gobierno manifiesta que en otros países europeos se tomaron medidas similares pero se optó por otro tipo de soluciones. El Gobierno señala que mediante la ley núm. 92, de 28 de junio de 2012, se adoptó en Italia una serie de medidas para reformar el mercado del trabajo con perspectivas de crecimiento ¹⁶. Entre otras actuaciones, se introdujo un nuevo párrafo *1bis* en el artículo 1 del decreto legislativo núm. 368 de 6 de septiembre de 2001, mediante el cual se había incorporado la directiva núm. 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada ¹⁷. La nueva disposición introducida por la reforma laboral italiana de junio de 2012 dice lo siguiente:

1bis. El requisito del apartado 1 (obligación de consignar en el contrato las causas que lo justifican) no es obligatorio en el supuesto del primer contrato por tiempo determinado, de duración no superior a 12 meses, concluido entre un empleador o empresa usuaria (contrato a través de una ETT) y un trabajador para el desarrollo de cualquier tipo de funciones, ya sea bajo la forma de un contrato a tiempo determinado o en el caso del primer empleo de un trabajador en el ámbito de un contrato de puesta a disposición. Los convenios colectivos acordados entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel nacional pueden establecer, directamente en los convenios interconfederales o de sector, o indirectamente cuando exista una delegación para los convenios de nivel inferior, que el supuesto previsto en el primer párrafo (obligación de consignar en el contrato las causas que lo justifican) no sea exigido en los casos en los cuales la contratación por tiempo determinado o el contrato de puesta a disposición tenga lugar en el ámbito de un proceso organizativo ocasionado por las razones señaladas en el artículo 5, 3) (inicio de una nueva actividad, lanzamiento de un nuevo producto o servicio, aplicación de un relevante cambio tecnológico, proyectos de investigación, renovación de un pedido relevante), siempre dentro de un límite total del 6 por ciento del total de trabajadores ocupados en el ámbito de la unidad productiva.

- 132.** El Gobierno indica que la reforma laboral italiana de junio de 2012 también buscó facilitar la contratación. Sin embargo, la disposición mencionada supone, en la práctica, una «descausalización» del despido en las modalidades de la contratación temporal para el caso de que se trate del primer contrato que una empresa suscriba con un trabajador y que éste no tenga una duración superior a 12 meses, y para los casos en que lo permita la negociación colectiva en determinados supuestos y con el límite de un porcentaje del total de los trabajadores. El Gobierno reconoce que, a diferencia de la opción seguida en Italia, la reforma laboral española, si bien persigue el mismo objetivo, ha optado por la creación de una nueva modalidad de contrato de trabajo de duración indeterminada, con fuertes incentivos fiscales y de seguridad social.
- 133.** El Gobierno informa que desde la fecha de entrada en vigor de la reforma del mercado laboral hasta el 31 de octubre de 2012 se han celebrado 54 541 nuevos contratos CAE que dieron lugar a altas en la seguridad social. Del total de contratos CAE celebrados, **29 453 contratos corresponden a trabajadores menores de 30 años** (54,1 por ciento del total), dato que el Gobierno subraya especialmente, al ser el de los jóvenes uno de los colectivos más perjudicados por la crisis económica.

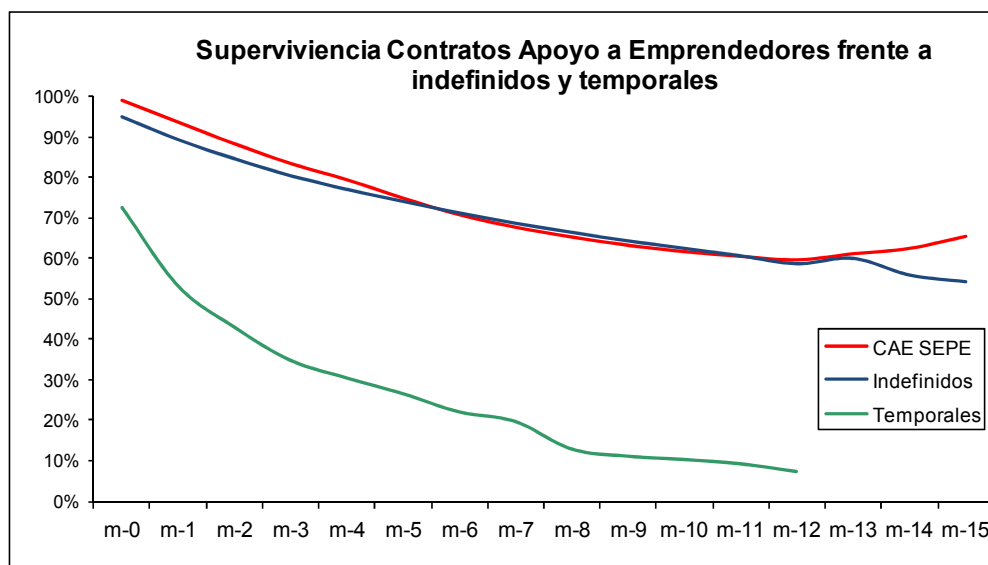
¹⁶ Legge 28 giugno 2012, núm. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, *Giornale Ufficiale (GU)* núm. 153 de 3 de julio de 2012, suplemento ordinario núm. 136.

¹⁷ Decreto legislativo 6 settembre 2001, núm. 368, *Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, *GU*, núm. 235 de 8 de octubre de 2001.

- 134.** El Gobierno indica que el hecho de que se haya empleado en la ley núm. 3/2013 el término emprendedor y no el de empresario es puramente terminológica, ya que la norma deja meridianamente claro que sólo pueden recurrir al CAE las empresas que tengan menos de 50 trabajadores.
- 135.** En su comunicación de agosto de 2013, el Gobierno agrega algunas precisiones en relación con los estímulos a la contratación:
- Que todos los supuestos contemplados en la ley núm. 3/2012, tanto de contratos como de incentivos, excepto uno, están dirigidos exclusivamente a la contratación de jóvenes menores de 30 años. Y en el supuesto en que no se cumple esta condición, contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven, es porque tal límite de edad no se aplica al trabajador contratado (quien debe tener al menos 45 años), sino al autónomo que lo contrata, que ha de tener menos de 30 años, exigiendo además el incentivo previsto que la contratación sea por tiempo indefinido.
 - Que uno de los nuevos incentivos previstos, consistente en una reducción del 100 por cien de la cuota empresarial a la seguridad social por contingencias comunes, correspondientes al trabajador contratado, está dirigido exclusivamente a empresas de muy pequeño tamaño (hasta nueve trabajadores) y, lo que es aún más importante, se trata en todo caso de una contratación indefinida.
 - Que en el supuesto de primer empleo joven, dirigido sólo a jóvenes menores de 30 años que no tengan experiencia laboral o, de tenerla, que sea inferior a tres meses, en el que la causa va a ser precisamente la adquisición de una primera experiencia profesional, el Gobierno subraya que la norma incentiva su transformación en indefinido, al establecer para este supuesto bonificaciones en las cuotas a la seguridad social.
- 136.** El Gobierno también responde a la preocupación expresada por las dos confederaciones en relación con un posible efecto de rotación laboral y sustitución de trabajadores mayores por otros más jóvenes y baratos. El Gobierno se remite a los requerimientos del artículo 4, 6), de la ley núm. 3/2012 (reproducido en el anexo) y agrega que los datos disponibles apuntan a que no se está produciendo un fenómeno de rotación o de sustitución de trabajadores ¹⁸.
- 137.** En igual sentido, el Gobierno responde a las dudas de las dos confederaciones en relación a que debido a las bonificaciones e incentivos «los empresarios no esperarán a que transcurra el año para dar [...] por finalizado» un CAE. Las dos confederaciones habían expresado que, dada la duración del periodo de prueba de un año que establece la ley núm. 3/2012, los trabajadores contratados bajo esta modalidad van a ver rescindido su contrato justo antes de que finalice dicho periodo de prueba, siendo sustituidos por otros trabajadores.
- 138.** El Gobierno presenta su análisis de los datos disponibles en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) para excluir la posibilidad de que los empleadores den por finalizado el CAE antes del primer año. Si bien el Gobierno reconoce que se debe ser prudente a la hora de hacer una valoración, dado que el número de estos contratos de duración superior a un año es aún reducido, al haber transcurrido sólo 17 meses desde la entrada en vigor de la norma, resulta que, de acuerdo con los análisis realizados por el

¹⁸ El Gobierno señala que los datos sobre las contrataciones están disponibles en la página web del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). El análisis que ofrece el Gobierno forma parte del informe de evaluación de la reforma laboral que se realiza en cumplimiento de la previsión legal al respecto.

MEYSS, los CAE no se han utilizado para una rotación intensa de trabajadores y la tasa de supervivencia de estos contratos una vez transcurrido un año desde su formalización es muy similar a la de los contratos indefinidos y muy superior en todo caso a la de los contratos temporales celebrados en las mismas fechas.



Fuente: MEYSS, a partir del registro de contrataciones del SEPE y afiliación a la SS.

139. El seguimiento que realiza el Gobierno se basa en las altas en la Seguridad Social derivadas de las contrataciones comunicadas al Servicio Público de Empleo Estatal. Un número reducido de las contrataciones comunicadas como CAE no dan finalmente lugar a un alta con esta modalidad de contratación en el mismo mes que se han comunicado. Ello puede suceder, por ejemplo, porque se verifique que no se cumplen las condiciones previstas para formalizar este tipo de contratos. Por otro lado, los contratos sobre los que se realiza el seguimiento han sido depurados para eliminar inconsistencias y errores como duplicidades, codificaciones incorrectas o fechas discordantes con el período de análisis.

140. El Gobierno explica la metodología seguida para presentar el análisis anterior:

- Se identifica el total de altas de cotización correspondientes a los CAE comunicados al SEPE y se atribuyen al mes de comunicación de los CAE desde febrero de 2013 en adelante.
- Se verifica el mantenimiento al final de cada mes en alta en la Seguridad Social con esa modalidad de contrato y en la misma entidad de cotización (Código de Cuenta de Cotización, en la terminología de la Seguridad Social), sin que haya habido bajas intermedias.
- Se calcula la media ponderada de mantenimiento en el empleo en cada mes después del contrato.
- Se compara con el porcentaje de personas contratadas en el mismo mes del mismo año con contratos indefinidos de características similares (es decir, contratos iniciales que no son resultado de una transformación, y a tiempo completo). No puede discriminarse por el tamaño de la empresa contratante. Se excluyen los contratos con personas con discapacidad, los de empleados del hogar y los fijos discontinuos, por sus especiales características.

- Se ha comparado también con el porcentaje de personas contratadas en un mes similar con contratos temporales. El mantenimiento en el empleo se calcula como el porcentaje de personas que se mantienen en alta al final de cada mes respecto al total que estaba en alta al final del mes de referencia (marzo de 2012 para los primeros contratos) con un contrato temporal.
- 141.** El Gobierno concluye que, según este análisis preliminar, el CAE ha tenido un comportamiento propio de una figura contractual indefinida y no de una modalidad temporal. En todo caso, los resultados muestran que hasta el momento:
- El 59,4 por ciento de los CAE celebrados hace más de 12 meses se mantiene en el empleo. Este nivel es similar al del resto de los contratos indefinidos iniciales a tiempo completo celebrados en el mismo momento del tiempo (58 por ciento).
 - Es previsible que a medida que los CAE que se celebraron en el verano vayan alcanzando los 12 meses baje ligeramente la media de mantenimiento en el empleo, aunque cerca de los niveles actuales. La tasa de permanencia que se ha venido observando es distinta para los contratos formalizados en diferentes meses del año y, en particular, más baja para los iniciados durante los meses de primavera y verano, como puede observarse en el cuadro. Este fenómeno explica también que las curvas de mantenimiento en el empleo repunten a partir del mes 12. Se trata de un efecto «composición»: son medias sólo sobre los contratos formalizados en los meses de febrero-marzo-abril, que tienen una tasa superior a la de los meses siguientes.
 - El ritmo al que se van produciendo bajas es similar al que presentan los contratos indefinidos iniciales a tiempo completo: en torno a 4-5 puntos porcentuales cada uno de los meses iniciales, para luego estabilizarse en el entorno de los 1-2 puntos porcentuales a los 12 meses de contrato.
 - No se percibe una aceleración en ese ritmo de caída del empleo en el mes 12, sino más bien al contrario, una estabilización de la tasa de permanencia en el empleo. Por tanto, no se identifica un «escalón» en el mantenimiento en el empleo de estos contratos vinculado al cumplimiento del año de prueba. Así, el cambio en la tasa de mantenimiento en el empleo entre los meses 12 y 13 se sitúa entre los -1,2 y los -2,1 puntos porcentuales, en niveles inferiores a la caída media mensual de la tasa, que se sitúa en -3,2 puntos porcentuales (para los contratos indefinidos, la media es de -2,9 puntos porcentuales).

Tasa de mantenimiento en el empleo (porcentaje)

| | A los 12 meses | A los 13 meses | Diferencia en puntos porcentuales |
|-----------------|----------------|----------------|-----------------------------------|
| Febrero de 2012 | 72,0 | 69,9 | -2,13 |
| Marzo de 2012 | 69,9 | 67,9 | -1,99 |
| Abril de 2012 | 61,5 | 60,2 | -1,25 |

- El nivel al que se mantiene el empleo es muy superior al de contratos temporales celebrados en esas mismas fechas, que se sitúa en el 7,5 por ciento al cabo de un año desde la contratación. La tasa de mantenimiento en el empleo de los contratos no bonificados se sitúa 10 puntos porcentuales por debajo de la de los bonificados (53,5 por ciento frente a 64,5 por ciento), pero aun así es suficientemente elevada para considerar que tienen un comportamiento más propio de un contrato indefinido. Estas

tasas no presentan diferencias apreciables para los contratos celebrados con jóvenes menores de 30 años.

142. El Gobierno también considera que queda refutada la afirmación de las dos confederaciones de que a lo largo del tiempo se va reduciendo el uso del CAE. Entre la adopción de la reforma laboral y junio de 2013, se han registrado 118 917 CAE (más de 7 400 de media al mes desde marzo de 2012), el 40,1 por ciento con jóvenes menores de 30 años, cuya contratación es el principal objetivo de los incentivos y el 39,0 por ciento con trabajadoras. El 42,4 por ciento de los contratos se ha beneficiado de bonificaciones o deducciones fiscales.
143. El Gobierno agrega que el total de contratos registrados supone el 24,0 por ciento de los contratos indefinidos iniciales a tiempo completo registrados desde marzo de 2012. Este porcentaje está calculado sobre las contrataciones realizadas por todo tipo de empresas, por lo que su peso en el total de las nuevas contrataciones de las pequeñas y medianas empresas (PYME) es seguramente mucho más elevado. Estas contrataciones, que en muchos casos no se habrían llevado a cabo o se hubieran articulado a través de contrataciones temporales, contribuyen a explicar el cambio de tendencia en la contratación indefinida desde la reforma laboral.
144. En cuanto a la **evolución temporal**, el Gobierno observa una menor incidencia del contrato a partir del fin del verano de 2012 hasta marzo de 2013, que luego se revierte. De hecho, **junio de 2013 ha sido el mes en el que el CAE tuvo un mayor peso en el total de contrataciones** de su tipo. El CAE continúa representando en torno a una de cada cuatro contrataciones indefinidas iniciales a tiempo completo, y su peso se ha incrementado en el primer semestre de 2013, contribuyendo a la evolución más favorable de la contratación indefinida y a la lucha contra la dualidad.
145. El Gobierno también se opone a la afirmación de las dos confederaciones en el sentido de que, en 2012, las empresas que utilizaron esta nueva modalidad sin optar por beneficiarse de incentivos fiscales suponían el 82 por ciento del total de las que los suscribieron. Según las dos confederaciones, para el 82 por ciento de las empresas que hicieron uso del CAE, lo importante parece haber sido la libertad que les da el año de período de prueba, preferible a obtener incentivos que les obligarían a permanecer ligados al trabajador durante al menos tres años. El Gobierno replica que, en primer lugar, que el dato reseñado es a todas luces incompleto, toda vez que está referido a las empresas que se acogen a los incentivos fiscales, pero no a las que se acogen a las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social. El Gobierno indica que estos dos tipos de incentivos son independientes entre sí y están condicionados al cumplimiento de requisitos diferentes (básicamente, uno de los incentivos fiscales sólo se aplica si se trata del primer trabajador contratado por la empresa — y es menor de 30 años — y otro está condicionado a que el trabajador sea beneficiario de una prestación contributiva por desempleo; lo que no sucede en el supuesto de las bonificaciones, sólo condicionadas a la edad del trabajador), lo que supone que un determinado contrato puede permitir acogerse a ambos tipos de incentivos, a uno de ellos pero no al otro, o a ninguno de ellos. Ambos incentivos están condicionados al mantenimiento del trabajador en la empresa durante al menos tres años, por lo que, a efectos de lo que sostienen las dos confederaciones, el Gobierno sostiene que se debe tener en cuenta ambos tipos de beneficios y no sólo el incentivo fiscal. En tal caso, teniendo en cuenta tanto el incentivo como las bonificaciones a la Seguridad Social, resulta que de los 77 260 CAE celebrados durante el año 2012, 34 793 **se acogieron a alguno de los beneficios indicados**, lo que supone **un 45,03 por ciento del total**, dato que resulta según el Gobierno muy alejado del que facilitan las organizaciones sindicales.

146. En síntesis, el Gobierno sostiene que el CAE ha constituido una **vía de acceso al empleo indefinido estable**. En el marco general de una contratación muy afectada por la incertidumbre y la prolongación de la recesión, el CAE ha incorporado a casi 120 000 personas al mercado de trabajo, el 40 por ciento de ellos jóvenes, lo que supone el 24 por ciento de los contratos indefinidos iniciales a tiempo completo desde marzo de 2012.

Nueva regulación de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción

147. El Gobierno indica que la reforma del artículo 51, 1), del Estatuto de los Trabajadores realizada por la ley núm. 3/2012 no ha supuesto un cambio en las causas de despido establecidas en los anteriores textos legales. La reforma laboral de 2012 se limita a redefinir los requisitos exigidos para la concurrencia de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción, aunque de forma distinta a como fueron introducidas en el Estatuto de los Trabajadores por el Real decreto-ley núm. 10/2010 de 16 de junio y la ley núm. 35/2010 de 17 de septiembre. Hasta la reforma laboral de 2010, los tribunales podían fijar los criterios de determinación de la concurrencia o no de las causas que dan lugar al despido colectivo, sin que ello haya supuesto un incumplimiento de lo previsto en el artículo 4 del Convenio núm. 158.
148. El Gobierno mantiene en su comunicación de agosto de 2013 que la razonabilidad y proporcionalidad que exige el Convenio núm. 158 en relación con la terminación del contrato despliega sus efectos en dos sentidos, a saber:
- Exige a los países que han ratificado el Convenio determinar en su normativa cuáles son las causas que razonablemente fundamenten las decisiones extintivas basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (el artículo 4 del Convenio núm. 158 exige que exista una «causa justificada»). En este sentido, el Gobierno destaca que las causas del despido en el derecho sustantivo del trabajo español están tasadas, siendo éstas un «*numerus clausus*», recogidas en los artículos 51 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores.
 - Determinadas en las disposiciones legales cuáles son las causas y cuáles son los elementos que las definen y que permiten deducir su presencia, el Convenio núm. 158 exige que la aplicación práctica de dicha normativa esté sujeta a un control por parte de los organismos a los que se refiere el artículo 8 del Convenio núm. 158 («... *organismo neutral, como un tribunal, un tribunal de trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro*»), a quienes compete verificar si la terminación del contrato efectivamente se debió a las razones o causas previstas legalmente. En cuanto a la competencia de dichos organismos sobre si las razones son suficientes para justificar la terminación contractual, el artículo 9, 3), del Convenio señala que tal competencia «*deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio*».
149. El Gobierno indica que en la reforma laboral de 2012 coexisten tres modalidades de impugnación de las extinciones de contratos por la vía del despido colectivo:
- 1) *Impugnación por parte de los representantes de los trabajadores.* En aras de la celeridad que ha de presidir la regulación procesal laboral, esta nueva modalidad procesal tiene un carácter de preferente y urgente. La impugnación por parte de los representantes de los trabajadores se caracteriza por atribuir a los tribunales superiores de justicia (de las Comunidades Autónomas) y a la Audiencia Nacional el conocimiento, en primera instancia, de la impugnación del despido colectivo, reconociéndose, posteriormente en aras a la celeridad, el recurso de casación. La

apertura de la impugnación colectiva suspende la tramitación de las impugnaciones individuales hasta que se dicte sentencia firme en aquélla, que tendrá efecto de cosa juzgada en el proceso individual.

- 2) *Impugnación individual.* La impugnación individual de la extinción del contrato en el marco de un despido colectivo se sigue atribuyendo a los juzgados de lo social, por el cauce previsto para las extinciones por causas objetivas. Las impugnaciones individuales siguen el procedimiento del despido objetivo con el régimen especial que establece el artículo 124, párrafo 13, de la Ley núm. 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, en su tenor modificado.
- 3) *Impugnación por parte de la autoridad laboral.* Si bien la reforma laboral de 2012 derogó la necesidad de autorización administrativa, se mantiene la posibilidad de que la autoridad laboral pueda impugnar los acuerdos alcanzados en el período de consultas cuando aprecie que los mismos se han concluido mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (lo que incluye el correspondiente juicio de proporcionalidad de la medida), o cuando la entidad gestora de las prestaciones sociales informe que no existe causa que acredite la situación legal de desempleo. La ley núm. 3/2012 ha introducido reglas específicas de coordinación entre la impugnación colectiva y el procedimiento promovido por la autoridad laboral el cual se suspende hasta que se dicte resolución en aquél. Esta regla se completa con la previsión de la entrada como parte de la administración en el proceso de impugnación colectiva. La sentencia firme del proceso de impugnación colectiva tendrá efectos de cosa juzgada sobre el procedimiento promovido por la autoridad laboral pendiente de resolución.

150. El Gobierno indica que la impugnación de suspensiones contractuales y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y por fuerza mayor se articularán a través de las modalidades procesales previstas en los artículos 138 y 153-162 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en atención al carácter individual o colectivo de la decisión empresarial. En consecuencia, el Gobierno afirma que son los tribunales, aplicando criterios jurisprudenciales y por la vía prevista en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social son quienes determinan la existencia y justificación de las causas y de la medida adoptada, sin que se produzca una vulneración del artículo 9 del Convenio núm. 158.

151. Para responder a la preocupación de dos confederaciones reclamantes sobre la supresión de la obligada conexión de razonabilidad o correspondencia entre la causa invocada y el despido del trabajador o trabajadores, el Gobierno indica en sus comunicaciones de que si se pone de manifiesto una causa y así la constata el juez, es que la causa existe y produce sus efectos. El diccionario de la Real Academia Española define causa como: «aquello que se considera como fundamento u origen de algo». También, según la Real Academia, causar es: «dicho de una causa: producir su efecto». En consecuencia, el Gobierno entiende que la constatación de que la causa existe — y ello requiere su acreditación o puesta de manifiesto — dado que la causa justifica el efecto producido. Si, por el contrario, la causa no se acredita, será el juez quien apreciará que dicha causa no existe, y en consecuencia, el despido no estará justificado, y ello tiene consecuencias jurídicas sobre los contratos. Tampoco será justificado aquel despido en el cual el empresario no exprese la causa del despido o no una a su comunicación la justificación documental adecuada para que pueda ser conocida la causa del despido. El Gobierno insiste en que **la reforma laboral de 2012 no se refiere al elemento causal del despido, sino a alcanzar un control judicial más objetivo.**

152. El Gobierno indica que el otro cambio destacado de la reforma laboral de 2012 concierne la **supresión de la autorización administrativa** para las extinciones de contratos de trabajo en número superior al previsto en el apartado 1 del párrafo 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, a excepción de los despidos motivados por fuerza mayor. El Gobierno explica que el cambio introducido por la reforma laboral de 2012 tiene una clara finalidad, demandada tanto por los interlocutores sociales como por la doctrina: evitar el uso indiscriminado del despido disciplinario en la reforma laboral de 2010 reconocido como improcedente por el propio empresario — el denominado «despido exprés» — para hacer frente a situaciones en las que la extinción de las relaciones laborales era claramente determinada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
153. El Gobierno recuerda que en la Exposición de Motivos de la ley núm. 35/2010 se dijo que: «(...) se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (...) (tras) (...) la experiencia (que) ha puesto de manifiesto (...) algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52, c) (del Estatuto de los Trabajadores) (...) al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente», estimándose «necesaria una nueva redacción de estas causas (...) que proporcione una mayor certeza (...)». El denominado «despido exprés», introducido en la reforma laboral de 2010, según la doctrina que examinó dicha reforma laboral, había creado cierto «bloqueo» de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La reforma laboral de 2012 pretendió responder a las dificultades examinadas por la doctrina y comprobadas en la práctica derogando el «despido exprés».
154. El Gobierno sostiene que la reforma laboral de 2012 del régimen del despido colectivo permite, en cierta medida, una «recausalización» del mismo. En la reforma laboral de 2010, se había denunciado un escaso y teórico control por parte de los representantes de los trabajadores y de la autoridad administrativa sobre las causas del despido. Al amparo de la reforma laboral de 2010, las negociaciones durante el período de consultas se venían focalizando sobre todo en las indemnizaciones a satisfacer a los trabajadores como modo más seguro de conseguir el acuerdo y con ello la autorización administrativa. En cambio, los cambios operados por la reforma laboral de 2012, facilitan, según el Gobierno, la conclusión de un acuerdo durante el período de consultas con los representantes de los trabajadores — como ha venido ocurriendo en torno al 90 por ciento de los casos.
155. El Gobierno sostiene que desde la aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en marzo de 1995 hasta la actualidad, los textos legislativos fueron progresivamente dando mayor precisión a los límites de las causas del despido por funcionamiento de la empresa. La causa de un despido colectivo era algo que en el momento de iniciarse el procedimiento no podía ser exactamente justificado, sino, en el mejor de los casos, podía ser previsto. Aquello que justificaba los despidos colectivos era la previsión de los efectos que tal medida pudiera razonablemente tener sobre el futuro de la actividad de la empresa. En caso de desacuerdo entre la empresa y los trabajadores en el período de consultas, las autoridades laborales eran llamadas a apreciar si existía la causa y si tal causa podía afectar a la futura vida de la empresa. La reforma laboral de 2010 buscó definir más extensamente las causas del despido colectivo y suprimió también la autorización administrativa, manteniendo intacta e incluso ampliando las posibilidades de que la decisión empresarial sea revisada en vía judicial. Sin embargo, al amparo de la reforma laboral de 2010, el órgano judicial podía controlar «la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado». La reforma laboral de 2012 considera que se puede dar por superada la denominada «conexión de funcionalidad» entre los despidos y los fines fijados en la ley, que era causa

de disfunciones por estar basada en proyecciones de futuro, de imposible prueba, y haber provocado interpretaciones ambivalentes.

156. El Gobierno sostiene que su razonamiento ha sido convalidado por una sentencia de un Juzgado de lo Social de Madrid, de 27 de junio de 2012, en la que se dice:

No obstante la nueva normativa, sigue vigente toda la doctrina sobre despidos colectivos por necesidades de la empresa basadas en causas de naturaleza económica, que recogen la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2010, que proclama los criterios sentados por esta Sala en orden a la justificación — procedencia — de los despidos en situaciones de crisis, resumibles aquéllos en los siguientes términos:

- a) **cuando se acreditan pérdidas relevantes**, los despidos pueden tener un principio de justificación, pues «tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa» (SSTS 14/06/96 (RJ 1996, 5162) —rcud 3099/95—; 29/05/01 (RJ 2001, 5452) —rcud 2022/00—; 30/09/02 (RJ 2002, 10679) —rcud 3828/01—; y 29/09/08 (RJ 2008, 5536) —rcud 1659/07—);
- b) «**si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas** se presume en principio, salvo prueba en contrario, ... que la amortización de puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa», porque la amortización de puestos de trabajo sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente por sí misma a aliviar la cuenta de resultados (SSTS 15/10/96 (RJ 1996, 8176) —rcud 3352/95—; 15/10/03 (RJ 2003, 4093) —rcud 1205/03—; 30/09/02 —rcud 3828/01—; y 29/09/08 —rcud 1659/07—);
- c) pero es exigible acreditar la conexión entre la extinción del contrato y la superación de la crisis en términos de adecuada razonabilidad, de acuerdo a las reglas de experiencia (SSTS 14/06/96 —rcud 3099/95—; y 29/09/08 —rcud 1659/07—), **porque «ni se puede presumir que la empresa, por el sólo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado**, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido» (SSTS 29/09/08 —rcud 1659/07—);
- d) para llevar a cabo la amortización no es necesario que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible; antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables, y que precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma (SSTS 24/04/96 (RJ 1996, 5297) —rcud 3543/95—); y
- e) dada la redacción del artículo 52.c) del ET, basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida se encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva ... junto a otras medidas (SSTS 11/06/08 (RJ 2008, 3468) —rcud 730/07—).

157. Por consiguiente, el Gobierno insiste en que la reforma laboral de 2012 permite al juez revisar la corrección o la legitimidad de la decisión empresarial. En efecto, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en su tenor modificado por la ley núm. 3/2012; al igual que el Estatuto de los Trabajadores, disponen que el juez declarará la procedencia, la improcedencia o la nulidad del despido según las circunstancias del caso y los hechos que resulten probados. Por ende, el despido colectivo ha sido y sigue siendo en España un despido **formal**, con notificación escrita a los interesados y a sus representantes (apartados 2 y 4 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores); es **causal**, y, la reforma laboral de 2012 ha definido las causas con mayor detalle que en el pasado. Por

último, frente a la decisión empresarial de despedir colectivamente, los trabajadores afectados pueden interponer acciones judiciales colectivas por intermedio de sus representantes al igual que cada uno de los trabajadores afectados. La tramitación de las acciones individuales quedarán paralizadas hasta la resolución de la acción judicial colectiva que en su caso se interponga. Además, la autoridad laboral también puede interponer un recurso judicial. Por ende, el Gobierno concluye que existe un **control judicial** de la decisión empresarial en los términos establecidos en el artículo 51, párrafo 6, del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social — sin que se desprenda de la reforma laboral de 2012 una «descausalización del despido».

- 158.** En respuesta a lo reclamado por las dos confederaciones, el Gobierno sostiene que **la lectura del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en su tenor reformado revela que ambas circunstancias que requiere el Convenio núm. 158 se mantienen:** las consultas con los representantes de los trabajadores y la intervención de la autoridad administrativa del trabajo en caso de los despidos colectivos. Al comienzo del párrafo 2 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores se dice que: «El despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración...». En cuanto a la supervisión de la autoridad administrativa, desde la misma comunicación de apertura del período de consultas se dará traslado a la autoridad laboral que, entre otras cosas, pedirá informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el desarrollo del período de consultas. Además, «Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo» (octavo apartado del artículo 51, 2)). Y «La autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la autoridad laboral podrá realizar durante el período de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación... (y) funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa.» (undécimo apartado del artículo 51, 2)). De igual forma el artículo 51, párrafo 6, del Estatuto de los Trabajadores en su segundo apartado prevé que:

La autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el período de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

- 159.** En relación con lo reclamado por las dos confederaciones respecto de la eliminación del control judicial de las decisiones empresariales de la extinción del contrato de trabajo y una supuesta vulneración de los párrafos 1 y 3 del artículo 9 del Convenio, el Gobierno reitera en sus comunicaciones que **en el ordenamiento jurídico español, el despido ha sido y sigue siendo controlado judicialmente, de manera de que el juez pueda revisar la corrección o legitimidad de la medida.**
- 160.** En concreto, el Gobierno se remite al párrafo 2 del artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, donde se dispone que:

La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos:

- a) Que **no concurre** la causa legal indicada en la comunicación escrita.
- b) Que **no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación** prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal.

- c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.
- d) Que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.

El párrafo 11 del artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone que:

(...) Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 ó 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

La sentencia declarará no ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley.

161. En cuanto a la reclamación de las dos confederaciones sobre la disposición agregada por la reforma laboral de 2012 en el segundo apartado del párrafo 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, el Gobierno indica que dicho apartado comienza diciendo literalmente que: «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa (...)». El Gobierno explica que se debe partir de dicho presupuesto inexcusable para entender que la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa justificaría un despido colectivo. El legislador estableció criterios más precisos al introducir un parámetro de «tres trimestres consecutivos» en los cuales el nivel de ingresos ordinarios o ventas haya sido inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Según el Gobierno, el legislador **ha querido introducir mayor seguridad jurídica mediante un criterio que objetiva lo que se entiende por persistente** a la hora de valorar una disminución de ingresos o ventas como «situación económica negativa», que es lo que define primeramente a la causa económica. El Gobierno considera que lo anterior no prejuzga la valoración que debe hacer el juez de la disminución de ingresos para apreciar una situación económica negativa. Por ejemplo, una disminución de ingresos de 50 euros para una empresa, por más que se prolongue durante tres trimestres consecutivos, no podrá justificar el despido de trabajadores dado que, cabalmente, no cabe hablar en tal caso de situación económica negativa. El Gobierno afirma que nueve meses consecutivos con una pérdida ridícula no da pie a que una empresa despidiera toda la plantilla. Según el Gobierno, el parámetro de los «tres trimestres» es, en definitiva, un «criterio cuantitativo» y no cualitativo, que no determina una justificación automática del despido.

162. El Gobierno explica que la reforma laboral de 2012 suprimió situaciones mal definidas en la legislación anterior (primero se utilizó la expresión «superación de la situación económica negativa» y más tarde «preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa»), sin que haya desaparecido la conexión de funcionalidad. **La situación económica negativa tiene que tener efectos actuales sobre los contratos de trabajo y los despidos son la forma — también actual — de hacer frente a esos efectos sobre los contratos de trabajo.** No se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla de la empresa a las dificultades en el funcionamiento de la empresa. El Gobierno insiste en que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará al empresario a demostrar que los contratos cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.

163. El Gobierno manifiesta que conviene disipar las falsas percepciones sobre la intención de la reforma laboral de 2012. En el marco de la reforma laboral **de 2012, entre la causa probada y las extinciones decididas debe existir una coherencia lógica causa-efecto, en el sentido que la causa justifique efectivamente prescindir de determinados trabajadores.** La nueva regulación se ciñe a exigir la acreditación de la causa, dejando tal decisión sujeta a los límites generales que imponen un comportamiento conforme a las exigencias de la buena fe y proscriben el abuso de derecho. En virtud de tales reglas, el juez podrá rechazar cualquier ejercicio abusivo de la facultad de despedir, bien por su exceso cuantitativo en relación a la causa económica acreditada o bien por cualquier otro uso desviado que se pueda dar en cada supuesto concreto. Y otro tanto ocurre con las otras causas técnicas, organizativas o productivas. Conforme a los límites internos de la facultad extintiva, que exigen tal proceder de buena fe y no contrario a la prohibición de abuso de derecho, únicamente será legítimo el despido del trabajador de cuyos servicios se pueda prescindir como consecuencia de la alteración técnica, organizativa o productiva acreditada, exigiéndose, una coherencia entre los ajustes empresariales y la decisión extintiva, quedando así también fiscalizada la posible arbitrariedad del empresario en la elección del trabajador o trabajadores afectados por el despido.
164. El Gobierno insiste en que la reforma laboral de 2012 exige que **la justificación del despido económico cumpla tres fases por las empresas:**
- **acreditar la existencia de un situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado;**
 - **establecer de qué modo las situaciones descritas inciden sobre los contratos de trabajo que se pretenden extinguir** y la medida en que exista la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo, y
 - **mostrar la adecuación de las medidas extintivas** adoptadas para responder a esa necesidad.
165. El Gobierno agrega que lo anterior ha sido convalidado en los fundamentos de la sentencia núm. 0142/2012 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 21 de noviembre de 2012¹⁹, en cuyo fundamento de derecho sexto se expresó lo siguiente:
- (...) Como vemos, han desaparecido las justificaciones finalistas de la regulación precedente, que obligaban a la empresa a demostrar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar su posición competitiva en el mercado, cuando la causa era económica, o contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, cuando la causa era técnica, organizativa o de producción.
166. El Gobierno reconoce que la conexión de funcionalidad es el presupuesto constitutivo para cumplir el mandato del artículo 4 del Convenio núm. 158, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a una relación de trabajo a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o **basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.** Por consiguiente, el Gobierno manifiesta que la reforma laboral de 2012 no ha hecho desaparecer la conexión de funcionalidad, ya que la situación económica negativa o los cambios en la demanda de

¹⁹ El Gobierno indica que en su sentencia núm. 166/2012 de fecha 18 de diciembre de 2012, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional reiteró lo expresado en la sentencia núm. 0142/2012.

productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretendan extinguir.

- 167.** El Gobierno también insiste en que la reforma laboral de 2012 ha redefinido con mayor precisión cuáles son los elementos que definen las causas de extinción de los contratos de trabajo — y se remite al Preámbulo de la ley núm. 3/2012, donde se dice que: «*La Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre*», señalándose a continuación que «... *tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba...*». En consecuencia, el Gobierno insiste en que la ley núm. 3/2012 no modifica las causas que fundamentan la decisión extintiva de los contratos de trabajo en los supuestos basados en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Únicamente se modifican los elementos que definen con mejor precisión y detalle la presencia de una u otra causa, lo cual no es contrario a la razonabilidad exigida por el artículo 4 del Convenio núm. 158, que ordena por un lado que las causas sean justificadas y, por otro, que existan organismos que verifiquen la presencia de la causa que sustenta la decisión extintiva del empleador.
- 168.** El Gobierno señala que la reforma laboral de 2012 mantiene en el primer apartado del artículo 51, 1), del Estatuto de los Trabajadores; la exigencia de que el empleador acredite que el despido es procedente y por ende debe probar la concurrencia de la causa económica y productiva, así como razonar de modo proporcional. Una vez acreditada la concurrencia de la causa económica o productiva, o de ambas a la vez, como sucederá en la mayoría de los supuestos, el empresario deberá acreditar que el contrato ha devenido superfluo en términos económicos, porque ha perdido su relevancia económica para el empresario. Al haber perdido su objeto y su causa un contrato de trabajo se encuentran reunidos los presupuestos obligados para su extinción conforme a lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil²⁰, lo que sucederá cuando la prestación de trabajo ha perdido su utilidad económica para el empresario por causas objetivas sobrevenidas, del mismo modo que el trabajador puede extinguir justificadamente su contrato de trabajo cuando el empresario no está en condiciones de proporcionarle trabajo efectivo o de retribuir su trabajo.
- 169.** Por lo tanto, el Gobierno reitera que la reforma laboral de 2012 cumple con los artículos 4, 8 y 9 del Convenio núm. 158, en particular si se tiene en cuenta que el párrafo 3 del artículo 9 del Convenio posibilita que la legislación y la práctica nacionales determinen el alcance que tiene el control de los organismos ante los cuales se pueden presentar recursos contra el despido. En igual sentido, el Gobierno recuerda las explicaciones proporcionadas por la Comisión de Expertos en el párrafo 214 del Estudio General de 1995, donde se dice literalmente lo siguiente:

Desde el comienzo de los trabajos preparatorios, se consideró, en cuanto a si los organismos ante los que se puede apelar deben estar autorizados a examinar la suficiencia de los motivos relacionados con las necesidades del funcionamiento de la empresa, que se trata de una cuestión que sería mejor dejar al arbitrio de cada país. Esta disposición permite, así, una cierta flexibilidad ya que deja que cada Estado Miembro pueda determinar en qué medida debería autorizarse a los órganos competentes a revisar la decisión del empleador en lo que se refiere al carácter suficiente de las razones basadas en necesidades de funcionamiento. Así, en cuanto a las reducciones de personal, el empleador debe, evidentemente, tener una causa justificada que se ajuste a lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio. Ahora bien, la medida en que los organismos neutrales ante los que puede recurrirse contra la terminación deberían estar

²⁰ Artículo 1261 del Código Civil. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.

facultados para controlar la decisión del empleador en relación con las necesidades de funcionamiento, es decir, la medida en que esos organismos están facultados para decidir si esas razones válidas por naturaleza, son suficientes de acuerdo con su importancia, para justificar la terminación, es una cuestión que se deja al arbitrio de cada país. El texto permite, en consecuencia, que cada país limite los poderes que tiene el organismo competente, cuando examina si la terminación está justificada, de ejercer un control sobre la decisión del empleador en cuanto al número de trabajadores de su empresa.

170. En conclusión, el Gobierno afirma que la reforma laboral de 2012 regula las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción y comporta, como así había sido también en las regulaciones precedentes pero en términos diferentes, la necesidad de que el empresario acredite la existencia de una causa, de una situación negativa que requiere la adopción de alguna decisión, y que esa causa establezca el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo — en la medida en que la situación provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo — y por último muestre la adecuación de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad. En ese proceso, hay una necesaria consulta con los trabajadores y, en cualquier caso, la decisión adoptada por el empresario queda sujeta a control judicial.
171. En su comunicación de agosto de 2013, el Gobierno agrega que **en ningún caso puede aceptarse el planteamiento de que haya un control judicial meramente teórico de tales despidos**. Desde la entrada en vigor de la reforma laboral, los órganos competentes del orden jurisdiccional social han venido conociendo de las cuestiones que en esta materia les han sido planteadas y los pronunciamientos han sido ya todos los posibles. Las sentencias han tratado desde la nulidad de la decisión extintiva por incumplimiento por la empresa de obligaciones referidas al período de consultas y al suministro de información adecuada; a la declaración de la decisión extintiva como ajustada a derecho por concurrir la causa alegada y haberse observado el procedimiento establecido; pasando también por el supuesto de la declaración de la decisión como no ajustada a derecho por no haber acreditado la empresa la concurrencia de la causa.
172. El Gobierno indica que en relación con el control jurisdiccional de los despidos colectivos, se han dictado algunas sentencias por la Audiencia Nacional (órgano competente en los expedientes de regulación de empleo que extienden sus efectos en el territorio de dos o más comunidades autónomas) y por los Tribunales Superiores de Justicia (cuando el expediente afecta al territorio de una comunidad autónoma), que van perfilando el criterio judicial en la interpretación y aplicación del nuevo marco regulador operado por la reforma laboral de 2012. Del examen de las sentencias que propone el Gobierno puede deducirse que los tribunales están incidiendo en la verificación del cumplimiento estricto de los requisitos formales de tramitación de los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) impugnados, en particular los del período de consulta y negociación con los representantes de los trabajadores, y más en concreto en los deberes de información y de negociar de buena fe, ello sin olvidar la verificación sobre la presencia de las causas tasadas por ley que motivan el despido colectivo.
173. El Gobierno menciona concretamente, en relación con la obligación de negociar de buena fe, la sentencia núm. 13/2012, de 23 de mayo de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que procedió a anular un despido colectivo al estimar mala fe en la empresa al mantener una postura inamovible de ofrecer sólo la mínima indemnización legal para ofrecer, posteriormente, 45 días de salario por año una vez iniciado el proceso judicial. La sentencia señala que el deber de buena fe en la negociación ha sido perfilado doctrinalmente, en el sentido de que no basta la apertura del período de consultas y la celebración de reuniones desprovistas de contenido real para entender que concurre buena fe, y que infringe la buena fe acudir a la negociación con una única oferta definitiva e irrevocable a falta de cuya aceptación se da por cerrado el proceso negociador, señalando que la buena fe implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones.

174. Como prueba de la existencia de un control judicial real en la materia referida, el Gobierno cita también, a título de ejemplo, las siguientes sentencias:

— Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, sección 1.ª) sentencia de 26 febrero 2013. La sentencia declara conforme a derecho el despido por causas productivas y económicas de 15 trabajadores de los centros de la provincia de Las Palmas y no ajustado a derecho el despido de trabajadores en los centros de la provincia de Las Palmas en cuanto exceda de dicho número. Y ello porque el Tribunal considera que «la decisión de extinguir 24 contratos en Las Palmas es desproporcionada una vez reconocido por la propia empresa en el curso de las consultas que 15 extinciones bastarían para restaurar el equilibrio o correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende». Expone que «Las propuestas no aceptadas, efectuadas por la empresa en período de consultas con ánimo negociador no son vinculantes a su término, pero indudablemente constituyen importante dato a valorar por los Tribunales a efectos de resolver sobre la concurrencia de conexión funcional entre la causa objetiva y las extinciones decididas, y la razonabilidad de la medida.».

— Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, sección 1.ª) sentencia de 4 febrero 2013. Si bien la sentencia declara la nulidad de la decisión extintiva por otros motivos, el Tribunal entra a valorar las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa, señalando que:

«En cuanto a dichas causas organizativas y productivas esta Sala considera que tampoco han resultado plenamente acreditadas. En primer lugar debemos decir que falta la concreción de las mismas, pues tanto de lo manifestado en el acto del juicio como de lo que puede deducirse de la documental aportada a los autos, únicamente obtenemos generalidades (...) Se ha contratado a siete personas (...) Esto desmonta la teoría de que sobran trabajadores en la empresa.».

— Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, sección 1.ª) sentencia de 12 de marzo de 2013. Si bien se declara la nulidad de la decisión extintiva por otros motivos, en su fundamento de derecho tercero la sentencia recoge que:

(...) se ha de señalar que la cuantificación del número de trabajadores afectados por la decisión empresarial es una cuestión que afecta a la justificación de la causa, pues la medida extintiva, para resultar justificada ha de servir para solventar, en términos de razonabilidad, la situación de crisis empresarial ocasionada por la concurrencia de la causa en que se funda.

— Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, sección 1.ª) sentencia de 2 de mayo de 2013. En ella se declara no ajustada a derecho la decisión de extinguir 25 contratos de trabajo. En el fundamento de derecho octavo se recoge que:

En el presente caso (...) no ha quedado debidamente acreditada una situación económica negativa de insuficiencia presupuestaria, o situación de déficit presupuestario en los términos exigidos por el artículo 35.3 del RD núm. 1483/2012 (...).

Si no existe una situación de déficit presupuestario, no resulta factible que la situación económica puede provocar efectos sobre los contratos de trabajo, no resultando justificada la necesidad de amortización de todos los puestos. Y es que sólo sería procedente la extinción de todos los contratos de trabajo, si el desajuste de la plantilla fuese el factor desencadenante de una situación económica negativa, pero no lo es (...).

— Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, sección 4.ª) sentencia de 9 de abril de 2013. En ella se declara no ajustada a derecho la decisión empresarial de extinción de 925 contratos de trabajo. En el fundamento de derecho decimosegundo se recoge lo siguiente:

La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1) acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2) establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo, y 3) mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad (...).

Es, en la concurrencia del tercer requisito, donde no se ha podido llegar a probar por la empresa y alcanzar la convicción de esta Sala de que las medidas extintivas adoptadas responden plenamente a la necesidad que invocan.

Hemos de convenir en la incidencia de criterios de todo tipo en el resultado final, que se ha presentado a una convalidación judicial que sólo puede y debe tener en cuenta criterios jurídicos.

La justificación del despido, aunque siga siendo compleja, sólo sería procedente si reacciona para corregir un desajuste en la plantilla provocado por una situación económica negativa de lo que se sigue que las medidas extintivas se justifican desde el momento que responde a esa necesidad de reducción (...).

175. En su comunicación de mayo de 2014, el Gobierno menciona que el Pleno del Tribunal Constitucional ha confirmado que en la reforma laboral de 2012 no se observa «ningún impedimento» ... «para que los trabajadores interpongan la correspondiente acción de despido ante los tribunales y obtengan una sentencia en que se declaren las consecuencias previstas previamente por el legislador en función de la calificación de la extinción»²¹.

Supresión de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante la declaración judicial de la improcedencia del despido

176. El Gobierno indica que conviene restablecer la situación respecto de lo afirmado por las dos confederaciones en su reclamo en relación con el artículo 10 del Convenio núm. 158 y la competencia del juez para determinar el importe de la indemnización, así como la opción entre indemnización y readmisión del trabajador. En cuanto a la reforma laboral de 2012, el Gobierno formula las siguientes dos consideraciones preliminares:

- 1) La indemnización queda fijada en virtud de la legislación nacional. La decisión sobre qué indemnización se considera adecuada, responderá a si concurren o no causa para proceder al despido objetivo, siendo, en ambos casos, la legislación nacional quien ha fijado la cuantía de las indemnizaciones y los parámetros de cuantificación de las mismas. El Gobierno indica que hasta el momento no se presentaron quejas judiciales como las que evocaron las dos confederaciones en su reclamación.
- 2) En cuanto a la decisión judicial de readmitir al trabajador, de conformidad con el artículo 10 del Convenio, se prevé la salvedad hecha de «en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible», por lo que no se considera conculcada en ningún caso dicha disposición.

177. El Gobierno indica que la reforma laboral de 2012 no ha modificado la situación anterior en la que también existía para el empresario la opción entre readmitir y el pago de indemnización — lo que tampoco dio a que se presenten por tal motivo quejas judiciales.

178. El Gobierno reconoce que la reforma laboral de 2012 elimina en el supuesto de que el empresario opte por la extinción del contrato con abono de la indemnización. El artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores establece en su redacción actualmente en vigor lo siguiente:

²¹ Auto núm. 43/2014, de 12 de febrero de 2014.

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

4. Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

179. A la vista de lo establecido en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, el Gobierno sostiene que es indudable que la reforma laboral de 2012 ha optado por suprimir la obligación de abono de salarios de tramitación para los supuestos de despido declarado improcedente, en los que el empresario opta por la extinción del contrato de trabajo y el abono de la indemnización legalmente prevista, excepto en el supuesto de despido de representantes de los trabajadores.

180. El Gobierno explica que esta situación **no es una novedad** en el ordenamiento laboral español. Como lo recuerdan las dos confederaciones reclamantes, la eliminación de los salarios de tramitación para el mismo supuesto se recogía ya en la modificación introducida al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores por el Real decreto-ley núm. 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que establecía también que el abono de la indemnización determinaría la extinción del contrato de trabajo, entendiéndose esta producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. El Gobierno reconoce que dicha redacción sólo estuvo vigente durante pocos meses. En efecto, al aprobarse la Ley núm. 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad; quedó derogado el Real decreto-ley núm. 5/2002, y se reintrodujo la obligación de abono de salarios de tramitación también para el supuesto de que se optase por la extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización, si bien introduciendo una posibilidad que hizo que tal obligación prácticamente desapareciese, ya que la empresa quedaba exonerada de la misma sólo con proceder al reconocimiento de la improcedencia del despido y al depósito de la indemnización correspondiente en las 48 horas siguientes al despido, posibilidad que llegó a ser conocida como «despido exprés» y que ha desaparecido tras la reforma laboral de 2012.

181. El Gobierno recuerda que el Real decreto-ley núm. 5/2002, de 24 de mayo, habiendo sido ya derogado por la ley núm. 45/2002, fue declarado inconstitucional y nulo por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 68/2007 (Pleno), de 28 de marzo. El Gobierno explica que tal declaración de inconstitucionalidad respondió al incumplimiento de los presupuestos constitucionales exigidos para las normas como un Real decreto-ley por el artículo 86, párrafo 1, de la Constitución Española. En efecto, el Tribunal Constitucional entendió que no había quedado acreditada la concurrencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad», sin entrar a examinar el contenido de la norma.

182. El Gobierno considera que la modificación respecto de los salarios de tramitación introducida por la reforma laboral de 2012 es absolutamente respetuosa con lo establecido en el artículo 10 del Convenio núm. 158. En primer lugar, la cuestión planteada por las dos confederaciones se limita al supuesto de las extinciones de contratos declaradas improcedentes, sin que afecte a los supuestos en que dichas extinciones son declaradas nulas. El Gobierno indica que, conforme al ordenamiento laboral español vigente, esto último sucede en toda una larga serie de supuestos que el legislador ha considerado como merecedores de especial protección, como serían, por ejemplo, las decisiones extintivas que supongan discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, las que sean motivadas por el embarazo o la maternidad o el disfrute de derechos conexos, así como, para los despidos colectivos, los supuestos en que concurra fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o incumplimiento por la empresa de su obligación de realizar período de consultas y de informar adecuadamente a los representantes legales de los trabajadores. En todos estos supuestos, el Gobierno sostiene que **la sentencia que declare la nulidad condena automáticamente a la readmisión, con abono de salarios de tramitación**, según se establece en el artículo 55, 6), del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, el Gobierno aclara que en tales casos, no es que haya preferencia por la readmisión, sino que la readmisión es obligatoria para la empresa.
183. En cuanto al supuesto de un despido improcedente, en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, el Gobierno indica que las dos confederaciones sindicales parten en su razonamiento de una **premisa errónea al considerar que los dos supuestos** (que se opte por la readmisión o que se opte por la extinción del contrato con abono de la indemnización legalmente prevista) **son iguales y deben ser tratados de forma igual, esto es, con abono en ambos casos de salarios de tramitación**. El Gobierno recuerda que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias en el sentido de considerar como diferentes las dos posibilidades planteadas. Una de ellas es la sentencia núm. 122/2008 del Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, de 20 de octubre de 2008, dictada en demanda de amparo, que aducía la inconstitucionalidad de la modificación introducida por el Real decreto-ley núm. 5/2002 en la regulación legal de los salarios de tramitación, que era similar en esta materia a la regulación actualmente en vigor. En particular, se adujo en la demanda que se habían vulnerado los derechos fundamentales subyacentes en la disposición reformada alegando que tal vulneración radica en el hecho de que sólo en el caso de opción del empresario por la readmisión del trabajador o cuando el despido haya sido declarado nulo, tenga éste derecho a la percepción de los denominados «salarios de tramitación», y no cuando el empresario haya optado por la extinción indemnizada del contrato, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma legal de 2002. En dicha sentencia se dijo lo siguiente:

(...) Aduce en primer lugar el demandante de amparo que la regulación contenida en el artículo 2.3 del Real decreto-ley núm. 5/2002 vulnera el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE), al establecer una desigualdad de tratamiento entre trabajadores que se encuentran en idéntica situación — trabajadores despedidos por motivos disciplinarios cuyo despido ha sido declarado injustificado por el órgano judicial — en función de que el despido haya sido declarado nulo o improcedente, así como, en el caso de la improcedencia, en función de que el empresario haya optado por la readmisión del despido o por la extinción indemnizada de su contrato, toda vez que, mientras que en los casos del despido nulo y del improcedente con readmisión de los trabajadores mantienen el derecho a la percepción de los denominados «salarios de tramitación», que les reconocía la legislación precedente, en el del despido improcedente con extinción indemnizada del contrato se ha suprimido dicho derecho, resultando esta diferencia de tratamiento injustificada y arbitraria, dado que la readmisión y la indemnización han de ser opciones equivalentes y el perjuicio sufrido por el trabajador es en todos los casos el mismo. Con ello lo que la ley hace en realidad es abaratar el despido y favorecer la opción empresarial a favor de la extinción indemnizada del contrato (...).

(...) Estos supuestos de hecho parten de una idéntica situación de origen. Se trata en ambos casos de trabajadores despedidos disciplinariamente, cuyo despido es declarado nulo o improcedente en vía judicial o reconocido como tal en acto de conciliación. A partir de dicha

declaración o reconocimiento el empresario estará obligado, en el caso del despido nulo, a readmitir al trabajador, mientras que en el caso del despido improcedente tendrá derecho a optar — a salvo de determinados supuestos en los que la opción corresponde al trabajador y que no afectan al objeto de la presente demanda de amparo — entre la readmisión del trabajador y la extinción del contrato mediante el abono de una indemnización, extinción que — señala la ley — se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. En el caso de readmisión — ya se trate de un despido declarado nulo como de un despido improcedente en el que se haya optado por ésta — el empresario deberá abonar al trabajador los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia. A partir de ello, por tanto, la situación de los trabajadores, que era idéntica en su origen, se desdobra en dos supuestos de hecho plenamente diferenciados: en uno, el trabajador es readmitido en la empresa, quedando sin efecto el despido. Y es respecto de dicha situación donde opera la diferencia de trato establecida por el legislador, al reconocer exclusivamente al primero y no al segundo el derecho al cobro de «los salarios dejados de percibir» desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia.

Como se deduce sin dificultad de lo señalado, las situaciones traídas a comparación no son, en modo alguno, homogéneas sino, antes al contrario, radicalmente diferentes. En uno de los casos se mantiene en vigor la relación laboral entre empresa y trabajador, entendiéndose, a partir de la declaración de improcedencia del despido y de la opción por la readmisión o, en su caso, de la declaración de nulidad, que dicha relación se ha mantenido igualmente en vigor, sin solución de continuidad, entre las fechas del despido y la readmisión. En el segundo de los casos la relación laboral ha quedado definitivamente extinguida desde la fecha del despido (...).

(...) **Condicionar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación a la vigencia de la relación laboral**, reconociendo dicho derecho al trabajador que, por causa de la readmisión, debe entenderse que ha mantenido en todo momento en vigor su relación laboral con la empresa, pese a no haber prestado servicios efectivos por causa a él no imputable, mientras que no se le reconoce a aquel cuyo contrato de trabajo ha quedado definitivamente extinguido en la fecha del despido, **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**, y ello con independencia de la concepción que se mantenga sobre la naturaleza jurídica, salarial o indemnizatoria, de los «salarios de tramitación», cuestión tradicionalmente polémica, doctrinal y jurisprudencialmente, que, en todo caso, resulta ajena al ámbito de esta jurisdicción constitucional de amparo (...).

(...) En definitiva el elemento determinante de la regulación analizada lo constituye la consideración de que el contrato de trabajo ha quedado plenamente extinguido en la fecha del despido, salvo que se declare su nulidad o el empresario opte posteriormente por la readmisión; de manera que la impugnación del despido permitirá determinar su procedencia o improcedencia (o, en su caso, su nulidad), con las consecuencias que de ello hayan de derivarse tras el ejercicio del derecho empresarial de opción, ya sea la indemnización o la readmisión, pero sin alterar en el primero de los casos la fecha de efectos del despido.

Y es lo cierto que esta decisión de considerar plenamente extinguido el contrato de trabajo en la fecha del despido, no obstante su impugnación, cuando el empresario no haya optado por la readmisión, no puede entenderse tampoco vulneradora del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE), pues 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 (...).

184. El Gobierno indica que el Tribunal Constitucional se pronunció en similares términos en sus sentencias núms. 84/2008, de 21 de julio y 85/2009, de 18 de febrero.
185. El Gobierno sugiere que las dos confederaciones han hecho una lectura inadecuada del artículo 10 del Convenio núm. 158, ya que en dicho artículo no aparece ninguna referencia concreta a los salarios de tramitación o concepto similar. Además de que la preferencia por la readmisión, que literalmente podría derivarse del artículo 10 del Convenio, no impide que la legislación nacional haya previsto soluciones alternativas. El

texto del artículo 10 del Convenio no deja lugar a dudas respecto al hecho de que **los órganos que controlan los despidos** — los jueces en el caso de España — **pueden o no estar facultados por la legislación interna para imponer la readmisión**. Lo único que es obligatorio es que, en caso de no estarlo o no resultar posible, deben tener la posibilidad de imponer el pago de una indemnización.

186. El Gobierno se remite a las explicaciones del párrafo 222 del Estudio General de 1995, donde la Comisión de Expertos menciona por única vez a los salarios de tramitación en relación con el supuesto de readmisión, y donde se dice textualmente:

Cuando se ordena la readmisión, el trabajador generalmente tiene derecho a cobrar la remuneración que habría percibido entre la fecha de la terminación y la fecha de la decisión, o de la readmisión efectiva. Algunas veces, se deduce de esta suma una cantidad equivalente a los salarios percibidos por el trabajador durante ese intervalo de tiempo si pudo encontrar otro empleo. Los organismos competentes también suelen prever que la relación de empleo se considere como no interrumpida, lo cual permite al trabajador interesado conservar sus derechos adquiridos, tales como los derechos de pensión y las ventajas resultantes de los períodos mínimos de empleo necesarios para diversos fines (...).

187. El Gobierno también reconoce que, tal como indican las dos confederaciones, en el párrafo 219 del Estudio General de 1995, la Comisión de Expertos explica que: «El artículo 10, tal como está redactado, da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada». El Gobierno indica que el mismo párrafo del Estudio General de 1995 añade que: «sigue manteniéndose flexible ya que prevé otras vías de reparación en función de los poderes del organismo neutral y de la aplicabilidad en la práctica de una decisión que anulase la terminación y propusiera la readmisión».

188. El Gobierno insiste en que, luego de la reforma laboral de 2012, el Estatuto de los Trabajadores establece para el supuesto de despido improcedente — si no se opta por la readmisión — una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Por ende, **en el ordenamiento español vigente sí está prevista «el pago de una indemnización adecuada»** al trabajador en los supuestos en que la terminación de la relación de trabajo sea injustificada. El Gobierno recuerda que, pese a que la reforma laboral de 2012 ha disminuido la cuantía de la referida indemnización, ésta continúa siendo superior a la establecida en el ordenamiento de países del entorno de España.

189. Además, el Gobierno indica que la **preferencia por la anulación de la terminación y la readmisión del trabajador**, prevista en el artículo 10 del Convenio, se recoge en el ordenamiento jurídico español, ya que:

- en los supuestos de terminación de la relación de trabajo que sean declarados nulos, procede obligatoriamente la readmisión del trabajador;
- en supuestos de terminación de la relación de trabajo que sean declarados improcedentes y afecten a representantes legales de los trabajadores o a delegados sindicales, corresponde a éstos la opción entre readmisión o extinción del contrato con abono de indemnización, estableciendo expresamente la norma (artículo 56, párrafo 4, del Estatuto de los Trabajadores) que si no efectúa la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión;
- por último, cuando la opción corresponde al empresario, si este no la ejerce, se entiende que procede la readmisión (artículo 56, párrafo 3, del Estatuto de los Trabajadores).

- 190.** En contra de lo afirmado por las dos confederaciones, el Gobierno insiste en sus comunicaciones que los salarios de tramitación no son «una parte de la indemnización» en los supuestos de readmisión. El Gobierno recuerda que, en el supuesto de readmisión, el trabajador no tiene derecho a indemnización alguna, al contrario de lo que sucede en el supuesto de que se opte por la extinción del contrato. Además, dado que la readmisión tiene que realizarse en las mismas condiciones que regían antes de producirse la terminación injustificada de la relación laboral, es lógico que se reconozca en este caso al trabajador el derecho a percibir los salarios de tramitación, dado que se trata de llegar a un resultado equivalente al que hubiese existido de no haberse producido dicha terminación injustificada.
- 191.** El Gobierno indica en su comunicación de agosto de 2013 que el Real decreto-ley núm. 3/2012 modificó la redacción del número 4 del artículo 209 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), referente a la situación legal de desempleo en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, quedando redactado dicho número como sigue:
- En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación.
- 192.** El Gobierno recuerda que en el Preámbulo de la ley núm. 3/2012, se ha explicado que la supresión de los salarios de tramitación en los supuestos de despidos declarados improcedentes sin readmisión encuentra una de sus razones en el hecho de que el trabajador puede acceder a la prestación por desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Además, en el supuesto de que proceda el abono de salarios de tramitación, el empleador está obligado a dar de alta al trabajador y a cotizar en la Seguridad Social con efectos retroactivos (obligaciones que no se aplican respecto de la indemnización). La percepción de dichos salarios de tramitación es incompatible con la percepción de la prestación por desempleo (artículo 209, 6), de la LGSS).
- 193.** En síntesis, el Gobierno indica que la supresión de los salarios de tramitación en los supuestos de despido declarado improcedente (salvo que la persona despedida sea representante legal de los trabajadores o representante sindical, en cuyo caso procederá su abono con independencia de si se produce o no la readmisión), no supone el incumplimiento de las garantías exigidas por el Convenio núm. 158, toda vez que se mantiene un régimen de indemnizaciones para tales supuestos; régimen de indemnizaciones compatible con la situación legal de desempleo y el sistema de protección ante esta contingencia.
- 194.** En relación a las alegaciones de las dos confederaciones que señalan que la supresión de los salarios de tramitación es una forma de favorecer que el empresario se decante por resolver el contrato antes que por la readmisión, ya que la indemnización supone un coste inferior para el empresario, el Gobierno sugiere que tal afirmación general no se sostiene, ya que al pivotar sobre los costes que supone para el empleador una u otra opción, y estar determinados costes condicionados por varias variables (como, por ejemplo, la antigüedad del trabajador) habrá de estarse al supuesto concreto. Así, podrán darse casos en los cuales la cuantía de la indemnización exceda notoriamente de los costes salariales y de seguridad social que pueden suponer la readmisión y, al contrario, supuestos de despido declarado improcedente en los que la indemnización que haya de abonarse sea muy inferior a los costes que supone la readmisión, especialmente si es escasa la antigüedad del trabajador en la empresa.
- 195.** Por último, el Gobierno manifiesta que, económicamente, es completamente irracional que en caso de extinción de contrato de trabajadores de escasa antigüedad, estos

podrían percibir, si la normativa en la materia no hubiese sido modificada por la reforma laboral de 2012, un importe mayor en concepto de salarios de tramitación que en concepto de indemnización. No es razonable que en este supuesto el tiempo de duración del proceso haya de ser uno de los criterios para fijar el importe a abonar por la empresa, o por el Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores; una vez que transcurran 90 días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda. El Gobierno manifiesta que durante este período el trabajador despedido puede, si reúne los requisitos de cotización necesarios, acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva y goza también de libertad para buscar y ocupar otro empleo que, además, sólo tendría que abandonar — de estimarlo conveniente — en caso de que la empresa optara por la readmisión. En caso de optar el empresario por el abono de la indemnización, el trabajador podría percibir ésta y continuar trabajando en su nueva empresa.

Despido por absentismo

- 196.** El Gobierno manifiesta que la nueva redacción del apartado *d)* del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores no vulnera el contenido del artículo 6, párrafo 1, del Convenio núm. 158, precisamente por considerar como justa causa de despido las ausencias al trabajo motivadas por la enfermedad del trabajador o trabajadora derivada de contingencias comunes. El Gobierno sostiene que la reforma laboral de 2012 ha permitido elevar el grado de protección del trabajador, incluyendo como supuestos que quedan excluidos del cómputo las faltas de asistencia aquéllas que sin llegar a tener una duración de 20 días consecutivos obedezcan a tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave (concepto que deberá ser precisado mediante la legislación nacional o la jurisprudencia).
- 197.** El Gobierno recuerda e insiste en su comunicación de agosto de 2013 que la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores hecha por la ley núm. 8/1980, de 10 de marzo, contenía un artículo 52, *d)*, del siguiente tenor:

Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de 12 meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por ciento en los mismos períodos de tiempo.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, **ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos** (énfasis agregados por el Gobierno de España).

- 198.** El Gobierno subraya que la nueva redacción dada al artículo 52, *d)* del Estatuto de los Trabajadores por la ley núm. 3/2012, lejos de ampliar los supuestos de ausencia temporal que fundamentan el despido por causas objetivas, introduce dos tipos de ausencia temporal que no pueden computarse a tales efectos de extinción de la relación laboral, y que incrementan notoriamente la protección de los trabajadores. Estos dos nuevos supuestos son las ausencias derivadas de un tratamiento médico de cáncer y las debidas a enfermedad grave.
- 199.** El Gobierno recuerda que la reforma laboral de 2010, mediante la Ley núm. 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo; modificó el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y se estableció en el **2,5 por ciento el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo como criterio de referencia**. El Gobierno observa, en su comunicación de agosto de 2013, que la reforma laboral de 2010, si bien redujo el porcentaje del absentismo total de la plantilla

del centro de trabajo, no dio lugar a que las dos confederaciones presenten una reclamación por incumplimiento del Convenio núm. 158.

200. El Gobierno indica que al tramitarse la ley núm. 3/2012 se detectó la existencia de posibles problemas en la aplicación de esta norma y se introdujeron en la misma dos mejoras significativas: por un lado, para el supuesto de extinción del contrato por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, se añadió la exigencia de que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores debe alcanzar el 5 por ciento de las jornadas hábiles; por otro lado, a efectos del cómputo de las faltas de asistencia, se excluyeron las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.
201. El Gobierno destaca que hasta el Real decreto-ley núm. 3/2012, el absentismo justificado de un trabajador se ponía en relación con el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo, según superase o no el 5 por ciento en los mismos períodos de tiempo. A partir de 21 de septiembre de 2010, el 2,5 por ciento. En efecto, la ley núm. 35/2010 rebajó el porcentaje de referencia del total de la plantilla, lo que, no obstante no fue suficiente para evitar que en las plantillas de bajo absentismo se beneficiaban aquellos que en mayor medida incurrieran en faltas de asistencia aun justificadas. Esta situación explica que el despido basado en los índices de absentismo fue poco utilizado, más por el modo en que estaba descrita la causa, con el doble requisito individual y colectivo, que por la inexistencia de ausencias intermitentes, aun justificadas, al trabajo
202. El Gobierno indica que en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social sentencia núm. 4242/2012 de 7 de junio de 2012) hay un ejemplo de la situación anteriormente descrita. En un caso de rescisión contractual por faltas justificadas de asistencia al trabajo, la sentencia relata en los hechos probados que no hay precedente en la empresa de despido en base al artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores anterior al caso del demandante, salvo otro en otro centro de ... en las mismas fechas, y ello a pesar de que se trata de una de nuestras mayores empresas. El Gobierno se pregunta si quizás por ello las dos confederaciones consideran relevante que la ausencia del trabajador por razón de enfermedad pueda convertirse en justa causa para el cese en la relación laboral.
203. El Gobierno explica que el Real decreto-ley núm. 3/2012 suprimió la condición de que, junto a las ausencias del trabajador, hubiera de concurrir un cierto absentismo del total de la plantilla. Tras el debate parlamentario, la ley núm. 3/2012 retoma la filosofía de relacionar las faltas de asistencia justificadas de un trabajador en un momento dado con un período de referencia. Para que el riguroso cumplimiento de unos trabajadores no sea motivo de beneficio para otros que, aun justificadamente, faltan al trabajo, la magnitud con la que se pone en relación esas faltas está referida también a las propias faltas de asistencia del trabajador en cuestión. Efectivamente, la ley núm. 3/2012 toma en consideración como posible causa de despido objetivo **las faltas de asistencia del trabajador en un período corto** (dos meses seguidos o cuatro meses discontinuos) — o, como lo designan las dos confederaciones reclamantes, el absentismo individual de corta duración — **con las faltas que haya tenido ese mismo trabajador en un período más dilatado, el período de 12 meses anterior.**
204. El Gobierno reitera que las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad o accidente no laboral de duración inferior a 20 días o sin baja, acordada por los servicios sanitarios oficiales han sido computables como faltas de asistencia susceptibles de constituir causa de despido objetivo desde 1980. Ninguna de las causas de extinción de una relación laboral opera de manera automática. Ha de concurrir, por una parte, alguna de las causas

legalmente previstas, ya sea para un despido individual, disciplinario u objetivo o un despido colectivo, por otra, ha de concurrir también la conducta inequívoca del empresario que expresa su voluntad de poner fin a la relación laboral precisamente por esa causa.

205. El Gobierno sostiene que la situación anterior resulta compatible con las normas internacionales del trabajo: tanto con el artículo 6 del Convenio núm. 158, como con la situación que se había contemplado en la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119), la cual no contenía referencia a la cuestión de las ausencias al trabajo. Según manifiesta el Gobierno en su comunicación de agosto de 2013, ello significa que el Convenio permite establecer, por ejemplo a través de la legislación nacional, la modulación o concreción de límites de las ausencias temporales por motivo de enfermedad o lesión.
206. El Gobierno recuerda también las explicaciones del párrafo 137 del Estudio General de 1995 en relación con el artículo 6 del Convenio donde la Comisión de Expertos ha dicho que se permiten ciertas limitaciones las cuales pueden determinarse en función de los métodos de aplicación nacionales. El Gobierno manifiesta que en el Convenio no se definen las nociones de enfermedad o lesión. El Convenio tampoco define la noción de ausencia temporal. La propia noción de «temporal» implica que la protección podría limitarse a una ausencia de determinada duración. La Comisión de Expertos prosigue en el mismo párrafo 137 del Estudio General de 1995 diciendo: «En el Convenio no se definen tampoco las clases de limitaciones que se podrían prever; una de ellas, por ejemplo, podría guardar relación con las ausencias reiteradas por causas de enfermedad. Cabe destacar que la ruptura del contrato se produce como consecuencia de una interrupción del trabajo prolongada por motivo de enfermedad ... terminación que da derecho al cobro de las indemnizaciones por fin del servicio y otras prestaciones previstas, y no como una ruptura provocada por el trabajador.». El Gobierno reitera que según la Comisión de Expertos, el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales.
207. El Gobierno aclara que en el ordenamiento español, la ausencia temporal por enfermedad o accidente que se prolongue durante 20 días o más, acreditada por los servicios sanitarios oficiales, no constituye en ningún caso ausencia que pueda dar lugar a la extinción del contrato, conforme a la actual redacción del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores. Sí es causa de extinción, aunque no por la vía del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad permanente del trabajador, esto es, cuando la enfermedad o el accidente impiden al trabajador reincorporarse al trabajo de manera permanente, frente a la incapacidad temporal.
208. El Gobierno reitera que no hay oposición entre la noción de la ausencia temporal, que recoge el Estatuto de los Trabajadores, y las disposiciones del Convenio. Según el Gobierno, el texto de la reforma laboral de 2012 ha matizado la redacción incluyendo de manera expresa, aunque posiblemente no exhaustiva, tipos de ausencias que pueden ser breves e intermitentes, pero que no serán constitutivas de causa de despido objetivo, es decir que no se computarán como absentismo. El Gobierno explica que tal ha sido el tratamiento que han tenido las ausencias debidas a **riesgo durante el embarazo y la lactancia, las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, la paternidad, las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género acreditada, y las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.**
209. El Gobierno indica que sigue siendo causa de despido objetivo las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, causadas por enfermedad distinta a las antes citadas o accidente no laboral, cuando la baja no haya sido acordada por los servicios

sanitarios oficiales o aunque lo haya sido, si la duración es inferior a 20 días consecutivos, y las bajas alcanzan el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de 12 meses.

210. El Gobierno recuerda que las previsiones actuales sobre las ausencias temporales al trabajo utilizan el criterio de atemperar las habidas en un determinado período, con las que el mismo trabajador haya tenido en el período más amplio de un año. No obstante el tenor del precepto, la consideración de las ausencias en esos dos momentos es aplicable al 20 por ciento en dos meses continuos como al de 25 por ciento en cuatro discontinuos.

Recursos de inconstitucionalidad

211. En las comunicaciones de junio y agosto de 2013, el Gobierno de España hizo saber que existían puntos comunes entre lo reclamado por las dos confederaciones sobre aspectos de la reforma laboral de 2012 y un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional presentado por dos grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados. El Gobierno indica que, por providencia de 30 de octubre de 2012²², el Pleno del Tribunal Constitucional admitió el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012 de los Grupos Parlamentarios Socialista y la Izquierda Plural contra los artículos 4.3, 12.uno, 14.uno y dos, 18.tres y ocho, y 23.uno, disposición adicional tercera y disposición final cuarta.dos de la Ley núm. 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. Además, el Gobierno observó que estaba pendiente otro recurso de inconstitucionalidad núm. 5603-2012²³, promovido por el Parlamento de Navarra, admitido a trámite en igual fecha que el anterior, contra los artículos 4 y 14.uno y tres, y, por conexión, el artículo 14.dos y disposición adicional quinta de la mencionada ley núm. 3/2012.
212. El Gobierno manifiesta que algunos de los puntos incluidos en ambos recursos de inconstitucionalidad tienen similitud con la reclamación presentada por las dos confederaciones en relación con el Convenio núm. 158. El Gobierno ha seguido el orden del articulado de la ley núm. 3/2012, y anotado las cuestiones alegadas en el recurso de inconstitucionalidad, indicando si se ha hecho o no similar alegación en la reclamación sobre el Convenio núm. 158:

- Inconstitucionalidad del artículo 4, 3), de la ley núm. 3/2012 por vulneración de los artículos 35, 1), 37, 1) y 24, 1) de la Constitución Española. La previsión de este artículo, en virtud de la cual el CAE debe incorporar un período de prueba «de un año en todo caso», vulneraría, según se dice en el recurso de inconstitucionalidad, tres preceptos constitucionales: el derecho al trabajo (artículo 35, 1), CE, interpretado a la luz de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España ex artículo 10, 2), CE); el derecho a la negociación colectiva (artículo 37, 1), CE); y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24, 1), CE). El Gobierno indica que el artículo 4, 3), de la ley núm. 3/2012 que regula el CAE, está incluido en la reclamación en cuanto al período de prueba de un año que es considerado, según las dos confederaciones, como asimilado a un despido libre, opuesto al Convenio núm. 158.

²² *Boletín Oficial del Estado*, 9 de noviembre de 2012, sección I, pág. 78332.

²³ *Boletín Oficial del Estado*, 9 de noviembre de 2012, sección I, pág. 78331.

- Inconstitucionalidad del artículo 18, 3), de la ley núm. 3/2012 por vulneración de los artículos 35, 1) y 24, 1), de la Constitución Española, al modificar el artículo 51, 1), del Estatuto de los Trabajadores — y por extensión el artículo 52, c), del mismo — en diversos aspectos. En concreto, se cuestiona en el recurso de inconstitucionalidad los nuevos términos en los que se definen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican el recurso a las modalidades extintivas colectiva y objetiva reguladas, respectivamente, en los citados preceptos. Se afirma que con el nuevo tenor se prescinde de la causalidad del despido por motivos empresariales. Y, como efecto derivado, se impide el control judicial de esa causalidad del despido. El Gobierno indica que, en términos similares, las dos confederaciones han afirmado en su reclamación que la nueva regulación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conlleva que los trabajadores puedan ser despedidos sin causa de suficiente entidad y proporcionalidad y sin verdadero control judicial, lo cual sería contrario al Convenio núm. 158. Asimismo, es objeto de la reclamación la inclusión como causa de despido objetivo de las faltas de asistencia al trabajo motivadas por enfermedad o lesión, aun debidamente justificadas.
 - Inconstitucionalidad de los artículos 18, 8), y 23 de la ley núm. 3/2012 que modifican el artículo 56, 2), del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 110, 1), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respectivamente, relativos a los efectos del despido declarado improcedente. En particular, el aspecto objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional es la previsión que para este tipo de supuestos establece que si el empresario opta por la readmisión del trabajador éste tendrá derecho a los salarios de tramitación, mientras que tal derecho no se reconoce cuando el empresario se decanta por el abono de la indemnización. En el recurso de inconstitucionalidad se consideran vulnerados los artículos 35, 1), y 14 de la Constitución Española. El Gobierno indica que la supresión de salarios de tramitación es motivo igualmente de la reclamación como contraria al Convenio núm. 158.
- 213.** El Gobierno manifiesta que el artículo 10, 2), de la Constitución Española, fija como criterio hermenéutico que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Por otra parte, las sentencias del Tribunal Constitucional y las de los órganos jurisdiccionales creados en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales (por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), sirven como sentencias de contraste en recursos de casación. Los efectos de la sentencia quedan limitados a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados²⁴.
- 214.** El Gobierno se remite, en sus comunicaciones de agosto de 2013 y de mayo de 2014, a lo expuesto en el punto 29 del documento relativo a los «Procedimientos especiales de la OIT para el examen de las quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical», en el cual se dice lo siguiente: «Cuando un caso se encuentra en instancia ante una jurisdicción nacional independiente cuyo procedimiento ofrece garantías apropiadas, y considera que la decisión a tomar puede aportar elementos adicionales de información, el Comité aplaza durante un período de tiempo razonable el examen del caso en espera de poder contar con dicha decisión, siempre y cuando el aplazamiento no sea susceptible de acarrear perjuicios a la parte que alegaba que se habían infringido sus derechos».

²⁴ El Gobierno ilustra la aplicación del citado criterio hermenéutico mediante la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 236/2007.

Impacto de la reforma laboral de 2012

215. En su comunicación de agosto de 2013, el Gobierno declara que la reforma laboral de 2012 impulsa un cambio profundo en la cultura del empleo. Se trata de avanzar hacia la flexiseguridad, consiguiendo un nuevo equilibrio entre la protección de los trabajadores y un funcionamiento flexible del mercado de trabajo que ofrezca más y mejores oportunidades de empleo. En particular, para afrontar la dualidad del mercado de trabajo, la reforma no actúa únicamente en una dirección, interviniendo sólo sobre la contratación, sino que arbitra un amplio conjunto de medidas, que apuntan al origen del problema: la rigidez de las condiciones laborales y las divergencias en los costes de extinción de contratos, dependiendo de si son o no indefinidos. En este marco, el Gobierno recuerda que la reforma laboral de 2012 incorporó una nueva modalidad contractual que favorece la contratación estable, el CAE, y recupera la prohibición de encadenar contratos temporales más allá de los dos años. Además, la reforma laboral impulsa la flexibilidad interna, racionaliza y clarifica el régimen de uso del despido objetivo y favorece una negociación colectiva más dinámica y cercana a las necesidades de cada centro de trabajo. Es decir, la lucha contra la dualidad se aborda de forma sistemática.

216. El Gobierno indica que son seis los principales resultados de la reforma laboral de 2012:

- 1) **Por primera vez durante la crisis, un mayor deterioro del producto interno bruto (PIB), no se ha traducido en una aceleración del ritmo de destrucción de empleo.** Los datos de empleo asalariado privado muestran, según el Gobierno, que por primera vez durante la crisis, una aceleración de la contracción económica no se ha traducido en una intensificación del ritmo de destrucción de empleo que, de hecho, se está moderando. En el período del primer trimestre (IT) IT2012-IT2013 frente al período IT2011-IT2012, la destrucción de empleo asalariado privado en el período ha pasado del 5,26 por ciento del total de asalariados al 4,78 por ciento, a pesar de la mayor contracción de la actividad económica. La moderación de la caída se ha concentrado en el empleo indefinido: cae a un -3,2 por ciento en lugar del -4,2 por ciento.
- 2) **En ausencia de reforma laboral, se habría destruido más empleo.** El análisis del Ministerio de Economía y Competitividad estima que la reforma habría contribuido a evitar la destrucción de 225 800 empleos en el año anterior a su puesta en marcha. A pesar de la más intensa contracción económica en 2012, y del impacto del proceso de consolidación fiscal y de la crisis financiera sobre el empleo, la destrucción de empleo en el sector privado, en los 12 meses posteriores a la reforma laboral, ha sido significativamente menor que en los 12 anteriores.
- 3) **La evolución del empleo autónomo ha sido más favorable tras la reforma laboral, frente a su intensa caída al principio de la crisis.** Entre el IT2008 y el IT2012 se destruyeron casi 560 000 empleos autónomos, el 16 por ciento. La evolución en los cuatro trimestres posteriores a la reforma laboral ha sido más positiva que la de los cuatro trimestres anteriores, a pesar de la peor coyuntura económica. En el primer semestre de 2013, se ha producido un incremento de casi 23 000 afiliaciones de trabajadores autónomos, un dato mucho más positivo que el del resto de años de crisis.
- 4) **La evolución reciente del mercado de trabajo ha contribuido de manera notable a la mejora de la competitividad de los productos españoles.** En el último trimestre de 2012 se ha producido la mayor caída de los costes laborales unitarios (CLU) de la crisis (-5,9 por ciento) y se ha intensificado la recuperación de la competitividad perdida. Con los avances desde la aprobación de la reforma, el nivel de los CLU es ya

menor que en 2007 y la evolución desde 2005 es más favorable que la de Alemania, Francia o Italia, además de la media de la zona euro.

- 5) **La economía española creará empleo a partir de menores tasas de crecimiento del PIB.** En una primera aproximación, el Ministerio de Economía y Competitividad estima que la economía española será capaz de generar empleo a partir de una tasa de crecimiento de entre 1 y 1,2 por ciento, un nivel significativamente más reducido que antes de la reforma, por encima del 2 por ciento.
- 6) **El incremento de la tasa de paro se ha moderado desde la reforma laboral.** La tasa de crecimiento interanual del número de desempleados, que alcanzó casi el 18 por ciento en el primer período tras la reforma laboral (segundo trimestre IIT2012), se ha moderado, y ya se sitúa en el 5 por ciento (IIT2013).

217. El Gobierno también resalta que se alcanzaron los objetivos específicos de la reforma laboral: 1/ favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa real a la destrucción de empleo, 2/ modernizar la negociación colectiva para acercarla a las necesidades específicas empresas y trabajadores y fomentar el diálogo permanente en el seno de la empresa, 3/mejorar la empleabilidad de los trabajadores a través de la formación y la eficacia de la intermediación laboral, 4/ fomentar la creación de empleo estable y de calidad y reducir la dualidad laboral; 5/ combatir el absentismo laboral injustificado.

Conclusiones del Comité

Contexto de la reforma laboral de 2012

- 218.** El Comité observa que la crisis económica y la desocupación que afectan a todas las categorías de la población y en particular a los jóvenes, y la globalización que obliga a las empresas a ser competitivas, han llevado a la mayoría de los Estados Miembros de la OIT a revisar las reglas del trabajo. Los gobiernos a menudo modificaron la legislación del mercado del trabajo y algunas otras reformas se concretizaron mediante la negociación colectiva que condujeron a lograr una mayor flexibilidad particularmente en caso de despido, y a disminuir las cargas para las empresas.
- 219.** El Comité comprueba que se ha abierto un gran debate entre quienes consideran que el derecho del trabajo debe evolucionar frente a la crisis y la desocupación y aquellos que consideran que, por el contrario, se debe distinguir entre las causas de dichos fenómenos graves y la búsqueda de soluciones. Algunos piensan que evocar la crisis económica y financiera no es sino un mero stratagema para redimensionar las relaciones de fuerza dentro de la empresa.
- 220.** El Comité observa que cualquiera que sea la tesis más cercana a la realidad, la protección que ofrecen los instrumentos internacionales cobró mucha más importancia. Los convenios de la OIT permiten que se eviten aquellas iniciativas cada vez más frecuentes tendientes a reducir la protección de los trabajadores. En efecto, los convenios internacionales del trabajo son normas mínimas, aceptadas a nivel internacional, que protegen los derechos fundamentales de los trabajadores. El Comité observa que, si bien las funciones básicas de las normas internacionales del trabajo siguen siendo las mismas, sus disposiciones deben ser aplicadas a la luz de distintos contextos históricos y ciclos económicos.
- 221.** En el presente caso, el Comité ha examinado, a solicitud de las dos confederaciones españolas (CC.OO. y UGT), si la reforma del mercado del trabajo adoptada en España en 2012, en lo que respecta al despido, debido a la muy grave situación de la desocupación y

con el objetivo de enfrentarla, resulta compatible con los principios contenidos en el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158).

- 222.** Las dos confederaciones señalan que desde el inicio de la crisis económica, y en particular mediante la reforma laboral de 2010, se fueron ampliando los supuestos que permiten al empleador despedir precedentemente con arreglo a causas económicas y similares. Las tendencias negativas que ya aparecieron en la reforma laboral de 2010 se desarrollaron al máximo en la reforma legislativa de 2012 en clara transgresión al modelo de despido fijado en la Constitución española, y en oposición directa a las disposiciones del Convenio núm. 158. Las dos confederaciones recuerdan que los instrumentos adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo (Convenio núm. 158 y Recomendación núm. 166) han buscado reforzar las garantías a los trabajadores frente al despido, protegiéndoles contra la terminación arbitraria e injustificada de la relación de trabajo por el empleador y contra las dificultades económicas y sociales que entraña la pérdida del empleo, fomentando la seguridad en el empleo, que constituye un aspecto esencial del derecho al trabajo. Las dos confederaciones se remiten al Estudio General de 1995, donde la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones indicó que la causa justificada constituía la piedra angular del Convenio ²⁵.
- 223.** Las dos confederaciones recuerdan que los objetivos de la reforma laboral de 2012 fueron «establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país». Con la finalidad de lograr el objetivo de la flexiseguridad, el Gobierno afirmó que las medidas adoptadas por la reforma laboral de 2012 pretendían fomentar la empleabilidad de los trabajadores, la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por las PYME y de jóvenes, incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo. Las dos confederaciones presentan los datos publicados para el primer trimestre de 2013 de la Encuesta de Población Activa (EPA), y manifiestan que el número de parados continúa incrementándose trimestre tras trimestre, creciendo el 10 por ciento desde el inicio de 2012 hasta el inicio de 2013. La tasa de paro alcanzó una cifra récord, al superar al 27 por ciento de la población activa. La reforma laboral de 2012 no creó empleo ni frenó su destrucción. De acuerdo con la Memoria Socioeconómica y Laboral de España del año 2012, publicada por el Consejo Económico y Social del Estado, la reforma laboral de 2012 consiguió incrementar el paro, facilitar el despido individual y colectivo, empeorar las condiciones de trabajo del conjunto de los empleados, aumentar la conflictividad laboral y la judicialización de las relaciones laborales ²⁶.
- 224.** El Gobierno sostiene que la crisis que sufría España en 2012 puso de relieve un comportamiento altamente estacional del empleo con el ciclo económico. Desde el inicio de la crisis, y a diferencia de lo que había sucedido en otros países europeos, las empresas españolas recurrieron masivamente al despido en lugar de utilizar en mayor proporción las medidas de flexibilidad interna. La opción por el despido responde a las

²⁵ OIT: *Protección contra el despido injustificado*, Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995, párrafo 76.

²⁶ Véase el capítulo II de la Memoria Socioeconómica y Laboral de España del año 2012 aprobada por el Consejo Económico y Social del Estado del Reino de España en su sesión plenaria del día 29 de mayo de 2013. Dicho capítulo se dedica al «Mercado de Trabajo, Políticas de Empleo y Relaciones Laborales».

debilidades del mercado de trabajo español caracterizado por una menor inversión en formación y más posibilidades de despedir determinadas categorías de trabajadores. El marco jurídico español no favorece mecanismos de flexibilidad interna y de negociación colectiva que permitan un mayor margen a que las empresas adapten las condiciones de trabajo a los cambios de escenario económico y productivo. El Gobierno observa que existe un amplio grupo de trabajadores con contratos temporales que no se benefician de la misma protección frente al despido y que constituyen el principal mecanismo de ajuste de las empresas. Los primeros trabajadores a los cuales no se les renueva los contratos son aquellos con contratos temporales, además de que muy probablemente sean también los jóvenes trabajadores los primeros trabajadores con contrato indefinido a quienes se les despide.

225. El Gobierno sostiene que han sido seis los principales resultados de la reforma laboral de 2012: 1) por primera vez desde que comenzó la crisis, un mayor deterioro del producto interno bruto (PIB), no se ha traducido en una aceleración del ritmo de destrucción de empleo; 2) sin la reforma laboral de 2012, se habría destruido más empleo; 3) la evolución del empleo autónomo ha sido más favorable tras la reforma laboral, frente a su intensa caída al principio de la crisis; 4) la evolución reciente del mercado de trabajo ha contribuido de manera notable a la mejora de la competitividad de los productos españoles; 5) la economía española creará empleo a partir de menores tasas de crecimiento del PIB; 6) el incremento de la tasa de paro se ha moderado desde la reforma laboral.

226. *El Comité toma nota de la importancia que tienen las normas internacionales del trabajo en España lo que se manifiesta particularmente por la ratificación de un número muy importante de convenios internacionales del trabajo (84 convenios se encuentran en vigencia). Como se desprende de la discusión tripartita que tuvo lugar en junio de 2013 en la Conferencia Internacional del Trabajo en relación con el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), desde que comenzó la recesión económica en 2008, y ante los obstáculos para superar la crisis de la deuda en la zona euro, se observaron serios desafíos para la aplicación de algunos convenios²⁷. Asimismo, el Comité de Libertad Sindical, al examinar el caso núm. 2947, tomó debida nota de la necesidad de reaccionar urgentemente ante una crisis económica muy grave y complicada y de afrontar el problema de la grave situación de desempleo (con las cifras más altas de la Unión Europea)²⁸. Al igual que la Comisión de la Conferencia y el Comité de Libertad Sindical, el Comité subraya la importancia de reglas compartidas por los interlocutores sociales en materias importantes relativas a las relaciones profesionales e invita por tanto al Gobierno a aumentar sus esfuerzos para reforzar el diálogo social y, en consulta con los interlocutores sociales, encontrar soluciones a las dificultades económicas que sean conformes con el Convenio núm. 158.*

Fijación de un período de prueba de un año en el contrato de trabajo de «apoyo a los emprendedores»

227. Las dos confederaciones sostienen que el período de prueba de un año de la modalidad de contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (CAE) establecido en el

²⁷ Conferencia Internacional del Trabajo, *Actas Provisionales* núm. 16-2 (Rev.), páginas Parte II/117-Parte II/124, 102.ª reunión, Ginebra, junio de 2013.

²⁸ Párrafo 462 del 371.º informe del Comité de Libertad Sindical, marzo de 2014.

párrafo 3, del artículo 4, de la ley núm. 3/2012 de 6 de julio, no reúne, debido a la falta de razonabilidad de su duración, los requisitos exigidos para poder ser una exclusión admitida por el artículo 2, párrafo 2, b), del Convenio núm. 158. La disposición nacional incriminada dice así:

El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo núm. 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

- 228.** Las dos confederaciones sostienen que la exigencia de razonabilidad de la duración del período de prueba es fundamental para el ordenamiento jurídico español. Para determinar qué se entiende por razonable se debe atender a los criterios que se encuentran en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacionales. El artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores que regula el período de prueba establece una duración máxima, vinculada a la formación del trabajador que suscribe un pacto de prueba, de *seis meses* para los técnicos titulados y de *dos meses* para los demás trabajadores. Las dos confederaciones sostienen que el CAE se aleja de los criterios y principios establecidos en el ordenamiento jurídico español ya que la duración de *un año* del período de prueba no se vincula ni directa ni indirectamente a la cualificación y formación profesional del trabajador, ni a la experiencia que haya adquirido a lo largo de su trayectoria profesional, ni a la mayor o menor responsabilidad exigible al puesto de trabajo, ni al grado de dificultad en el desempeño de las funciones pactadas.
- 229.** Las dos confederaciones insisten en que en el artículo 4, párrafo 3, de la ley núm. 3/2012 se dice «en todo caso» con lo cual no hay un espacio para adaptar el período de prueba a la situación particular de cada trabajador. Las dos confederaciones sostienen que períodos de prueba tan prolongados amparan o pueden estar amparando situaciones que se asemejan a las de los contratos temporales pero sin la regulación y garantías establecidas para dichos contratos.
- 230.** Las dos confederaciones manifiestan estar de acuerdo con las conclusiones del Comité tripartito que examinó la reclamación sobre el contrato francés «nuevas contrataciones» (CNE), donde se expresaron dudas sobre la razonabilidad de la duración de un período de prueba de hasta dos años previsto en dicha modalidad contractual²⁹. El CNE permitía eludir la aplicación de algunas protecciones previstas en el Código del Trabajo en caso de despido, individual o colectivo, en el período de dos años transcurrido desde la celebración de un CNE.
- 231.** Las dos confederaciones indican que el período de prueba que reconoce el ordenamiento jurídico español está pensado para que el empresario, en los momentos iniciales del contrato de trabajo, pueda comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado. El Tribunal Supremo abordó en al menos dos ocasiones la cuestión de un período de prueba de duración más prolongada que los seis meses establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y subrayó que el período de prueba no tiene

²⁹ Documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007, informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la *Confédération générale du travail Force ouvrière*.

otra finalidad que la de posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido³⁰.

- 232.** Las dos confederaciones se niegan a considerar que el CAE se justifique como una medida de política de empleo. El hecho de vincular el CAE a la política de empleo no justifica que se vulneren los derechos de los trabajadores en materia de terminación de contrato de trabajo, y que la consecución de determinados objetivos macroeconómicos no justifica la supresión de los derechos laborales. Las disposiciones vinculatorias de derecho internacional consagradas en el Convenio quedarían relegadas a ser meras indicaciones subordinadas de política económica, si se admiten excepciones como las del CAE.
- 233.** El Gobierno destaca el hecho que el Convenio no define el concepto de duración razonable e indica que corresponde a cada país determinar los períodos que se consideran razonables. El Gobierno explica que el término «razonabilidad» al que hace referencia el Convenio constituye un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de concreción vía la legislación nacional para el supuesto exclusivo de la celebración del CAE, entendiéndose que deberán ser los tribunales nacionales quienes determinen la existencia o no para cada supuesto concreto de una vulneración del Convenio al respecto.
- 234.** El Gobierno también se remite al informe del Comité tripartito que examinó la reclamación del CNE quien concluyó que no se podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que seis meses para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, aunque no estaba en condiciones de concluir, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno francés para determinar esa duración, que un período de hasta dos años sea razonable. El Gobierno resalta la importancia de este razonamiento del Comité tripartito y hace hincapié en que, a su entender, no puede decirse que el establecimiento de un período de prueba superior a seis meses sea contrario al Convenio³¹.
- 235.** El Gobierno sostiene que conviene matizar la importancia relativa de las decisiones del Tribunal Supremo evocadas por las dos confederaciones ya que ofrecen una visión limitada de la finalidad del período de prueba. El Gobierno también recuerda que el Convenio núm. 158 ofrece flexibilidad para su aplicación, en particular en relación con el artículo 2, b), del Convenio, en el sentido de lo que se observa en *el Documento final de la Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166, adoptado por los expertos gubernamentales y los expertos trabajadores*³².

³⁰ Las dos confederaciones se remiten a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 2007, en el recurso núm. 4341/2006, en la que se consideró que «no parece razonable admitir que el empresario necesita de un período de prueba tan largo [dos años] para advertir la capacitación de una actividad de estas características» (la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica). La sentencia del mismo tribunal de fecha 20 de julio de 2011, en el recurso núm. 152/2010, se remitió a la decisión anterior y confirmó el razonamiento al decir que si la demandante fue contratada como promotora de ventas, consistiendo su trabajo en la venta de «páginas amarillas y otros productos» ... «el sometimiento al período de prueba de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido».

³¹ Párrafos 70 y 71 del documento GB.300/20/6, noviembre de 2007.

³² Párrafo 127 del documento TMEE/C.158-R.166/2011/2, Informe final, Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación correspondiente (núm. 166) (Ginebra, 18-21 de abril de 2011).

- 236.** El Gobierno insiste en que el período de prueba del CAE cumple funcionalidades más amplias ya que no sólo tiene por finalidad el conocimiento mutuo de ambas partes, sino que persigue también el objetivo de verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo, de forma que el empresario pueda contar con un plazo razonable para confirmar sus expectativas, y en definitiva, se facilite la contratación indefinida de trabajadores. El Gobierno explica que la duración del período de prueba del CAE se justifica por la crisis y la incertidumbre de la situación económica y hace hincapié en que el período de prueba del CAE debe ponerse en relación con la finalidad perseguida por el conjunto de la reforma laboral de 2012.
- 237.** El Gobierno subraya que la ley núm. 3/2012 establece incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de seguridad social durante tres años para las empresas que contraten bajo el CAE, pero siempre con la condición de que el empresario mantenga en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, debiendo en caso contrario proceder al reintegro de los incentivos y bonificaciones.
- 238.** El Comité toma nota que sólo podrán hacer uso del CAE las empresas que tengan menos de 50 trabajadores que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo (artículo 4, párrafo 1, de la ley núm. 3/2012). Las empresas de menos de 50 trabajadores constituyen el 99,23 por ciento de las empresas españolas (Parte III, cuarto párrafo, del Preámbulo de la ley núm. 3/2012).
- 239.** El Comité también toma nota que se incluyeron dos disposiciones específicas para evitar que el período de prueba establecido en el CAE sea utilizado de forma abusiva. La primera es que los trabajadores temporales previamente contratados por la empresa no quedan sujetos al período de prueba (artículo 4, párrafo 3, última frase, de la ley núm. 3/2012, de 6 de julio) y la segunda es que no puede utilizar el CAE la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado despidos por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial, o hubiera procedido a un despido colectivo (artículo 4, párrafo 6, de la ley núm. 3/2012).
- 240.** El Comité observa también el carácter transitorio de la modalidad contractual establecida en el artículo 4 de la ley núm. 3/2012, de 6 de julio ya que su existencia está prevista «hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por ciento» (Disposición Transitoria Novena de la ley núm. 3/2012).
- 241.** En virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio núm. 158:

Todo miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:

- a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;
- b) los trabajadores que efectúan un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración sea fijada de antemano y sea razonable;
- c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

Este artículo debe leerse junto con el artículo 4 del Convenio, a tenor del cual:

No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

242. El Comité observa que el artículo 2, párrafo 2, *b)*, del Convenio no contiene una definición de «período de prueba» o de lo que debe entenderse por duración «razonable» del período de prueba. En el párrafo 40 del Estudio General de 1995 sobre el Convenio núm. 158, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones señaló que corresponde a cada país determinar los períodos que se consideran razonables, siempre que tal determinación se haga de buena fe. La Comisión de Expertos indicó que el único requisito establecido en el Convenio es que la duración del período se fije de antemano, en particular para que el trabajador tenga presentes las condiciones de su contratación y para evitar que dicho período se prolongue indebidamente.
243. El Comité observa asimismo que en el informe del Comité tripartito aprobado por el Consejo de Administración en noviembre de 2007 que examinó la reclamación sobre el CNE no se excluyó la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que seis meses para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa³³.
244. El Comité también toma nota que en el documento de referencia preparado por la Oficina para la Reunión tripartita de expertos que examinó el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 que tuvo lugar en abril de 2011 se mencionó al Estudio General de 1995 y se reiteró lo indicado por la Comisión de Expertos en el sentido de que corresponde a cada país determinar los períodos que se consideran razonables, siempre que tal determinación se haga de buena fe³⁴. En aquella oportunidad, luego de un debate tripartito sobre el alcance de las exclusiones previstas en el artículo 2 del Convenio, la Oficina indicó que se debían aplicar tres principios importantes al marco de flexibilidad contemplado en el Convenio: 1) sólo podía aplicarse mediante consultas tripartitas; 2) el proceso de negociación debía ser transparente y de buena fe, y 3) los gobiernos tenían la obligación de informar sobre las exclusiones que se hubieran hecho³⁵.
245. *El Comité observa que el artículo 2, párrafo 2, del Convenio núm. 158 permite la exclusión de la totalidad o de alguna de sus disposiciones a ciertas categorías de trabajadores, pero considera que una utilización generalizada de dichas exclusiones sería contraria a la finalidad que persigue el Convenio, es decir, lograr un equilibrio entre los intereses del empleador y los del trabajador, promoviendo al diálogo social como una manera de lograr dicho equilibrio. Además, el Comité considera que no está comprobado el vínculo directo entre la facilitación de los despidos y la creación de empleos.*
246. *El Comité observa que, según las organizaciones querellantes, el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores fue establecido sin diálogo social. El Comité estima que no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual.*

³³ Párrafo 71 del informe del Comité Tripartito que examinó la reclamación sobre el contrato francés «nuevas contrataciones» (CNE).

³⁴ Párrafo 45 del documento TMEE/C.158-R.166/2011, documento de referencia para la Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y Recomendación núm. 166, Ginebra, 18-21 de abril de 2011.

³⁵ Párrafo 56 del documento TMEE/C.158-R.166/2011/2.

- 247.** *En consecuencia, el Comité invita al Gobierno a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio.*

Nueva regulación de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción

- 248.** Las dos confederaciones sostienen que las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012, al artículo 51, párrafo 1, del Estatuto de los Trabajadores impiden que los jueces puedan «examinar las causas invocadas para justificar» el despido así como «todas las demás circunstancias relacionadas con el caso» y «verificar si la terminación se debió realmente a esas razones» (artículo 9, párrafos 1) y 3), del Convenio núm. 158). El texto de la disposición nacional incriminada ha quedado redactado de la siguiente manera:

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

- 249.** Las dos confederaciones indican que el Preámbulo del Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y de la ley núm. 3/2012, de 6 de julio; se reflejaron los argumentos del Gobierno de dejar voluntariamente fuera de control judicial la valoración de si el despido es o no una medida necesaria o si el propio despido está justificado en atención a juicios de razonabilidad o proporcionalidad.
- 250.** Además, la ley núm. 3/2012 introdujo otras precisiones sobre la forma de computar la reducción de ventas de una empresa la cual, en sí misma, puede ser causa de despido. La reforma laboral de 2012 refuerza la impresión de que el despido puede ser una medida automática y justificada por la simple evolución de la cifra de ingresos ordinarios de la empresa. Una evolución negativa, así como la disminución de los ingresos respecto del trimestre del año precedente, sería suficiente para despedir al trabajador, al margen que la repercusión de dichos eventos tenga sobre el funcionamiento de la empresa, y sin permitir que los órganos judiciales o administrativos puedan verificar el carácter razonable, la justificación y la proporcionalidad del despido.
- 251.** Las dos confederaciones observan que los jueces ya han tenido la oportunidad de efectuar una interpretación fuertemente correctora del alcance de la reforma laboral de 2012. Los jueces han considerado necesario seguir exigiendo la necesaria razonabilidad de la extinción y un pleno control judicial sobre las razones del despido, incluso aplicando directamente el Convenio núm. 158. Sin embargo, el Tribunal Supremo sólo ha resuelto un caso sobre despido colectivo con arreglo a la reforma laboral de 2012 y sólo ha valorado la necesidad de aportar documentación suficiente durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores ³⁶.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013, recurso núm. 81/2012.

- 252.** El Gobierno sostiene que la reforma del artículo 51, párrafo 1, del Estatuto de los Trabajadores realizada por la ley núm. 3/2012, en julio de 2012, ha redefinido con mayor precisión los requisitos exigidos para la concurrencia de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción. Las causas de despido en el derecho del trabajo español están tasadas, siendo éstas un *numerus clausus*, recogidas en los artículos 51 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores. El Gobierno subraya que la reforma laboral de 2012 cumple con los artículos 4, 8 y 9 del Convenio núm. 158, en particular si se tiene en cuenta que el párrafo 3 del artículo 9 del Convenio posibilita que la legislación y la práctica nacionales determinen el alcance que tiene el control de los organismos ante los cuales se pueden presentar recursos contra el despido.
- 253.** El Gobierno explica que la discusión de la reforma laboral de 2012 en las cortes generales permitió establecer criterios más precisos para examinar las causas económicas de los despidos al introducir un parámetro «de tres trimestres consecutivos» en los cuales el nivel de ingresos ordinarios o ventas haya sido inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Según el Gobierno, la reforma laboral de 2012 introduce mayor seguridad jurídica mediante un criterio que objetiva lo que se entiende por persistente a la hora de valorar una disminución de ingresos o ventas como «situación económica negativa», que es lo que define primeramente a la causa económica. El Gobierno considera que ello no prejuzga la valoración que hace el juez de la disminución de ingresos para apreciar una situación económica negativa. El parámetro de los tres trimestres es un criterio cuantitativo y no cualitativo, lo cual no determina una justificación automática del despido.
- 254.** El Gobierno recuerda las explicaciones proporcionadas por la Comisión de Expertos en el párrafo 214 del Estudio General de 1995, donde se dice que: «... la medida en que los organismos neutrales ante los que puede recurrirse contra la terminación deberían estar facultados para controlar la decisión del empleador en relación con las necesidades de funcionamiento, es decir, la media en que esos organismos están facultados para decidir si esas razones válidas por naturaleza, son suficientes de acuerdo con su importancia, para justificar la terminación, es una cuestión que se deja al arbitrio de cada país».
- 255.** El Gobierno sostiene que si se pone de manifiesto una causa y así lo constata el juez, significa que la causa existe y produce sus efectos. Si la causa no se acredita, será el juez quien apreciará que dicha causa no existe y que en consecuencia el despido no es justificado.
- 256.** El Gobierno agrega que la ley reguladora de la jurisdicción social, en su tenor modificado por la ley núm. 3/2012; al igual que el Estatuto de los Trabajadores, disponen que el juez determinará la procedencia, la improcedencia o la nulidad del despido según las circunstancias del caso y los hechos que resulten probados. Por ende, el despido colectivo ha sido y sigue siendo causal y controlado judicialmente de manera que el juez puede revisar la corrección o legitimidad de la medida.
- 257.** El Gobierno indica que la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia es coherente con el Convenio núm. 158. El Gobierno sostiene que del examen de algunas sentencias puede deducirse que los tribunales están incidiendo en la verificación sobre la presencia de causas tasadas por ley que motivan el despido colectivo.
- 258.** El Gobierno hace referencia a cinco sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas que han valorado las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa y han anulado despidos colectivos al estimar mala fe en la negociación y/o que la decisión era desproporcionada. Cabe mencionar una sentencia del Tribunal Superior de Madrid (Sala de lo Social), de 9 de abril de 2013, que declara no ajustada a derecho la decisión empresarial de extinción de 925 contratos de trabajo y que indica que «... La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres

pasos: 1) acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2) establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, y 3) mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad...».

259. Cabe destacar también otra sentencia a la que hace referencia el Gobierno que reafirma lo antedicho de manera ilustrativa. Dicha sentencia, del Juzgado de lo Social de Madrid de 27 de junio de 2012 indica que «... No obstante la nueva normativa, sigue vigente toda la doctrina sobre despidos colectivos por necesidades de la empresa basadas en causas de naturaleza económica, que recogen la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 2010, que proclama los criterios sentados por esta Sala en orden a la justificación — procedencia — de los despidos en situaciones de crisis...» ... y establece que «... lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido...».

260. El artículo 1 del Convenio núm. 158 dispone que:

Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional.

El Comité observa también que al tratar los recursos contra la terminación (sección C del Convenio), las disposiciones relevantes del Convenio son las siguientes:

Artículo 8, párrafo 1

El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.

...

Artículo 9

1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.

2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas:

- a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio;
- b) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales.

3. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio.

261. El Comité observa que el artículo 9, párrafo 3, del Convenio establece que en los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del Convenio, como un tribunal del trabajo, estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones. Sin embargo, la medida en que esos organismos estarán facultados para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio núm. 158, es decir, en el caso de España, por la legislación nacional y las sentencias judiciales.
262. El Comité toma nota que las dos confederaciones aducen que la nueva redacción del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores omite toda alusión a la razonabilidad del despido colectivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; y, por lo tanto, las dos confederaciones alegan que se impide que los jueces puedan examinar las causas invocadas para justificar el despido así como todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y verificar si la terminación se debió realmente a esas razones.
263. El Comité toma nota que en el apartado V del Preámbulo del Real decreto-ley núm. 3/2012 y de la subsiguiente ley núm. 3/2012 se expresó que «ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas». El Comité observa que la nueva redacción del artículo 51, párrafo 1, del Estatuto de los Trabajadores y la práctica de los tribunales continúa permitiendo que los jueces examinen no sólo la concurrencia de las causas sino también las circunstancias relacionadas con los despidos y que verifiquen si los despidos se debieron realmente a las causas alegadas por el empleador.
264. En efecto, el Comité ha tomado conocimiento de las sentencias judiciales de 2012 y 2013, transmitidas por las dos confederaciones y por el Gobierno, en las que los jueces han aplicado el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en su tenor reformado, valorando las causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa y las circunstancias relacionadas con el caso verificando si la terminación se debió realmente a dichas razones. El Comité observa que esta situación confirma que existe un verdadero examen judicial de los despidos económicos.
265. *El Comité considera que las modificaciones a las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción que la reforma legislativa de 2012 ha introducido en el Estatuto de los Trabajadores no vulneran las disposiciones de los artículos 1, 8 y 9 del Convenio núm. 158.*
266. *El Comité considera que el Gobierno debería seguir presentando informaciones sobre la manera en que la nueva regulación de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción se han aplicado en la práctica, incluyendo datos sobre el número de recursos interpuestos, el resultado de dichos recursos y el número de terminaciones por razones económicas o análogas.*

Supresión de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante la declaración judicial de la improcedencia del despido

267. Las dos confederaciones sostienen que las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012 al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores suprimiendo la obligación de abono de salarios de tramitación priva al trabajador de una protección real y efectiva ante los despidos

improcedentes dado que los trabajadores afectados no reciben una compensación adecuada o suficiente garantizada por el artículo 10 del Convenio. El texto incriminado del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción actualmente en vigor establece lo siguiente:

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Éstos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

4. Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

268. Las dos confederaciones se refieren al artículo 56, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores y explican que al suprimirse los salarios de tramitación en caso de extinción del contrato, se produce un incentivo económico, irracional y arbitrario a favor del despido y en contra de la estabilidad del empleo, colisionando de manera frontal con el derecho al trabajo.

269. Las dos confederaciones insisten en que para asegurar el cumplimiento del artículo 10 del Convenio núm. 158, que taxativamente determina que en caso de despido sin causa justificada los jueces tendrán la facultad de ordenar el pago de una «indemnización adecuada», se debe asegurar al trabajador una protección en caso de demora judicial en la resolución del proceso por despido sin causa justificada.

270. El Gobierno sugiere que las dos confederaciones han hecho una lectura inadecuada del artículo 10 del Convenio núm. 158, ya que no hay en dicho artículo una referencia concreta a los salarios de tramitación o concepto similar. El texto del artículo 10 del Convenio no deja lugar a dudas respecto al hecho de que los órganos que controlan los despidos — los jueces en el caso de España — pueden o no estar facultados por la legislación interna para imponer la readmisión. Lo único que es obligatorio es que, en caso de no estarlo o no resultar posible, los jueces deben tener la posibilidad de imponer el pago de una indemnización.

271. El Gobierno se remite a las explicaciones del párrafo 222 del Estudio General de 1995, donde la Comisión de Expertos evoca por única vez a los salarios de tramitación en relación con el supuesto de readmisión, y donde se dice textualmente:

Quando se ordena la readmisión, el trabajador generalmente tiene derecho a cobrar la remuneración que habría percibido entre la fecha de la terminación y la fecha de la decisión, o de la readmisión efectiva. Algunas veces, se deduce de esta suma una cantidad equivalente a los salarios percibidos por el trabajador durante ese intervalo de tiempo si pudo encontrar otro empleo. Los organismos competentes también suelen prever que la relación de empleo se considere como no interrumpida, lo cual permite al trabajador interesado conservar sus

derechos adquiridos, tales como los derechos de pensión y las ventajas resultantes de los períodos mínimos de empleo necesarios para diversos fines (...).

- 272.** El Gobierno también reconoce, al igual que las dos confederaciones, que en el párrafo 219 del Estudio General de 1995, la Comisión de Expertos explica que: «El artículo 10, tal como está redactado, da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada». El Gobierno indica que el mismo párrafo del Estudio General de 1995 añade que: el Convenio «sigue manteniéndose flexible ya que prevé otras vías de reparación en función de los poderes del organismo neutral y de la aplicabilidad en la práctica de una decisión que anulase la terminación y propusiera la readmisión».
- 273.** El Gobierno agrega que la percepción de los salarios de tramitación es incompatible con la percepción de la prestación por desempleo, ya que el número 4 del artículo 209 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ha previsto que el trabajador puede acceder a la prestación por desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión judicial extintiva de la relación de trabajo.
- 274.** El Gobierno aclara que la cuestión planteada por las dos confederaciones se limita al supuesto de las extinciones de contratos declaradas improcedentes, sin que afecte a los supuestos en que dichas extinciones sean declaradas nulas.
- 275.** El artículo 10 del Convenio núm. 158 dispone que:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

- 276.** El Comité toma nota que el artículo 56, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, en su tenor reformado por la reforma laboral de 2012, establece para el supuesto de despido improcedente — si no se opta por la readmisión — una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Además, el Comité observa que el trabajador puede acceder a una prestación por desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva (número 4 del artículo 209 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).
- 277.** El Comité toma nota que en caso de que una sentencia declare la nulidad del despido se condenaría automáticamente a la readmisión con abono de salarios de tramitación, como sería el caso de las decisiones extintivas que supongan discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. El Comité toma nota que en caso de que una sentencia declare la nulidad del despido se condenaría automáticamente a la readmisión con abono de salarios de tramitación, como sería el caso de las decisiones extintivas que supongan discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Además, el Comité ha tomado conocimiento de que, en su decisión núm. 43/2010, de 12 de febrero de 2014³⁷, el Tribunal Constitucional confirmó su

³⁷ Pleno. Auto núm. 43/2014, de 12 de febrero de 2014. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3801-2013, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con diversos preceptos del Real decreto-ley núm. 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 60, de 11 de marzo de 2014, Sec. TC., página 130 y siguientes.

jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las modificaciones legislativas que se realizaron a los salarios de tramitación previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

278. El Comité toma nota que el artículo 10 del Convenio hace referencia al pago de una «indemnización adecuada» u «otra reparación que se considere apropiada», sin mencionar específicamente la institución de los salarios de tramitación.

279. *El Comité considera que si bien las modificaciones introducidas por la reforma legislativa de 2012 suprimen el pago de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante la declaración judicial de la improcedencia del despido, no han eliminado el pago de una indemnización por la terminación de la relación de trabajo que requiere el artículo 10 del Convenio núm. 158. Los jueces españoles siguen facultados para ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada en caso de que se llegue a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada.*

280. *El Comité considera que el Gobierno debería seguir facilitando informaciones sobre la naturaleza de las reparaciones concedidas por las decisiones judiciales que han concluido que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada.*

Modificación de la regulación de las faltas de asistencia al trabajo motivadas por enfermedad o lesión debidamente justificadas: el despido por absentismo

281. Las dos confederaciones sostienen que las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012 al artículo 52, *d)*, del Estatuto de los Trabajadores que regula la extinción del contrato por causas objetivas introduce el despido por absentismo, lo que resulta contrario al artículo 6, párrafo 1, del Convenio núm. 158. El texto de la disposición nacional incriminada ha quedado redactado de la siguiente manera:

Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas

El contrato podrá extinguirse:

[...]

- d)* Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de 12 meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

- 282.** Las dos confederaciones indican que la nueva reglamentación definió de manera novedosa al absentismo individual de corta duración, aún aquel motivado por enfermedad o accidente, como una causa justificada para la terminación unilateral por voluntad del empleador del contrato de trabajo y en el interés exclusivo de la empresa. Las dos confederaciones consideran que la ausencia del trabajador por razón de enfermedad se convierte así en una justa causa para el despido, lo que resulta contrario al artículo 6, párrafo 1, del Convenio núm. 158.
- 283.** Las dos confederaciones recuerdan que el artículo 6 del Convenio establece que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. Las dos confederaciones sostienen que si bien el párrafo 2 del artículo 6 establece que la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 serán determinadas por medio de la legislación nacional. Las dos confederaciones consideran que la legislación nacional no puede concebir la ausencia temporal como una habilitación para derogar totalmente el precepto del artículo 6.
- 284.** Las dos confederaciones se niegan a considerar aceptable que la duración de la ausencia — nueve días en dos meses de promedio — sea un desequilibrio económico para el empresario, sin ponderar la culpabilidad del trabajador, o su antigüedad y trayectoria profesional. Para las dos confederaciones, no resulta coherente con los valores y principios de la Organización ni con las disposiciones del artículo 6 del Convenio que se pueda, con base en la reforma laboral de 2012, justificar un despido que se produce por el hecho simple y directo de estar enfermo el trabajador o la trabajadora.
- 285.** Las dos confederaciones señalan además que la modificación introducida por la reforma laboral de 2012 del artículo 52, *d)*, del Estatuto de los Trabajadores, ha supuesto desvincular las ausencias individuales del trabajador del absentismo en general en la empresa. Las dos confederaciones explican que en la redacción anterior no era posible que el empresario despidiera al trabajador por faltas de asistencia aun justificadas, si el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo no superaba el 5 por ciento en los mismos períodos de tiempo. Al desaparecer este requisito, se atribuye al empresario facultades que antes no tenía.
- 286.** El Gobierno considera que la nueva redacción del apartado *d)* del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores no vulnera lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 1, del Convenio. El Gobierno sostiene que el Convenio permite establecer a través de la legislación nacional la modulación o concreción de límites de las ausencias temporales por motivo de enfermedad o lesión. El Gobierno explica que lejos de ampliar los supuestos de ausencia temporal que fundamentan el despido por causas objetivas, la nueva redacción introduce dos tipos de ausencia temporal que no pueden computarse a tales efectos de extinción de la relación laboral y que incrementan notoriamente la protección de los trabajadores. Estos dos nuevos supuestos son las ausencias derivadas de un tratamiento médico de cáncer y las debidas a enfermedad grave (concepto que deberá ser precisado mediante la legislación nacional o jurisprudencia).
- 287.** El Gobierno explica que al adoptarse, en 1980, el Estatuto de los Trabajadores, las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad o accidente no laboral de duración inferior a 20 días o sin baja, acordada por los servicios sanitarios oficiales han sido computables como faltas de asistencia susceptibles de constituir causa de despido objetivo. El Gobierno señala que ninguna de las causas de extinción de una relación laboral opera de manera automática. Ha de concurrir, por una parte, alguna de las causas legalmente previstas, ya sea para un despido individual, disciplinario u objetivo o un despido colectivo y, por otra parte, ha de

concurrir también la conducta inequívoca del empresario que expresa su voluntad de poner fin a la relación laboral precisamente por esa causa.

- 288.** El Gobierno recuerda que la reforma laboral de 2010 ya había modificado el texto del Estatuto de los Trabajadores y establecido en el 2,5 por ciento el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo como criterio de referencia. El Gobierno observa que ello no dio lugar a ninguna controversia sobre la aplicación del Convenio núm. 158.
- 289.** El Gobierno explica que para que el riguroso cumplimiento de algunos trabajadores no sea motivo de beneficio para otros que, aun justificadamente, faltan al trabajo, la magnitud con la que se pone en relación esas faltas está referida también a las propias faltas de asistencia del trabajador en cuestión. En este sentido, la ley núm. 3/2012 toma en consideración como posible causa de despido objetivo las faltas de asistencia del trabajador en un período corto (dos meses seguidos o cuatro meses discontinuos) con las faltas que haya tenido ese mismo trabajador en un período más dilatado, el período de 12 meses anterior. De esta manera, la reforma laboral de 2012 elimina la condición de que, junto con las ausencias de un trabajador, hubiera de concurrir un cierto absentismo del total de la plantilla.
- 290.** El artículo 6 del Convenio núm. 158 dispone que:
1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.
 2. La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.
- 291.** El Comité observa que en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del Convenio la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o de lesión «serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio», es decir, en el caso de España, por la legislación nacional y las sentencias judiciales.
- 292.** El Comité toma nota de que la redacción del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores hecha por la ley núm. 8/1980, de 10 de marzo, ya establecía que no se computaran como faltas de asistencia al trabajo las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja había sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenía una duración de más de 20 días consecutivos.
- 293.** El Comité toma nota que las modificaciones a la redacción del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores, introducidas por la ley núm. 3/2012, requieren que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. Esta nueva redacción ha desvinculado las ausencias individuales del trabajador del absentismo general de la empresa. En la redacción anterior no era posible que el empresario despidiera al trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas, si el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo no superaba el 5 por ciento.
- 294.** El Comité observa que la nueva redacción introdujo un supuesto en el que no se computan las ausencias relacionadas con incapacidad temporal como aquellas causas que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, conceptos que deberán ser precisados mediante la legislación nacional o la jurisprudencia.
- 295.** *El Comité considera que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 han sido determinadas de conformidad con el*

artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1.

296. *El Comité considera que el Gobierno debería seguir facilitando informaciones sobre la manera en que se computan en la práctica las ausencias relacionadas con la incapacidad temporal y en particular aquellas causas que hayan obedecido a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.*

Recomendaciones del Comité

297. *En vista de las conclusiones que anteceden y referentes a las cuestiones planteadas en la reclamación, el Comité recomienda al Consejo de Administración que:*

- a) apruebe el presente informe;*
- b) invite al Gobierno a que aumente sus esfuerzos para reforzar el diálogo social y, en consulta con los interlocutores sociales, tome todas las medidas necesarias para buscar soluciones a las dificultades económicas que sean conformes con el Convenio núm. 158 (párrafo 226);*
- c) invite al Gobierno a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio (párrafos 245, 246 y 247);*
- d) invite al Gobierno a presentar informaciones sobre la manera en que la nueva regulación introducida por la reforma laboral de 2012 de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción se aplican en la práctica, incluyendo datos sobre el número de recursos interpuestos, el resultado de dichos recursos y el número de terminaciones por razones económicas o análogas (párrafos 265 y 266); la naturaleza de las reparaciones concedidas por las decisiones judiciales que concluyeron que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada (párrafos 279 y 280); y, la manera en que se computan en la práctica las ausencias relacionadas con la incapacidad temporal y en particular aquellas causas que hayan obedecido a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave (párrafos 295 y 296);*
- e) confíe a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones el seguimiento de las cuestiones planteadas en el presente informe respecto del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), y*
- f) dé a conocer públicamente el presente informe y concluya el procedimiento de reclamación incoado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT) alegando el incumplimiento por España del Convenio núm. 158.*

Ginebra, 11 de junio de 2014

(Firmado) Sr. Raffaele De Luca Tamajo

Sr. Yves Veyrier

Sr. Alberto Echavarría Saldarriaga

Punto que requiere decisión: párrafo 297

Anexo

Artículo 4. Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.

1. Con objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial, las empresas que tengan menos de 50 trabajadores podrán concertar el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores que se regula en este artículo.

2. El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca.

3. El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo núm. 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

4. Estos contratos gozarán de los incentivos fiscales contemplados en el artículo 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real decreto legislativo núm. 4/2004, de 5 de marzo (RCL 2004, 640, 801).

El trabajador contratado bajo esta modalidad que hubiera percibido, a fecha de celebración del contrato, prestaciones por desempleo de nivel contributivo durante, al menos, tres meses, podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por ciento de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y que estuviera pendiente de percibir, de acuerdo con lo dispuesto en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto legislativo núm. 1/1994, de 20 de junio.

El derecho a la compatibilidad de la prestación surtirá efecto desde la fecha de inicio de la relación laboral, siempre que se solicite en el plazo de 15 días a contar desde la misma. Transcurrido dicho plazo el trabajador no podrá acogerse a esta compatibilidad.

La compatibilidad se mantendrá exclusivamente durante la vigencia del contrato con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. En el caso de cese en el trabajo que suponga situación legal de desempleo, el beneficiario podrá optar por solicitar una nueva prestación o bien por reanudar la prestación pendiente de percibir. En este supuesto, se considerará como período consumido únicamente el 25 por ciento del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo.

La entidad gestora y el beneficiario estarán exentos durante la percepción del 25 por ciento de la prestación compatibilizada de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

Cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos de este apartado, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212.1.d) y 213.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto legislativo núm. 1/1994, de 20 de junio.

5. Con independencia de los incentivos fiscales regulados en el artículo 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real decreto legislativo núm. 4/2004, de 5 de marzo, las contrataciones bajo esta modalidad contractual de desempleados inscritos en la Oficina de Empleo darán derecho a las siguientes bonificaciones, siempre que se refieran a alguno de estos colectivos:

a) Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1 000 euros/año) en el primer año; de 91,67

euros/mes (1 100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1 200 euros/año) en el tercer año.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

- b) Mayores de 45 años, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1 300 euros/año) durante tres años.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1 500 euros/año).

Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

6. No podrá concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a que se refiere el presente artículo, la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes. La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.

7. Para la aplicación de los incentivos vinculados al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, la empresa deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral. Asimismo, deberá mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones se deberá proceder al reintegro de los incentivos.

No se considerarán incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

8. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación.

9. En lo no establecido en este artículo serán de aplicación las previsiones contenidas en la sección I del capítulo I de la ley núm. 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, salvo lo establecido en el artículo 6.2 en materia de exclusiones.