

**APUNTES CRÍTICOS EN TORNO A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO**

**SUMARIO**

1. La crisis económica internacional como telón de fondo de la reforma laboral
2. El Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
  - 2.1. Objetivos del Real Decreto-ley 10/2010 y aspectos esenciales de la reforma laboral que acomete.
  - 2.2. Alcance de los cambios operados en los despidos colectivos e individuales. Nueva redacción de sus causas y, en concreto, de la económica.
3. La convalidación del Real Decreto-ley 10/2010 por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Consideración de las enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado durante su tramitación parlamentaria.
  - 3.1 Tramitación ante el Congreso de los Diputados
  - 3.2 Tramitación ante el Senado
  - 3.3. Aprobación definitiva por el Congreso de los diputados y publicación en el B.O.E. Estudio de las modificaciones introducidas.

## **APUNTES CRÍTICOS EN TORNO A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO**

### **1. La crisis económica internacional como telón de fondo de la reforma laboral**

El B.O.E. nº 227, de 18 de septiembre de 2010, publica la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, LRMT), cuya entrada en vigor se produjo al día siguiente de su publicación, y que sustituye al Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, antesala, por la vía de urgencia, de la reforma laboral propiciada desde el ejecutivo, dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre las materias de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, y de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, y de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas, respectivamente.

La reforma aprobada, que fue centro de atención no ya sólo de partidos políticos, centrales sindicales y patronal, es consecuencia de la actual crisis en que se ve sumergida la economía española, dentro del contexto internacional, y que parece no seguir el mismo derrotero que otros países de la Unión Europea que están viendo evolucionar positivamente sus tasas de empleo, creación de puestos de trabajo, contención del gasto público y cifras de inversión.

Esta situación no sólo ha generado un ambiente de inseguridad entre la población, en especial aquella que continúa engrosando las estadísticas del paro, sino que se está convirtiendo en el perfecto caldo de cultivo para el enfrentamiento entre las dos principales fuerzas políticas, generando además las consecuentes tensiones entre patronal y centrales sindicales, como se comprobó con la convocatoria de huelga general del pasado 29 de septiembre de 2010, en la que los respectivos secretarios generales de la U.G.T. y CC.OO. unieron sus fuerzas en protesta frente a una reforma que no dudaron en tildar de retrógrada y perjudicial para los trabajadores.

Y es que los datos estadísticos, por fríos que sean, no dejan lugar a dudas sobre el panorama que protagoniza nuestro mercado laboral. Según los datos de los Servicios Públicos de Empleo, septiembre de 2010 se cerró con un incremento de 80.367 desempleados, lo que supone un 2,2% más respecto al mes anterior y sitúa la cifra total de parados en 3.709.447 personas. En términos interanuales el incremento es todavía mayor, del 41,2% o 1.084.079 personas. Desde agosto, mes en el que repuntó el paro, el número de parados ha crecido en 160.000 personas.

Como sea, la especulación surgida del sector inmobiliario articulado por medio de empresas de construcción, empresas auxiliares, contratas y subcontratas, y empresas inmobiliarias contribuyeron a que con el inicio de la crisis económica internacional se produjera una debacle de la que aún a día de hoy somos testigos directos.

De igual manera, la destrucción o, en el mejor de los casos, suspensión de contratos de trabajos se recondujo por medio de los expedientes de regulación de empleo (ERE). Con todo, los ERE presentados hasta el pasado mes de Julio de 2010 en las administraciones, registraron una caída del 19,91%, unos 10.652, frente a los 13.301 entre Enero y Julio de 2009, mientras que el número de trabajadores afectados por un ERE, descendieron hasta el 55,84%.

Lo cierto es que cualquier solución a la actual situación económica debe venir de la mano de la comunión de políticas e intereses, no sólo de la Unión Europea sino de los principales países industrializados. Esta fue la filosofía que presidió la reunión de los ministros de Trabajo del G20 cuando discutieron sus recomendaciones sobre Empleo los días 20 y 21 de abril de 2010 en Washington al afirmar que *"el crecimiento ha comenzado a reaparecer en muchas de nuestras economías, pero el desempleo a escala mundial se sitúa en altos niveles históricos, motivo por el cual podemos alcanzar un mayor equilibrio de progreso y bienestar para nuestros ciudadanos actuando juntos, pues ningún país puede lograrlo por sí solo"*.

El documento que contiene tales recomendaciones establece las líneas que se consideran prioritarias para acelerar el crecimiento económico, conscientes de que el desempleo a escala mundial se sitúa en altos niveles históricos y en muchos países las tasas de paro continúan aumentando todavía. Por este motivo, el G20 consideró necesaria la implementación de las medidas ya anunciadas y, en algunos casos, los necesarios esfuerzos adicionales para asegurarse de que la recuperación sea sostenida y produzca un crecimiento con alto nivel de creación de empleo, de modo que mientras el paro persista se continúe proporcionando también apoyo a la renta, formación y servicios de empleo como la ayuda en la búsqueda de trabajo para los parados.

En el documento se proponen medidas en los siguientes ámbitos:

- Acelerar la creación de empleo y asegurar una recuperación sostenible y futuro crecimiento.
- Reforzar los sistemas de protección social y promover políticas activas de mercado de trabajo.
- Situar el empleo y la paliación de la pobreza en el centro de las estrategias económicas nacionales y globales.
- Mejorar la calidad de los empleos de los ciudadanos.
- Preparar a la población activa para los futuros retos y oportunidades.

Quizá consciente de este panorama y trasladando la cuestión a la particular realidad española, fue por lo que el 12 de abril de 2010, el gobierno presentó públicamente y entregó a patronal y sindicatos un documento de trabajo sobre *“Diálogo social sobre actuaciones en el mercado de trabajo”*.

Dicho documento venía precedido de otro anterior que el gobierno había presentado el 5 de febrero de 2010 a los interlocutores sociales, sindicatos y organizaciones empresariales, conteniendo distintas líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión en el marco del diálogo social. En la introducción del mismo se señalaban tanto las debilidades que presenta nuestro mercado de trabajo como los objetivos generales para mejorar su funcionamiento, objetivos que fueron ampliamente compartidos por los mismos. Después de la presentación del citado documento, se mantuvieron reuniones de la mesa de diálogo en las que se realizó un examen general de las líneas de actuación propuestas por el ejecutivo, reiterándose la necesidad de enmarcar estas actuaciones en el contexto del plan de austeridad presupuestaria que recientemente se había aprobado por el Consejo de Ministros, recogándose ocho líneas de actuación, formulándose para cada una de ellas unas orientaciones de carácter general y algunas posibles propuestas de reforma que debían explorarse en el curso de ese proceso de diálogo.

Unos días después, el 9 de febrero, los interlocutores sociales suscribieron el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012 (B.O.E. nº 46, de 22-2-2010), que mereció una valoración muy positiva tanto por su contenido como por lo que representaba de puesta en valor del diálogo social. Se reservaba en el mismo la reforma de la negociación colectiva y otros capítulos como la flexibilidad interna de las empresas a una negociación de carácter estrictamente bilateral para la que se estableció un plazo de seis meses, señalándose de manera expresa que *“En la delicada situación actual, los firmantes del presente Acuerdo señalan como objetivo mejorar el tejido productivo y colaborar a crear empleo estable, mediante una distribución equilibrada de los esfuerzos entre trabajadores y empresarios, de manera que, a través de la negociación colectiva, se desarrollen medidas en el trienio 2010-2012, que afecten a la política salarial, la reinversión productiva, el mantenimiento y la recuperación del empleo y a la temporalidad injustificada”*.

Al término de la última reunión formal de la mesa de diálogo que tuvo lugar a finales de marzo de marzo de 2010, el gobierno anunció su intención de presentar un nuevo documento de trabajo, verdadero preludeo de la actual reforma laboral, en que se recapitulara el estado de la negociación en las diversas materias, se constatará los avances producidos en alguna de ellas y, por último, se formularán propuestas a explorar en las otras materias, de manera que se abriera un periodo final de negociación.

La dificultad de que los interlocutores sociales aproximaran sus posturas y limaran sus diferencias con el ejecutivo, siempre tan divergentes y, en particular, en materias tales como cuantía de las indemnizaciones, mayor flexibilidad en la celebración de contratos de trabajo y en la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, con el loable propósito de que se tradujera en una nueva reforma laboral que abordara con decisión diversas asignaturas pendientes de nuestro actual sistema de relaciones laborales, abocó no sólo a la aprobación de la reforma de nuestro mercado de trabajo por la vía urgente, sino que creaba un nuevo sisma entre patronal, sindicatos y gobierno.

## **2. El Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.**

2.1. Objetivos del Real Decreto-ley 10/2010 y aspectos esenciales de la reforma laboral que acomete.

La falta de consenso entre gobierno, patronal y sindicatos precipitó la anunciada reforma del mercado laboral, presionado el ejecutivo por la crisis nacional, los informes de la Unión Europea y del Fondo Monetario Internacional, y la favorable evolución de otros países que remontaban, lenta pero con paso seguro, la coyuntura económica desfavorable.

De este modo, el B.O.E. nº 147, de 17 de junio de 2010, publicaba el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, RDL), con el interés centrado en recuperar la confianza empresarial y fomentar la creación de nuevos puestos de trabajo que frene su destrucción. Es por ello que el RDL no duda en afirmar que:

*"En los últimos dos años se han perdido en nuestro país más de dos millones de puestos de trabajo y el desempleo ha crecido en casi dos millones y medio de personas, lo que ha duplicado la tasa de paro hasta acercarse al 20%. Un desempleo de esa magnitud constituye el primer problema para los ciudadanos y sus familias y supone un lastre inasumible a medio plazo para el desarrollo económico y para la vertebración social de nuestro país. Por ello, recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo constituye en estos momentos una exigencia unánime del conjunto de la sociedad y, en consecuencia, debe constituir el objetivo último fundamental de todas las políticas públicas."*

La causa, o al menos una de ellas, de dicha crisis, descansa en:

*"... la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico que se ha venido poniendo de manifiesto en nuestro país, lo que hace que crezca mucho en las fases expansivas pero que se destruya con igual o mayor intensidad en las etapas de crisis, y entre las que se encuentran las siguientes:*

- Un significativo peso de los trabajadores con contrato temporal (en torno a un tercio del total de asalariados por cuenta ajena), que constituye una anomalía en el contexto europeo, y que ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales.*
- Un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual.*
- Una insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo.*

*Y la persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo en múltiples ámbitos, pero de forma muy señalada en el empleo de mujeres, personas con discapacidad y desempleados de más edad."*

Resulta preciso advertir que la reforma emprendida por el ejecutivo se adelantó a la aprobación y publicación de la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones

para las políticas de empleo de los Estados miembros (2010/707/UE. DOUE L 308, de 24 de noviembre de 2010), en la que tras recordar que la Comisión propuso establecer una nueva estrategia para la próxima década, conocida como «la Estrategia Europa 2020», que permita a la Unión emerger más fuerte de la crisis y orientar su economía hacia un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo que vaya parejo con un nivel elevado de empleo, productividad y cohesión social, con especial mención a que, como parte de las estrategias generales de superación de la crisis económica, los Estados miembros deben aplicar reformas ambiciosas para garantizar la estabilidad macroeconómica, la promoción de más y mejores puestos de trabajo y la viabilidad de las finanzas públicas, mejorar la competitividad y la productividad, reducir los desequilibrios macroeconómicos y mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, acuerda una serie de orientaciones de las que destaca la número 7 donde se señala que:

*“Los Estados miembros deberán integrar en sus políticas de mercado laboral los principios de flexibilidad y seguridad laboral (“flexiguridad”) refrendados por el Consejo Europeo y aplicarlos aprovechando adecuadamente el apoyo del Fondo Social Europeo y de otros fondos de la UE, con vistas a aumentar la participación en el mercado laboral y a luchar contra la segmentación, la inactividad y las desigualdades entre sexos, reduciendo a la vez el desempleo estructural. Las medidas para mejorar la flexibilidad y la seguridad deberán ser equilibradas y reforzarse mutuamente. En consecuencia, los Estados miembros deberán introducir una combinación de regímenes contractuales flexibles y fiables, políticas activas del mercado laboral y políticas eficaces de aprendizaje permanente, así como promover la movilidad laboral y unos sistemas adecuados de seguridad social que garanticen las transiciones en el mercado de trabajo, acompañados de una definición clara de los derechos y responsabilidades para que los desempleados busquen trabajo activamente. Debe prestarse también la adecuada atención, juntamente con los interlocutores sociales, a la flexiguridad interna en el lugar de trabajo... Con objeto de aumentar la competitividad y mejorar los niveles de participación, en especial de las personas menos cualificadas, y de conformidad con la orientación n o 2 de las políticas económicas, los Estados miembros deben propiciar las adecuadas condiciones marco para la negociación salarial, y una evolución de los costes laborales compatible con la estabilidad de los precios y las tendencias en materia de productividad.”*

Pero acudiendo nuevamente a la reforma operada en nuestro país, la necesaria limitación del espacio reservado por esta revista, me impide abordar con la extensión y precisión necesarias todas y cada una de las materias objeto de la reforma del mercado de trabajo, por lo que me limitaré a su enunciado.

El RD (a la par que Ley 35/2010 que lo convalida), por de pronto, afecta a diversas normas que procede expresamente a modificar:

- Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.
- Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.
- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
- Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.
- Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.
- Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.
- Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Además de proceder a derogar cuantas normas de igual o inferior rango fueran contradictorias o se opusieran a ella, el RDL procede a derogar expresamente distintas disposiciones:

- Los apartados 1 y 6 del artículo 2, el artículo 3 y el párrafo tercero del artículo 7.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.
- El artículo 5 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.
- La Disposición adicional quinta, a partir de 1 de abril de 2011, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- La Disposición adicional decimotercera de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de Protección por Cese de Actividad de los Trabajadores Autónomos.

Tanto el RDL como la Ley 35/2010, incluso, van más allá y contemplan la aprobación futura de nuevas reformas y la constitución de determinadas entidades y organismos:

- El establecimiento de procedimientos que flexibilicen y faciliten a los empresarios la organización de la correspondiente formación teórica a los trabajadores contratados para la formación, especialmente en el supuesto de empresas de hasta 50 trabajadores (Disposición adicional segunda del RDL y Ley 35/2010).
- La elaboración de planes específicos de formación profesional específicos para jóvenes y personas desempleadas en los contratos para formación (Disposición adicional segunda RDL y Disposición adicional cuarta Ley 35/2010).
- La aprobación por Real Decreto de la regulación de la implantación del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, adecuando las ofertas formativas a los requerimientos de la producción y del empleo, a través de acciones formativas evaluables y certificables (Disposición adicional quinta Ley 35/2010).
- Adopción de las medidas necesarias para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo, vinculado al momento en que el empleo inicie su recuperación (Disposición adicional sexta Ley 35/2010).
- El impulso de un plan específico, en colaboración con las Comunidades Autónomas, para la recolocación de los parados procedentes del sector de la construcción, a través de programas específicos de formación y de seguimiento, que les permitan ser contratados en sectores demandantes de mano de obra como por ejemplo los de rehabilitación, instalación energética, seguridad, turismo y dependencia, entre otros (Disposición adicional séptima Ley 35/2010).
- Aprobación de un proyecto de ley en el plazo máximo de un año a partir del 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de Capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar (Disposición final segunda RDL y Disposición adicional décima Ley 35/2010).
- Incorporación a los informes periódicos sobre evolución de la siniestralidad del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de datos específicos que permitan conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal conforme a lo establecido en el artículo 8 b) y en la

disposición adicional segunda de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (Disposición adicional decimotercera Ley 35/2010).

- Aprobación en el plazo de seis meses de un proyecto de ley de reforma del vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores (Disposición adicional decimoquinta Ley 35/2010).
- Adaptación del número y la conformación de los efectivos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las funciones legalmente encomendadas, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de función pública inspectora, así como a las recomendaciones internacionales y las pautas establecidas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo.

De igual manera, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su Plan Integrado de Actuación, con carácter de objetivos de alcance general, determinados planes específicos (Disposición adicional decimosexta Ley 35/2010).

- La promoción de iniciativas legislativas para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, sean acordados y sean requeridos al gobierno por los interlocutores sociales en el proceso de negociación bipartita que actualmente desarrollan conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012.

En defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del RDL, el gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptará las iniciativas que correspondan para abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que, relacionados con los objetivos señalados, configuran el actual sistema de negociación colectiva (Disposición adicional vigésima primera Ley 35/2010).

- Revisión, en el plazo de doce meses y en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, del Real Decreto 1368/1985 de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo, así como regular expresamente las cuestiones relacionadas con los supuestos de sucesión o subrogación empresarial que afecten a los trabajadores con discapacidad o a los centros especiales de empleo (Disposición adicional vigésima cuarta Ley 35/2010).

El gobierno estudiará, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, las medidas oportunas para mejorar la empleabilidad de las personas con capacidad intelectual límite que no alcancen un grado de discapacidad mínimo del 33 por ciento (Disposición adicional vigésima cuarta).

De entre las diversas materias abordadas por la reforma reguladas en el RDL, centraré mi atención en una en concreto: la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, tanto desde su vertiente colectiva (art. 51 ET) como en su aspecto individual - arts. 52. c) y 53 ET -.

Al respecto, el propio preámbulo del RDL advierte que:

*“... se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores.*

*La experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente.*

*Se ha estimado necesaria, en consecuencia, una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. En este sentido, no sólo se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia, sino que la modificación integra en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de su tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales sobre esta materia. En definitiva, se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación. Se incluyen también determinadas disposiciones en relación con el preaviso y el incumplimiento de los requisitos formales en la extinción del contrato por causas objetivas.”*

Paralelamente y como complemento a tal modificación causal y de forma, se contempla un abaratamiento de los costes de los despidos por razones exclusivamente económicas, de modo que:

*“... respetando las cuantías establecidas para los diversos supuestos de extinción, se reducen las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción de los mismos mediante la asunción transitoria por el Fondo de Garantía Salarial de una parte de las indemnizaciones, medida que se aplicará exclusivamente a los despidos económicos, sean individuales o colectivos, excluyendo a los despidos de carácter disciplinario. Se preserva, en consecuencia, el compromiso del Gobierno de mantener los derechos de los trabajadores y aliviar a las empresas de una parte de los costes extintivos. Esta medida no supone una asunción por el Estado de una parte de los mismos ya que se instrumenta a través de un organismo público que se nutre exclusivamente de cotizaciones empresariales.”*

Todas estas medidas no pueden entenderse, dentro de la finalidad perseguida por la reforma laboral y en el marco de la actual crisis económica, sin el concurso del resto de medidas reguladas con objeto de:

*“paliar o revertir sus efectos más dañinos, priorizando en cada momento la puesta en práctica de actuaciones laborales con el objetivo de reforzar la protección social, incentivar la contratación y mejorar la empleabilidad de los colectivos más perjudicados, o favorecer el mantenimiento del empleo en las empresas.”*

Medidas aquéllas que, con independencia de las ya enunciadas en materia de extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas, comprenden:

Primero. Reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible.

Esto se traduce en:

- a) La restricción del uso injustificado de las modalidades temporales de contratación mediante el establecimiento de un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado, límite a partir del cual ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida (art. 15.1 a ET).

- b) La introducción de algunos ajustes en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente. Por último, se incrementa hasta doce días la indemnización por finalización de contratos temporales. No obstante, razones de prudencia aconsejan implantar este incremento de una manera gradual y progresiva por la incidencia que su aplicación inmediata pudiera suponer sobre la creación de empleo (art. 15.5 ET).
- c) Potenciar los contratos de fomento de la contratación indefinida, a cuyo efecto se amplían, en primer lugar, los colectivos con los que se puede suscribir esta modalidad de contrato, reduciendo a tres meses la exigencia del período de permanencia en el desempleo y posibilitando el acceso al mismo de los trabajadores “atrapados en la temporalidad”, es decir, aquéllos que en los últimos años solo hayan suscrito contratos de duración determinada o a quienes se les haya extinguido un contrato de carácter indefinido.
- d) Elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores.
- e) El mantenimiento, en su regulación actual, de las bonificaciones dirigidas a personas con discapacidad, constitución inicial de trabajadores autónomos, empresas de inserción, víctimas de violencia de género y, en particular, las que tienen como finalidad mantener la situación de actividad de los trabajadores mayores de 59 años.
- f) La introducción de mejoras sustanciales en la regulación de los contratos para la formación que, al mismo tiempo, incentiven su utilización por los empresarios a través de una bonificación total de las cotizaciones sociales y los hacen más atractivos para los jóvenes, a través de la mejora del salario y del reconocimiento de la prestación de desempleo al término de los mismos. Se introducen también determinadas modificaciones respecto del contrato en prácticas, referidas a los títulos que habilitan para realizar estos contratos y al plazo dentro del cual es posible realizarlos.
- g) La aprobación de medidas dirigidas a la mejora de los mecanismos de intermediación laboral para fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por parte de las personas desempleadas, por medio de una apertura a la colaboración público-privada en esta materia, preservando, en cualquier caso, la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación. En este sentido, se regula legalmente la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro en la línea de las más recientes normas y criterios de la Organización Internacional del Trabajo en esta materia.
- h) La introducción de varias modificaciones en la legislación relativa a las empresas de trabajo temporal que se dirigen a la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Además de determinadas modificaciones referidas al principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y los trabajadores de las empresas usuarias, la adaptación a la legislación comunitaria obliga a revisar las restricciones que se aplican a las empresas de trabajo temporal.

Segundo. Reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas, lo que se pretende mediante:

- a) El favorecimiento de la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo.
- b) La modificación de regulación de las condiciones relativas a los traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cláusulas de inaplicación salarial y, muy señaladamente, la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (arts. 40, 41, 47 y 82 ET).

2.2. Alcance de los cambios operados en los despidos colectivos e individuales. Nueva redacción de sus causas y, en concreto de la económica.

Ya se ha avanzado que la reforma laboral propiciada por el ejecutivo ha tenido su especial punto de mira y su concreta crítica por parte de los interlocutores sociales - Patronal y Sindicatos - en la nueva redacción de las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción reguladas en los arts. 51 y 52 ET.

Para el gobierno, la necesidad de reformar dichos preceptos descansa en las deficiencias observadas en esta vía de extinción, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos, realmente basadas en motivaciones económicas o productivas, hacia la vía del despido disciplinario con reconocimiento de su improcedencia (art. 56.2 ET). La razón debe buscarse en la inseguridad que el redactado de las causas extintivas estaba originando a las empresas que decidían extinguir el vínculo laboral, la cambiante doctrina de los tribunales y las continuas decisiones del Tribunal Supremo intentando flexibilizar determinados aspectos de la norma que favorecieran la calificación de procedencia de los despidos, evitando asumir un coste superior al previsto legalmente (recuérdese que la indemnización por despido objetivo es de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades - art. 53.1 b) ET -, frente a los 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, más con los salarios de tramitación debidos, para el supuesto de que fuera calificado de improcedente - art. 53.5 en relación con el art. 56.1 a) y b) ET-.

Así pues, el recurso a los despidos disciplinarios, no obstante su mayor coste económico para el empresario, ha venido siendo compensado por la seguridad que ofrecía el reconocimiento de su improcedencia, acompañado del ofrecimiento y, en su caso, consignación judicial de la indemnización legalmente debida, lo que de suyo suponía de facto una verdadera reestructuración de plantilla sin pasar por la previa tramitación de un expediente de regulación de empleo ni por el cumplimiento formal de las condiciones impuestas por el art. 53 del ET para los despidos objetivos individuales (M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; "Despidos colectivos y autorización administrativa". Relaciones Laborales, nº 2 de enero de 2009, págs. 6 y 7. Ed. La Ley). Despidos disciplinarios en masa que nada tienen que ver, en absoluto, con las figuras jurídicas que regulan los artículos tantas veces citados, 51, 52 y 53 del ET (STS, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2008). Significativa en este aspecto resulta la reciente Sentencia núm. 6022/2010 de 22 septiembre JUR 2010\374839 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, cuando se refiere a:

*"... la posible incoherencia de reconocer la improcedencia cuando existen causas objetivas, no podemos desconocer que en los dos últimos años la mayoría de extinciones de contratos indefinidos se han producido a través del despido reconocido como improcedente por la empresa, que supone el abono de una indemnización sustancialmente superior a la prevista por la ley para un despido objetivo, más del doble, pese a lo cual se ha acudido de forma masiva a esa posibilidad, tanto por desconfianza en la decisión judicial en caso de impugnación del despido, como por la celeridad en la adecuación de la plantilla a las necesidades reales de la empresa, de ahí que, la existencia de esos antecedentes de reconocimiento de improcedencia puedan ser tenidos como indicios de posibles irregularidades, pero no tienen peso suficiente como para determinar, por sí solos, la declaración de nulidad postulada, debiendo estar al contenido de la resultancia fáctica en cuanto a resultados*

*económicos y de facturación que, como hemos adelantado, justificarían la decisión empresarial que se impugna.”*

Así las cosas, la reforma protagonizada por el RDL, que posteriormente se verá confirmada por la Ley 35/2010 que lo convalida, se caracteriza, tanto en el plano colectivo como individual de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, por la concurrencia de tres elementos:

- a) La unificación y flexibilización de las causas por las que el empresario puede extinguir los contratos de trabajo.
- b) Un menor rigor en el concurso de los requisitos formales, limitando las causas de nulidad de la extinción.
- c) Un abaratamiento, a favor del empresario, del coste de la indemnización debida.

Pasemos, seguidamente, al estudio de cada uno de dichos elementos.

- a) La unificación y flexibilización de las causas por las que el empresario puede extinguir los contratos de trabajo.

En primer lugar el RDL viene a unificar criterios en torno tanto a las causas que justifican el despido colectivo del art. 51 ET como de la extinción por causas objetivas del art. 52 ET. A diferencia del anterior redactado del art. 52 c) ET que, sin perjuicio de remitirse nominalmente a las causas del art. 51.1 ET, concretaba el alcance particular de cada una de ellas y de modo autónomo al de los despidos colectivos, con la reforma el art. 2. Tres del RDL se señala textualmente que:

*“La letra c) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactada en estos términos:*

*c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.*

*Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.”*

La remisión expresa en cuanto a las causas del despido objetivo nos obliga a acudir al art. 51.1 ET (art. 2. Uno RDL), el cual tras indicar que:

*“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 trescientos o más trabajadores.”*

define de la siguiente manera el alcance de la causa económica que faculta al empresario a dar por extinguido el contrato de trabajo:

*“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”.*

De este modo, se elimina la distinta definición y alcance de las causas extintivas de las que participaban los despidos colectivos y los objetivos, manteniéndose, no obstante, la tradicional distinción entre la previa negociación y autorización de la autoridad laboral administrativa en los

primeros, y la mera comunicación y posterior control por la autoridad judicial en las segundas, con competencia de diferentes jurisdicciones para su resolución judicial: contenciosa administrativa para la impugnación de los despidos colectivos, y social para los despidos objetivos (sin perjuicio de los supuestos específicos en que es la jurisdicción social la competente para resolver determinados conflictos surgidos de la aplicación de las resoluciones administrativas dictadas en la tramitación de expedientes de regulación de empleo -STS de 23 de enero de 2006. Rº 1453/2004-); y pendiente, en cualquier caso, de la aprobación en el plazo de seis meses de un proyecto de ley de reforma del vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores (Disposición adicional decimoquinta del RDL); atribución, por cierto, ya prevista en el apartado 2 de la Disposición adicional quinta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme a la cual:

*“2. Los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre: Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación.”*

Como señala Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer -opus citada, pág. 3-, a diferencia de otros sistemas comparados cercanos, nuestro ordenamiento se ha venido caracterizando por una intervención preceptiva de la Administración laboral en los despidos colectivos que supone una posibilidad de veto o una exigencia de autorización de esos despidos. Esa intervención se remonta al año 1935 y se estableció para despidos parciales de trabajadores, reducciones de plantilla sin cese total de actividades, en las que el Ministro de Trabajo estaba facultado para imponer como alternativa a esos despidos, turnos de trabajo o reducciones de jornada de trabajo, en la medida que ello fuera posible. Desde ese momento las reestructuraciones y reducciones de plantilla se han sometido a intervenciones administrativas de distinto alcance y significado, especialmente intensas en el franquismo, dada la amplia discrecionalidad de la autoridad laboral, y aunque esa discrecionalidad se ha reducido, la autorización ha continuado en el sistema democrático y también tras nuestra entrada en la Unión Europea, sin que se haya cuestionado formalmente su constitucionalidad ni su disconformidad con el Derecho comunitario, ni haber cedido a su propuesta de supresión.

Por de pronto, la nueva redacción de la causa económico-extintiva viene a superar los criterios últimos sostenidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) en torno a la obligación del empresario no sólo de acreditar que existe una situación económica negativa, sino que la extinción del contrato de trabajo *“contribuya, en términos de estricta y mínima razonabilidad, a superarla”*, incorporando al nuevo texto las tesis inicial y tímidamente iniciadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 29-5-2001, luego seguidas por las de 23 de enero, 11 de junio y 29 de septiembre de 2008 y, finalmente, confirmadas por la reciente sentencia de 27-4-2010.

En relación a la existencia de causas económicas que justifiquen la extinción del contrato de trabajo, el criterio de nuestros tribunales fue unificado por la Sala Cuarta del TS en diversas sentencias, entre las que pueden citarse las de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10679) y 15 de octubre de 2003 (RJ 2004, 4093) y, en particular, la sentencia de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 3468), dictada en el recurso 730/2007 .

En síntesis, lo que vienen a establecer tales sentencias es que la justificación de un despido objetivo económico tenía que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: a) el supuesto de hecho que determina el despido -*“la situación negativa de la empresa”*-; b) la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de *amortizar un puesto de trabajo* con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa); y, c) *“la conexión de funcionalidad o instrumentalidad”* entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.

El enunciado anterior al RDL de los arts. 51.1 y 52 c) del ET, descansaba, esencialmente, en que las extinciones y/o amortizaciones de los puestos de trabajo no sólo debían venir dadas por la situación objetiva de pérdidas económicas de la empresa, sino que tal medida tenía que

dirigirse a superar una situación económica negativa y, en los casos de despidos colectivos además, garantizar la viabilidad futura de la empresa.

Por su parte también el TS en su sentencia de 23 de enero de 2008, rec. 1575/2007 (RJ 2008, 2552) y remitiéndose a otras resoluciones de la misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así las Sentencias de 10 de Mayo de 2006, rec. 725/05 (RJ 2006, 7694), 31 de Mayo de 2006, rec. 49/05 (RJ 2006, 3971) y 11 de Octubre de 2006, rec. 3148/04 (RJ 2006, 7668), había señalado con respecto a empresas u organizaciones que el término genérico "*dificultades*", que el art. 52 c) del ET utilizaba para describir la coyuntura de la empresa afectada por las "*causas técnicas, organizativas o de producción*" justificativas del despido, era sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad. En el momento del despido tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia habían de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos.

Caracterizaba, por tanto, al supuesto de hecho del art. 52 c) del ET que la amortización del puesto de trabajo que justificaba el despido respondía o reaccionaba frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resultaba de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS 17-5-2005, rec. 2363/2004 -RJ 2005, 9696-), pero no el despido objetivo por causas empresariales. La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantenía, como ha declarado también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 30-9-1998, rec. 7586 -RJ 1998, 7586-, y STS 21-7-2003, rec. 4454/2002 -RJ 2003, 7165-), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales. Amortización del puesto de trabajo vinculada a alguna de las causas del anterior art. 51.1. ET, que desaparece tanto del texto reformado por el RDL como de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre que lo convalida, modificación lógica si se atiende a que en la sentencia de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 3468. Recurso 730/2008) se decía también que si las "*pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa*", pues, "*la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados*". Y es que desaparecido, pues, el requisito de que la amortización del puesto de trabajo se corresponda con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, resulta evidente la mayor flexibilización perseguida con la reforma.

Reforma que ya se perfilaba en la referida STS de 23 de enero de 2008 (rec. 1575/2007), cuando vino a afirmar que, a partir de la modificación del art. 52 c) ET establecida en la Ley 63/1997, las "*dificultades*" que justificaban la modalidad de despido descrita en el mismo no necesitaban ser de tal entidad que pusieran en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Bastaba con que "*impidan*" su "*buen funcionamiento*", refiriendo éste bien a las "*exigencias de la demanda*", bien a la "*posición competitiva en el mercado*". La primera expresión alude a lo que la propia ley llama "*causas productivas*", que surgen "*en la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*", mientras que la segunda apunta indistintamente a las "*causas técnicas*", relativas a los "*medios o instrumentos de producción*" y a las "*causas organizativas*", que surgen "*en la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal*" (STS 14-6-1996 -RJ 1996, 5162-), rec. 3099).

Dicho de otro modo, por lo que se refiere a la existencia de una causa económica que justifique la extinción del contrato de la actora y que el precepto legal define como situación económica negativa, el TS, en sentencia de 29 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5536, recurso nº 1659/2007), ha señalado que debe ponerse de manifiesto a través de pérdidas sostenidas y significativas, además de continuadas y cuantiosas.

En la sentencia de 11 de junio de 2008, rec. 730/2008 (RJ 2008, 3468) se decía también que si "*estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica*

negativa", pues, *"la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados"*. En el mismo sentido, la STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5452, recurso nº 2022/2000) donde se dice que *"la acreditación de la razonabilidad en términos económicos del acuerdo de extinción de uno o varios contratos de trabajo suele ser más fácil (en los casos de pérdidas continuadas de negocio), ya que tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa"*.

Por lo tanto la existencia de pérdidas justificaba la existencia de una situación económica negativa si éstas eran cuantiosas y continuadas en el tiempo.

Esta flexibilización del TS en torno a admitir, como causa económica razonable de extinción contractual -acreditada la previa existencia de pérdidas en la empresa-, la disminución, por mínima que fuere, de los costes de personal, aliviando la situación de crisis económica persistente, se ve confirmada por la reciente del STS de 27 de abril de 2010, que tras repasar los criterios sentados por la Sala de lo Social en orden a la justificación -procedencia- de los despidos en situaciones de crisis (apartado 3 de su Fundamento de Derecho Segundo), reitera lo ya resuelto en su importante sentencia de 11 de junio de 2008 en el sentido de que:

*"salvo supuestos especiales y de características peculiares, basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas para estimar que la amortización de puestos de trabajo contribuye a superar la situación de crisis económica. Y no corresponde a la empresa la carga de probar que la medida adoptada era suficiente para superar la crisis, ni que se adoptaban otras medidas que garantizaban la superación de la crisis"*.

En todo caso, el RDL introduce tres requisitos básicos para proceder a la extinción contractual -colectiva e individual- por razones económicas: 1º) la existencia de una situación económica negativa de la empresa derivada de sus resultados, 2º) la acreditación de tal extremo por la empresa, 3º) que de lo anterior se deduzca mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva.

Es precisamente este criterio de razonabilidad sobre el que descansa la proporcionalidad de la medida extintiva adoptada por el empresario. Como se ha venido afirmando: *"el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva (...), debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegara a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario"* (STSJ de Andalucía de 6 de noviembre de 2009 -recurso 3883/2009-).

- b) Un menor rigor en el concurso de los requisitos formales, limitando las causas de nulidad de la extinción.

El segundo elemento que caracteriza la reforma del RDL viene dado por una flexibilización de la forma en que la extinción contractual debe llevarse a cabo y de los efectos de su incumplimiento; flexibilización que atañe particularmente a las extinciones individuales -cualquiera que fuera su causa-, con especial incidencia en las causas de nulidad.

Así, es de destacar:

- 1º) Reducción del plazo de preaviso.

La letra c) del apartado 1 del artículo 53 ET, queda redactada en los siguientes términos:

*"c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento."*

Se reduce, pues, el anterior plazo de treinta días de preaviso, facilitando al empresario una más pronta aplicación de los efectos extintivos del contrato de trabajo, evitando la lógica desafección y falta de motivación que el anuncio de extinción provoca en el rendimiento laboral del trabajador afectado.

2º) El apartado 4 del artículo 53 ET, suprime la anterior mención, como causa de nulidad de la decisión extintiva: *“Cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo”*, incumplimiento que no era otro que el contenido en las letras a) y b) del art. 53.1.

Por lo tanto, el incumplimiento patronal de sus obligaciones formales de comunicación escrita al trabajador expresando la causa, y la puesta a su disposición, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de la indemnización legal, dejan de anudar como efecto la nulidad, para limitar la calificación judicial a la de simple improcedencia.

Paralelamente, la declaración judicial de improcedencia no solamente unifica criterio con respecto al tratamiento legal del despido disciplinario (arts. 55.4 ET y 108.1 LPL), orillando la calificación de nulidad a los supuestos del apartado 4 del art. 53 ET, con base a discriminaciones prohibidas constitucional o legalmente, violación de derechos fundamentales y libertades públicas y suspensiones del contrato de trabajo originadas por maternidad, riesgo durante el embarazo, la lactancia natural, enfermedades derivadas de tales situaciones, adopción o acogimiento o paternidad, excedencia por maternidad, ejercicio de los derechos a favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género y, finalmente, reingreso de los trabajadores al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, sino que, además, permite al empresario recuperar los salarios de tramitación abonados y las cuotas de cotización correspondientes cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido objetivo se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda (art. 57 ET).

3º) Consecuentemente y de manera paralela, se producen complementariamente otras tres modificaciones de alcance:

- El apartado 2 del artículo 122 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (LPL), suprime las letras a) y b), relativas a la necesidad de calificar de nulas las decisiones extintivas mediando el incumplimiento de aquellas obligaciones formales.
- Se añade un último párrafo al apartado 4 del artículo 53 ET, que queda redactado en los siguientes términos:

*“No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.”*

- El apartado 3 del artículo 122 LPL, queda redactado en los siguientes términos:

*“3. La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.”*

*No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.”*

En consecuencia, la no concesión del preaviso por parte del empresario continúa sin comportar no sólo la nulidad sino ni tan siquiera la improcedencia de la extinción, sin perjuicio del pago de lo debido; lo que es predicable igualmente de la puesta a disposición de la indemnización legalmente debida, en tanto sea consecuencia inmediata de un error de cálculo de carácter excusable (lo que jurisprudencialmente ya se venía admitiendo con objeto de evitar la declaración judicial de nulidad de la extinción), sin perjuicio del abono de la correspondiente diferencia (art. 123.1 LPL).

En cuanto al error excusable y su definición, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto en sus sentencias de 28 de febrero de 2006, dictada en unificación de doctrina (R<sup>o</sup> 121/05) y en la de 11-1-06 (R<sup>o</sup> 2858/2005). En esta última se afirma lo siguiente:

*“Ciertamente que poca ayuda puede obtenerse del DRAE, para el que es «excusable» lo que «admite excusa o es digno de ella», y es «excusa» el «motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión». En la práctica, una tautología que evidencia el acierto de la doctrina de la Sala mantenida hasta la fecha, pivotando la razonabilidad -excusabilidad- del error en factores tan significativos como la entidad cuantitativa del mismo [por mero error de cálculo o por divergencia en los parámetros indemnizatorios, singularmente salario y antigüedad] y la complejidad jurídica del supuesto, que en todo caso han de contemplarse desde la prevalente perspectiva de la buena fe.*

*Apurando más el concepto se ha de indicar -en su delimitación negativa- que el «error excusable» de que trata el art. 122.3 LPL no puede identificarse con el «simple error de cuenta» que «sólo dará lugar a su corrección», conforme al art. 1266 CC; si así fuese sería palmariamente innecesaria la precisión de la LPL [por establecer tal consecuencia el mandato del Código Civil] y -sobre todo- estaría de más toda referencia a la excusabilidad del error, pues el de cuenta ya lo es [excusable y corregible] por propia naturaleza y por la previsión civil referida; y en esta misma línea de delimitación negativa hemos de precisar el concepto de «inexcusabilidad», respecto del que se mantiene por la doctrina laboralista que concurre cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia.*

*Ya desde un planteamiento en positivo, el «error excusable» es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia; y a la hora de precisar este último concepto [diligencia] bien puede acudir, con la más cualificada doctrina civilística, a la que es propia del hombre medio o del «buen padre de familia»[art. 1903 CC], en el bien entendido de que frente a la protección que merece quien se equivoca, debe prevalecer la consideración de la seguridad jurídica, si con el error se incurre en culpa lata. Y al efecto también hacemos nuestra la afirmación civilista de que más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de «justa o injusta lesión de intereses en juego»; y que «el error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo». De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar.”*

c) El abaratamiento, a favor del empresario, del coste de la indemnización debida.

El tercer elemento que caracteriza la LRMT viene dado por el abaratamiento en el coste de la indemnización debida por el empresario al momento de proceder a la extinción del contrato de trabajo, facilitándose, así, la decisión patronal.

Dicho abaratamiento indemnizatorio (Disposición transitoria tercera del RDL y de la Ley 35/2010) descansa en las siguientes consideraciones:

1º) Del total importe indemnizatorio que legalmente corresponda al trabajador, será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. Debe resaltarse que así como el RDL preveía que dichos 8 días de indemnización a cargo del Fogasa serían abonados al trabajador, la Ley 35/2010 invierte la carga de la solicitud de su abono, incumbiendo al empresario solicitar su importe. Como quiera que el abono parcial de la indemnización se financia a cargo del Fogasa sin que se haya contemplado incremento alguno de su cuota, a cargo exclusivo de la empresa (regulado por el art. 32.2.2 de la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero), se concluye con que el abaratamiento del despido, cualquiera que sea su calificación judicial o empresarial, es financiada con fondos públicos a favor de las empresas que, por lo general, persiguen intereses privados.

2º) La indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate (despido objetivo o colectivo) y de su calificación judicial (de procedencia o improcedencia, caso de impugnarse por el procedimiento regulado en el art. 120 y concordantes LPL) o empresarial (para el supuesto de que la decisión patronal de extinción objetiva no sea impugnada por el trabajador afectado ante los tribunales o en los supuestos de reconocimiento de improcedencia del art. 56.2 ET). No será de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (consistente en el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias), creándose *ex lege* una grave distinción cuantitativa respecto del importe indemnizatorio entre aquellos trabajadores que vieron extinguir sus contratos de trabajo en empresas de menos de 25 trabajadores y con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, al verse afectados por los límites expresados.

Consecuentemente, debe entenderse que el abono a cargo del Fogasa de parte de la indemnización legal, lo será con independencia de la calificación judicial o el reconocimiento empresarial de improcedencia del despido. Del mismo modo, los ocho días de salario por año de servicio a cargo del Fogasa deberán proyectarse sobre el monto total indemnizatorio que será bien de 20 días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, para el supuesto de que se declare la procedencia de la extinción por causas objetivas (art. 53.1.b ET, quedando en 12 días por año de servicio, con el citado máximo); de 45 días por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades, si se declarase su improcedencia (arts. 53.5 ET y 123.2 LPL, quedando en 37 días de salario por año de servicio con el citado límite máximo), o de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades, si el contrato resuelto lo es en su modalidad de fomento de la contratación indefinida (art. 3 del RDL que modifica la Disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, quedando en 25 días por año de servicio con el anunciado límite máximo).

3º) Para que proceda el abono parcial de la indemnización a cargo del Fogasa, será preciso que previamente se haya procedido a extinguir el contrato de trabajo por cualquiera de las causas a que se refieren los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

4º) Los contratos a extinguir por tales causas tan solo podrán ser los de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010 (esto es, a partir del 18-6-2010), y siempre que los mismo hayan tenido una duración superior a un año, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa.

Para el supuesto de que la duración de los contratos fuera inferior a la expresada o se trate de contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010, la indemnización establecida legalmente será abonada totalmente y a su cargo por el empresario, rigiendo lo dispuesto en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores (esto es, el Fogasa abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta

Ley o por la causa prevista en el párrafo c del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

5º) El empresario deberá hacer constar en la comunicación escrita al trabajador el salario diario que haya servido para el cálculo de la indemnización a su cargo, en los términos que se determinen reglamentariamente.

6º) El abono parcial a cargo del Fogasa de la indemnización extintiva será de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de Capitalización, esto es, hasta el 31-12-2011 (disposición final segunda del Real Decreto-Ley 10/2010 y Disposición adicional décima de la Ley 35/2010).

Significa en la práctica lo anterior que los ocho días de salario por año de servicio a cargo del Fogasa, tan solo se abonarán durante el periodo comprendido entre los días 18 de junio o 19 de septiembre de 2010 (fechas de entrada en vigor, respectivamente, del RDL y Ley 35/2010) a 31 de diciembre de 2011, fecha ésta última a partir de la cual, deberá haberse aprobado por el gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determina, debiendo estar operativo a partir de 1 de enero de 2012.

La regulación del mismo reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de Capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo.

### **3. La convalidación del Real Decreto-ley 10/2010 por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Consideración de las enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado durante su tramitación parlamentaria.**

#### **3.1 Tramitación ante el Congreso de los Diputados.**

Como quiera que la aprobación de la reforma del mercado de trabajo se materializó mediante Real Decreto-ley respondiendo a una situación de extraordinaria y urgente necesidad, el ejecutivo se vio en la necesidad de proceder a convalidarlo por ley, previo sometimiento a debate y votación por el Congreso de los Diputados, atendiendo al mandato constitucional previsto en el art. 86 de nuestra Carta Magna.

De este modo, el B.O.C. del Congreso de los Diputados nº 81-1, de 24 de junio de 2010, daba cuenta del sometimiento a debate y votación de totalidad por la citada Cámara en su sesión del día 22 de junio de 2010, en la que se acordó su convalidación, acordándose su remisión a la Comisión de Trabajo e Inmigración, para su aprobación con competencia legislativa plena, abriéndose un plazo hasta el 5 de julio de 2010 para que los diputados y grupos parlamentarios pudieran presentar enmiendas.

Por lo que ahora interesa, el proyecto de ley mantiene incólume el texto del art. 51.1 ET - en su redacción dada por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio - respecto a la concreción de la causa económica para proceder tanto a la extinción colectiva como individual del contrato de trabajo.

Será en el trámite de enmiendas, al amparo del art. 97 del Reglamento de la Cámara, donde se debata de manera amplia la concreción de la causa económica extintiva (B.O.C. del Congreso de los Diputados nº 81-8, de 27 de julio de 2010).

Los grupos parlamentarios aportaron diferentes iniciativas dirigidas, las más de las veces, a poder obtener una redacción más precisa a los conceptos del art. 51.1. ET, evitando el excesivo grado de judicialización e inseguridad jurídicas para las empresas como consecuencia de sus decisiones extintivas, acudiendo a otras fórmulas indemnizatorias más costosas. Así pues, el nexo común entre todas ellas descansa en elementos tales como certeza, mayor seguridad jurídica, mayor rigor y clarificación en la definición de la causa económica.

De entre tales enmiendas, destacaré las siguientes:

a) Grupo Parlamentario Mixto

Enmienda nº 80

*Se entiende que concurren causas económicas cuando la empresa en el último ejercicio económico haya obtenido pérdidas superiores al 10 por ciento de los costes de personal de ese mismo ejercicio, incluidas las cargas sociales. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar las pérdidas aportando el último Impuesto sobre Sociedades, para despidos en empresas con entidad jurídica, o el último Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para despidos de empresarios individuales.*

*Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá también que concurren causas económicas cuando se cumpla en la empresa cualquiera de las condiciones siguientes:*

- a) Que los resultados económicos totales, computando a tales efectos los de explotación, financieros y extraordinarios, de la empresa pasen a ser negativos durante, al menos, un ejercicio.*
- b) Que los resultados de explotación de la empresa pasen a ser negativos durante, al menos, un ejercicio.*
- c) Que el importe neto de la cifra de negocios experimente un descenso de, al menos, el 25 por ciento anual.*

Enmienda nº 149

*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva y que la reducción de plantilla reducirá los resultados negativos haciendo viable la empresa.*

b) Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

Enmienda nº 103

*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una progresiva evolución económica negativa que haya conducido a una situación de pérdidas. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar la evolución negativa en los tres últimos ejercicios económicos y las pérdidas alegadas, así como justificar que la decisión extintiva permite o contribuye, junto con otras medidas, a superar la situación económica desfavorable. En el supuesto de grupo de empresas se tomará en consideración la evolución económica de las empresas del grupo.*

*Para garantizar la correcta evaluación de la situación objetiva de la empresa que justifique los despidos o cambios sustanciales de las condiciones de trabajo, se proporcionará a los representantes de los trabajadores o, en su ausencia, a los sindicatos representativos del sector, toda la información empresarial para su análisis.*

c) Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

Enmienda nº 212

*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa o de la evolución de su nivel de actividad se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa acreditará los resultados o la evolución del nivel de actividad que sirven de base a la decisión extintiva.*

El B.O.C. del Congreso de los Diputados nº 81-11, de 5 de agosto de 2010, tras someter a votación las enmiendas presentadas, aprobó el redactado del art. 51.1 ET que debería presentarse posteriormente ante el Senado, introduciendo una ampliación de los casos en que se entendía que concurría la causa económica como justificativa de la extinción del contrato de trabajo:

*“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.”*

Por su parte, la letra c) del artículo 52 ET continuó remitiéndose a su art. 51.1 respecto de las distintas causas objetivas de extinción del contrato de trabajo.

### 3.2 Tramitación ante el Senado.

Los grupos parlamentarios en el Senado presentaron dos vetos, de iniciativa de ICV y ERC, y más de 245 enmiendas al proyecto de Ley de reforma laboral que fueron debatidas el 25 de agosto de 2010 en la Comisión de Trabajo e Inmigración, con competencia legislativa plena.

El B.O.C. del Senado nº 72(f), de 1 de septiembre de 2010, publicó el texto aprobado por la cámara alta, sin cambio alguno respecto del remitido por el Congreso.

### 3.3. Aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados y publicación en el B.O.E. Estudio de las modificaciones introducidas.

Superado el trámite legislativo en la Cámara Alta, el proyecto de ley fue devuelto al Congreso para su debate en pleno y aprobación definitiva el 9 de septiembre de 2010, coincidiendo con el acto masivo de representantes sindicales convocado 20 días antes de la huelga general.

Definitivamente, el B.O.C. del Congreso de los Diputados nº 81-13, de 15 de septiembre de 2010, aprueba el texto definitivo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, publicada en el B.O.E. nº 227, de 18 de septiembre del mismo año.

Reiterando en lo necesario lo ya comentado con ocasión del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, resaltaré las modificaciones de alcance introducidas en redactado del art. 51.1 ET por lo que se refiere al objeto del presente estudio, la causa económica como justificativa de la extinción del contrato de trabajo.

De entrada, el preámbulo de la ley justifica la reforma de los arts. 51 a 53 ET y correlativos de la LPL indicando que:

*“...se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores. La experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas*

*en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente.*

*Se ha estimado necesaria, en consecuencia, una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. En este sentido, no sólo se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia, sino que la modificación integra en la Ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de su tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales sobre esta materia. En definitiva, se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación. Se incluyen también determinadas disposiciones en relación con el preaviso y el incumplimiento de los requisitos formales en la extinción del contrato por causas objetivas.”*

Bajo tal criterio, el art. 2. Uno de la ley da nueva redacción al art. 51 ET que amplía el texto anterior del RDL, quedando del siguiente tenor:

*“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.**”*

La nueva redacción del precepto amplía la simple existencia de pérdidas económicas no sólo a las actuales y acreditadas sino, además, a las previstas en que la decisión extintiva debe constituir un instrumento necesario y adecuado para superar el deterioro de los resultados económicos, máxime cuando la reducción de otros costes no resulte posible o efectiva y sirva para corregir las deficiencias que en el aparato productivo perjudiquen el buen funcionamiento de la empresa, añadiendo la disminución, que deberá ser persistente y no aislada o coyuntural, del nivel de ingresos (significativa es la reciente Sentencia núm. 6022/2010 de 22 septiembre JUR 2010\374839 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social), siempre que en todos los casos se cumpla con el requisito alternativo de que pueda afectar a la viabilidad del proyecto empresarial, esto es, a la explotación misma de la actividad social, o a la capacidad de mantener el volumen de empleo, en el bien entendido a que tal volumen deberá ser el adecuado a la realidad de su estructura organizativa y productiva.

Pero es más, la extinción o extinciones de los contratos de trabajo, si bien ya no se exige que **“contribuyan a la superación de situaciones económicas negativas para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”**, tal como se venía exigiendo con anterioridad a la reforma laboral, sí deberán justificar, en tanto se acrediten aquellos resultados económicos negativos, que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.”

Razonabilidad, no ya mínima como contemplaba el RDL, que, se insiste, actúa como elemento ponderador entre la facultad empresarial de decidir la extinción contractual y el control judicial consistente en que quede acreditado el resultado económico negativo y el fin perseguido con aquélla. Como señala la doctrina (La reforma del mercado de Trabajo. José María Goerlich Peset. Ed. Lex Nova, págs. 93 y 94), *“el control de razonabilidad supone que, cuando se atribuye a un sujeto una facultad discrecional - en el caso del empresario las decisiones de gestión de su actividad económica -, éste puede elegir entre diferentes opciones y su elección de una de estas opciones, excluyendo las manifiestamente absurdas o arbitrarias, no podrán anularse por el control de razonabilidad, porque éste no es un control de optimización (Desdentado Daroca). La norma es una admonición o advertencia a los jueces para indicarles*

*que el control judicial debe respetar el margen de decisión que corresponde a los jueces para indicarles que el control judicial debe respetar el margen de decisión que corresponde al empresario en la gestión de la empresa, de forma que si los despidos responde realmente a una situación económica negativa y son una forma “razonable” de hacerle frente, el órgano judicial no puede declararlos improcedentes, porque, a su juicio, haya otras reacciones también razonables preferibles a unos despidos, que debe utilizarse como último recurso”.*

La aplicación efectiva de la reforma irá acomodando la reforma operada a la realidad del mercado a y a las variadas situaciones que la realidad se ocupará de hacer partícipes a jueces y tribunales en sus decisiones. Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de concretar la acreditación de las causas económicas enunciadas por el art. 51.1 ET, no ya sólo aceptando algunas de las enmiendas ya comentadas sino, incluso, adoptando criterios similares a los recogidos por el art. 5.1.a) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

En ese sentido, el art. 6 del borrador de Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (puede consultarse en: [http://portaljuridico.lexnova.es/public/asp/contenidos/articulo/ficha.asp?portal=JURIDICO&cn\\_id=42822](http://portaljuridico.lexnova.es/public/asp/contenidos/articulo/ficha.asp?portal=JURIDICO&cn_id=42822)), recientemente puesto sobre la mesa de negociación por el gobierno frente a patronal y sindicatos, pretende, al menos en los despidos colectivos del art. 51 ET, marcar las pautas a seguir en cuanto a la documentación a presentar por la empresa en orden a acreditar los resultados negativos que conducen a su solicitud de extinción contractual, poniendo especial atención en advertir que tratándose de pérdidas previstas no podrán tener un carácter meramente coyuntural y que, de aprobarse, podría aplicarse por analogía a los despidos objetivos del art. 52 c) ET.

Señala en concreto lo siguiente:

*“Artículo 6. Documentación en los despidos colectivos por causas económicas. -*

*1. En los despidos colectivos por causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas que dan lugar a su solicitud, que acredite, en la forma señalada en los siguientes apartados, los resultados de la empresa de los que se desprendan una situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo y que justifique que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.*

*2. Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos y memoria del ejercicio o, en su caso, cuentas abreviadas e informe de gestión, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.*

*3. Cuando la situación económica negativa sea debida a la alegación de una previsión de pérdidas, el empresario, además de aportar la documentación a que se refiere el apartado anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el carácter y evolución de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualquiera otras que puedan acreditar esta previsión. Igualmente, deberá acreditar que las pérdidas previstas no tengan un*

*carácter meramente coyuntural y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva en los términos indicados en el apartado 1.*

*4. Cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberá acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante.”*

Sea como fuere, habrá que esperar a ver los resultados que la tan traída y comentada reforma de nuestro mercado de trabajo debe suponer. Por el momento, el ministro de Trabajo, Valeriano Gómez, aseguró en rueda de prensa celebrada el pasado día 20 de enero de 2010 que los primeros datos sobre la aplicación de la reforma laboral indican que se está cambiando la forma de despedir en España, ya que están disminuyendo los despidos improcedentes y están aumentando los objetivos. Concretamente, entre julio y noviembre de 2010 ha habido 250.727 despidos improcedentes, los conocidos como "express", lo que supone una disminución del 10 por ciento, mientras que en esos cinco meses ha habido una media mensual de 13.388 despidos objetivos, lo que, según dijo, supone cierto aumento.

Pedro Tuset del Pino  
Magistrado-Juez de lo Social