

Primeras conclusiones tras la aplicación práctica de la reciente Reforma Laboral

Comenzamos el presente artículo enumerando las 6 consideraciones prácticas, para luego analizarlas en detalle:

1. En primer lugar, **aconsejamos no formalizar el contrato indefinido con período de prueba de un año** hasta que sea corregido dicho contrato en la fase de enmiendas a la Reforma Laboral que ahora comienza.
2. En segundo lugar, **aconsejamos encarecidamente que cada empresa, en función del sector y la formación requerida a su personal, y en función también de su capacidad de impartir internamente la formación, investigue, siempre de la mano del Servicio Nacional de Empleo, la posibilidad de concertar contratos para la formación.**
3. En tercer lugar, **es oportuno introducir un pacto de distribución irregular de la jornada en la negociación de un Despido Colectivo o suspensión de los contratos de trabajo**, ya que puede suponer la práctica eliminación de las horas extraordinarias cuando vuelva la actividad a la empresa.
4. En cuarto lugar, **al margen del tedioso procedimiento de inaplicación salarial, debe plantearse la posibilidad de reducir, mediante la modificación sustancial de la cuantía salarial** (cuyo proceso es más inmediato), aquellas nóminas que se encuentren por encima de convenio.
5. En quinto lugar, **aconsejamos se tenga en cuenta el despido objetivo por absentismo, ya que su aplicación ahora se ha simplificado enormemente**, posibilitando un despido de 20 días prácticamente automático.
6. Y, en sexto lugar, **y hasta que sea aclarada la situación por la Dirección General de Tributos, aconsejamos reconocer la improcedencia de un despido acudiendo siempre a un Acto de Conciliación.**

El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores:

En primer lugar, **aconsejamos no formalizar el contrato indefinido con período de prueba de un año** hasta que sea corregido dicho contrato en la fase de enmiendas que ahora comienza.

Este contrato, como todos conocemos, tiene un período de prueba de 1 año de duración y constituye un importante atractivo para contratar en empresas de menos de 50 empleados.

No obstante, la dudosa legalidad de su período de prueba hace que debamos ser cautos a la hora de implantar este contrato en nuestras empresas. A nuestro juicio, dicho período de prueba no está justificado en la norma, y por tanto, los Tribunales (como ya están adelantando) es muy probable que lo consideren irregular. Por ello, debemos valorar las consecuencias de su ilegalidad, que no son otras que la declaración de la improcedencia del cese por el Juzgado de lo Social, basado en el desistimiento por la no superación del período de prueba.

Por ello, a la espera de que cómo quede retocado dicho período de prueba en el trámite de Enmiendas a la Reforma Laboral, aconsejamos no concertar este tipo de contrato.

El contrato para la formación:

En segundo lugar, **aconsejamos encarecidamente que cada empresa**, en función del sector y la formación requerida a su personal, y en función también de su capacidad de impartir internamente la formación, **investigue, siempre de la mano del Servicio Nacional de Empleo, la posibilidad de concertar este tipo de contratos** exentos totalmente de bonificación.

El reclamo último introducido por el Gobierno (la posibilidad de que la formación se dé en la propia empresa) hay que valorarlo, ya que los beneficios que supone la bonificación en dicho contrato son especialmente interesantes.

Hasta el día de hoy la formación debía impartirse necesariamente en centros de formación reconocidos previamente por el Servicio Nacional de Empleo. Por lo tanto, el hecho de que se permita impartir la formación en la propia empresa constituye un importante atractivo.

No obstante, debemos ser conscientes de que este tipo de contratos (debido a su completa bonificación) serán uno de los "puntos de mira" de la Inspección de Trabajo en su lucha contra el fraude. Por ello, aconsejamos que cada empresa, en función del sector y la formación requerida a su personal, y en función también de su capacidad de impartir internamente la formación, decidan formalizarlo o no.

En todo caso, y sobre todo mientras no haya desarrollo reglamentario, la decisión para utilizar o no dicho tipo de contrato, deberá ser investigada por cada empresa siempre de la mano del Servicio Nacional de Empleo.

La distribución irregular de la jornada:

En tercer lugar, **es oportuno introducir un pacto de distribución irregular de la jornada en la negociación de un Despido Colectivo o suspensión de los contratos de trabajo**, ya que puede suponer la práctica eliminación de las horas extraordinarias.

Como es lógico, dicha distribución irregular de jornada es difícil conseguir pactarla sin ofrecer nada a cambio. Por ello, está resultando muy útil negociarla al amparo de la negociación de Despidos Colectivos o Suspensiones de contratos, con objeto de regular cómo se trabajará en el momento en el que vuelva nuevamente la actividad a la empresa.

Por ello, aconsejamos introducir este tipo de cláusulas en la negociación de medidas más drásticas en la empresa, todo ello con objeto de reducir costes en el futuro.

Reducir el salario sin acudir a la inaplicación salarial:

En cuarto lugar, **al margen del tedioso procedimiento de inaplicación salarial, debe plantearse la posibilidad de reducir, mediante la modificación sustancial de la**

cuantía salarial (cuyo proceso es más inmediato), aquéllas nóminas que se encuentren por encima de convenio.

Se habla, a raíz de la Reforma Laboral, de la inaplicación salarial del convenio colectivo. No obstante, esta medida tiene por objeto reducir los salarios por debajo del convenio. Además, su procedimiento es tedioso y carece de inmediatez. En cambio, reducir el salario que se encuentra por encima de los límites del convenio es posible, desde la Reforma Laboral, a través de la modificación sustancial de la cuantía salarial, y su aplicación es más inmediata.

En todo caso, aconsejamos que la presente medida no se tome de forma arbitraria, sino que afecte a un grupo de trabajadores homogéneo, permitiendo defender la medida ante los Tribunales como objetiva y carente de discriminación alguna.

El despido por absentismo:

En quinto lugar, **aconsejamos que se tenga en cuenta el despido objetivo por absentismo, ya que su aplicación ahora se ha simplificado enormemente**, posibilitando un despido de 20 días prácticamente automático.

En este punto, se abre una nueva vía para luchar contra el absentismo de forma real y sencilla. Hasta el día de hoy, el Estatuto de los Trabajadores exigía dos requisitos para proceder a esta tipología de despido objetivo:

- Superar un índice de absentismo particular sometido a una serie de reglas (superar como faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de 12 meses) y asimismo,
- Superar un índice de absentismo total de la plantilla del 2,5%.

Este último requisito (el absentismo total de la plantilla) hacía de este despido una vía de imposible rescisión para la empresa. La falta de concreción y objetividad del cómputo del absentismo total de la plantilla hacía imposible este tipo de despidos, ya que nunca se sabía a ciencia cierta cuándo se superaba el mismo.

Por ello, la eliminación de dicho requisito abre una nueva vía para que la empresa pueda luchar eficazmente contra el absentismo laboral, procediendo a realizar en dichas situaciones un despido objetivo de 20 días por año de trabajo. Téngase en cuenta que, a efectos del cómputo de dichas ausencias, computan también las bajas por enfermedad justificadas de menos de 20 días.

El reconocimiento de la improcedencia:

Y, ya en sexto y último lugar, **y hasta que sea aclarada la situación por la Dirección General de Tributos, aconsejamos reconocer la improcedencia de un despido acudiendo siempre a un Acto de Conciliación.**

El antiguo artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores establecía la posibilidad de reconocer la improcedencia desde de la fecha de despido hasta la de conciliación. La desaparición de dicha previsión en la nueva redacción, dada por la Reforma Laboral,

provoca que, ante Hacienda, pueda resultar problemática la defensa por parte del trabajador de la exención de los 45 días por año de trabajo que supone la indemnización.

Por ello, y mientras no se pronuncie la Dirección General de Tributos, o no se aclare a través de las enmiendas la Reforma Laboral, aconsejamos pactar la improcedencia de los despidos en Acto de Conciliación, de tal forma que se evidencie la existencia de un conflicto, diluyéndose la sospecha de un acuerdo de dudoso fundamento legal.

RESPUESTA A CONSULTA SOBRE RECONOCIMIENTO DE IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO

En primer lugar, antes de la Reforma una empresa podía reconocer la improcedencia del despido y abonar al trabajador la correspondiente indemnización, para evitar tener que ir a juicio, sin necesidad de ir a un acto de conciliación.

Pero el Real Decreto-ley 3/2012 ha supuesto un paso importante en lo referente a esta cuestión. Así, **ha desaparecido toda posibilidad de reconocimiento de la improcedencia del despido, salvo que tenga lugar en el acto de conciliación o ante el juez** (el artículo 56.2 del ET ha desaparecido).

Ello puede traer consigo dos posibles incidencias: una relativa al desempleo y otra relativa a Hacienda. Si ya no hay facultad legal de reconocer la improcedencia, es más fácil que Hacienda y el INEM puedan considerar que se trata, no de un despido, sino de un pacto que supone una baja voluntaria. Y de esta forma, la indemnización no está exenta y no procede el desempleo.

Realmente todos sabemos que este tipo de salidas pactas de la empresa no dejan de ser una baja voluntaria en muchas ocasiones, por lo que en este punto surge un riesgo que debemos evitar. La forma de evitarlo es evidenciar que hay un conflicto, que no hay mutuo acuerdo inicial, y para ello, la mejor forma es el Acto de Conciliación, ya que estamos acreditando que hay un conflicto (hay demanda de conciliación, acto de conciliación, etc), aunque al final se haya llegado a un acuerdo.

En todo caso, debido al absurdo que supone dicha falta de claridad en la Reforma, entendemos que la misma debe ser corregida en las enmiendas, ya que no tiene mucho sentido impedir a la empresa que abone la indemnización legal con objeto de no llegar a juicio. Y para ello, no tiene por qué exigirse que haya acto de conciliación. No obstante, por de pronto, y con objeto de tener mayor seguridad jurídica, aconsejamos en todo caso, acudir al acto de conciliación.

No hay que pagar salarios de tramitación si se indemniza a un trabajador aunque el despido sea anterior a la Reforma Laboral

El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero (Reforma Laboral) es una norma de aplicación inmediata, puesto que la misma establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es el 12 de febrero; se trata de una norma que justifica en su exposición de motivos su carácter urgente y además, en materia de despido, no contiene ninguna disposición transitoria al respecto. Por tanto, como el texto establece la eliminación de salarios de tramitación si se opta por la indemnización al trabajador, no hay que abonar nada por este concepto aunque el despido se produjese antes del 12 de febrero (sent. del Juzgado de lo Social de León de 20.02.12).

Un trabajador que prestaba sus servicios como peón para un ayuntamiento con un contrato temporal vio rescindido su contrato de manera unilateral el **31 de agosto de 2011**. Como entendía que la relación era indefinida (y no temporal) por el tipo de trabajos que había venido realizando demandó al ayuntamiento por despido nulo o subsidiariamente improcedente, reclamando además el pago de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido.

En su sentencia, el Juzgado admite la improcedencia del despido y condena a la empresa a optar entre readmitir o indemnizar al trabajador.

En su sentencia, aplicando ya lo dispuesto en el RD-Ley 3/2012 (Reforma Laboral), el Juzgado señala que si la empresa opta por la indemnización (y no por la readmisión) no tendrá que abonar salarios de tramitación. El Juzgado determina que hay que aplicar lo dispuesto en el nuevo texto legal porque en dicha norma *“a diferencia de otras materias y a diferencia de otras modificaciones en materia de despido, no se contiene ninguna disposición transitoria al respecto y además la normativa que ahora aplicamos tiene carácter sustantivo y no procesal”*.

Asimismo, señala el Juzgado que exonerar del pago de los salarios de tramitación *“no supone aplicar retroactivamente una norma desfavorable que pueda vulnerar lo dispuesto en el Código Civil”*. Además, concluye la sentencia, *“creemos que ésta es la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la nueva normativa, ya que toda ella pretende, en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente”*.

¿Qué tenemos que hacer para eliminar el salario variable que percibe un trabajador?

PREGUNTA: En nuestra empresa varios trabajadores perciben un sueldo fijo por encima de convenio más un 10% de salario variable (que en la práctica obtienen en el 100% de los casos porque los criterios para conseguirlos se definieron hace varios años, cuando la situación económica y de la empresa era otra totalmente distinta). Ahora nos estamos planteando eliminar ese variable porque la situación de la empresa es difícil ¿Es posible? Y si lo es ¿qué tenemos que hacer?

RESPUESTA: Si en la empresa se ha venido abonado una retribución variable a uno o varios trabajadores desde hace varios años en función de ciertos parámetros o baremos fijados por la empresa y no se pactó en su momento que dichos criterios podrían modificarse si cambiaba la situación o las circunstancias, se ha creado un **derecho adquirido** (condición más beneficiosa) para los trabajadores. Esto significa que su empresa no puede eliminar **unilateralmente** el pago de ese variable.

Para eliminar el pago (o reducirlo si así se lo plantearan) deberá aplicar el procedimiento de **modificación sustancial de las condiciones de trabajo** establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (consulte su convenio por si dispone algo al respecto). Tenga en cuenta además que tras la entrada en vigor de la Reforma Laboral (RD-Ley 3/2012) se ha facilitado mucho esta vía.