

As medidas da Lei 35/2010 para reducir a dualidade do noso mercado laboral

*The measures of the Act 35/2010 to reduce duality
of our labour market*



RICARDO P. RON LATAS

Profesor titular de Dereito do Traballo e Seguridade Social da Universidade da Coruña
e maxistrado suplente da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia
caito@udc.es

Resumo

O artigo leva a cabo unha superficial análise das medidas introducidas pola Lei 35/2010, co obxectivo (confesado) de reducir a dualidade e a temporalidade do noso mercado laboral.

Palabras chave: normativa laboral, mercado de traballo, política social.

Abstract

The article makes a cursory analysis of the measures introduced by Act 35/2010, with the avowed object of reducing duality and temporality within our labour market.

Keywords: *labour law, labour market, social policy.*

§1. Desde sempre (cando menos, desde a chegada da democracia parlamentaria de finais do século XX) no Estado español o lexislador ten o propio convencemento –de se obviar a clara influencia nas súas decisións das «recomendacións» dos organismos internacionais tanto públicos como «privados»– de que a reforma da normativa laboral terá un impacto rechamante¹ sobre o mercado de traballo, sen necesidade de modificar a estrutura produtiva estatal, de tal xeito que sempre que existan certas disfuncións no devandito mercado (singularmente, unha elevada taxa de desemprego) a súa intervención ha corrixilas e devolver o Estado (como sociedade capitalista) á súa natural senda de crecemento económico e conseguinte creación de emprego.

Esta é, como non podía ser doutro xeito, a finalidade que moveu o poder lexislativo español a ditar a Lei 35/2010, de 17 de setembro², de medidas urxentes para a reforma do mercado de traballo. A diferenza entre esta lei e as que (con idéntica ou similar finalidade) a precederon vén sendo o profundo impacto que a crise financeira mundial de principios de 2008³ produciu na nosa economía produtiva, ao elevar a taxa de desemprego en España até niveis descoñecidos desde hai décadas⁴. Tanto é así que España se atopa actualmente á cabeza da Unión Europea en materia de desemprego⁵, sen que exista unha previsión (crible) de que a situación poida cambiar (para mellor, loxicamente) a curto prazo.

Esta continua destrución de emprego no Estado español desde o ano 2008 –máis de dous millóns de postos de traballo son os que se perderon desde entón até o día de hoxe– resulta tan palpable que a propia exposición de motivos da Lei 35/2010 confesa sen rubor esa sangría constante de traballadores desempregados. Por iso, segue a manifestar, a súa finalidade –faltaría máis– resulta ser a de recuperar a senda da creación de emprego, atacando de modo directo (insisto niso, sempre segundo a exposición de motivos da Lei 35/2010) as debilidades do noso modelo de relacións laborais, que se manifestan nun significativo peso dos traballadores con contrato temporal, nun

¹ Son normas a que me gusta denominar «leis Tunguska», xa que o seu efecto, aínda que devastador para o traballador, produce no ámbito económico consecuencias que se esgotan coa súa soa publicación, sen que un logre adiviñar (alén de simples conxecturas) a causa real da súa chegada.

² BOE de 18 de setembro de 2010.

³ Si, é certo, o lexislador español, como sempre, non estivo moi vivo á hora de combater a crise que leva afectando ao noso mercado laboral desde hai máis de dous anos.

⁴ O paro rexistrado en España en setembro de 2010, segundo o sitio web do Ministerio de Traballo (co enderezo web <<http://www.mtin.es>>), sitúase en 4 017 763 persoas.

⁵ Segundo Eurostat (co enderezo web <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu>>) a taxa de desemprego da Eurozona no verán de 2010 sitúase no 10%, mentres que en España (a máis alta da Unión) é dun 20,3%.

escaso desenvolvemento das posibilidades de flexibilidade interna nas empresas, nunha insuficiente capacidade de colocación dos servizos públicos de emprego e na persistencia de elementos de discriminación no mercado de traballo⁶.

§2. Con esa finalidade de contribuír a reducir a destrución de emprego (e incrementar a produtividade da economía española), naceu a Lei 35/2010. Insisto en que o obxectivo declarado (sen rubor) na súa exposición de motivos é o de «corrixir a dualidade do noso mercado de traballo», e para tal fin a norma intenta, mellor, perseguir o obxectivo de reducir a inxente masa de contratos temporais que cada ano se subscriben en España –xa se verá se de xeito satisfactorio, aínda que o dubido– substituíndoos por contratos de carácter indefinido, para promover así (como aspectos máis destacables da reforma) a estabilidade no emprego e o incremento da flexibilidade interna nas empresas.

Máis en concreto, a exposición de motivos da norma afirma que as medidas incluídas nela se dirixen a lograr tres obxectivos fundamentais. O primeiro deles sería reducir a «dualidade do noso mercado laboral», impulsando a creación de emprego «estable e de calidade». Como se verá máis adiante, e xa anticipei, parece que esa redución da «dualidade» do mercado laboral ten por obxectivo diminuír o número de contratos temporais fomentando a contratación indefinida («emprego estable») e limitando a duración de certos contratos de carácter temporal, sen que, non obstante, logre quedar moi claro que é o que significa emprego de «calidade»⁷. O segundo dos obxectivos da norma parece ser o de «reforzar os instrumentos de flexibilidade interna no desenvolvemento das relacións laborais», ou o que é igual (dito de xeito máis sinxelo), posibilitar a redución da xornada en prexuízo da extinción do contrato, de tal maneira que o traballador, malia a redución salarial, poida manter o seu poder adquisitivo

⁶ Parece evidente que o lexislador esqueceu que no ano 2007 se ditou a Lei orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva de homes e mulleres, co fin (segundo a súa exposición de motivos) de levar así a cabo «unha acción normativa dirixida a combater todas as manifestacións aínda subsistentes de discriminación, directa ou indirecta, por razón de sexo e a promover a igualdade real entre mulleres e homes, con remoción dos obstáculos e estereotipos sociais que impiden alcanzala»; ou o que é mesmo peor, está a recoñecer que esa existencia da Lei se incumpriu abertamente, e que é necesario un novo pulo lexislativo.

⁷ O de estable, insisto, enténdoo, mais non o comparto, xa que aínda que se favorece a contratación de carácter fixo, facilítase, abaratándoa, a extinción do contrato. En troques, o de contratación de «calidade» non remato de encaixalo nalgunha das múltiples modificacións que a norma introduce na normativa laboral. Acaso está a referirse á creación de axencias privadas de colocación con ánimo de lucro, ou á posibilidade de contratar baixo a modalidade de contrato formativo traballadores de vinte e catro anos de idade? A complexidade da norma, engadida á súa deficiente técnica lexislativa, fai difícil sabelo.

mediante a percepción de prestacións por desemprego⁸. O último dos obxectivos é aquel con que se pretende aumentar as oportunidades das persoas desempregadas, con particular atención aos mozos, para o que se reordena a política de bonificacións á contratación indefinida co obxecto de volvela máis eficiente, facer máis atractivos para empresas e traballadores (sic) os contratos formativos e mellorar os mecanismos de intermediación laboral.

§3. Ás medidas con que a norma pretende «reducir a dualidade» do mercado laboral (lembramos que ese é o eufemismo empregado pola Lei 35/2010 para se referir á diminución da elevada taxa de contratación temporal⁹, substituíndoa por emprego de carácter indefinido¹⁰) dedícanse os tres artigos do seu capítulo I¹¹, en que se modifican os arts. 15, 49.1, 51, 52.c) e 53 do Real decreto lexislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aproba o Texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores (en diante, ET) e a disposición adicional 15.^a desa mesma norma (á cal ademais se lle engade unha nova disposición transitoria 13.^a); o art. 6 do Real decreto lexislativo 5/2000, de 4 de agosto, polo que se aproba o Texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social; o art. 122 do Real decreto lexislativo 2/1995, de 7 de abril, que aproba o Texto refundido da Lei de procedemento laboral e a disposición adicional 1.^a da Lei 12/2001, de 9 de xullo, de medidas urxentes de reforma do mercado de traballo para o incremento do emprego e a mellora da súa calidade. E nela centrarémonos a partir de agora.

§4. De todas esas modificacións legais unicamente van interesarnos as que afectan ao ET, xa que as demais se centran unicamente en: 1.^o) positivizar reiterada doutrina do Tribunal Supremo relativa ás irregularidades na contratación temporal en que veñen incorrendo as Administracións públicas, que non determinan a condición de traballador fixo do cadro de persoal, senón tan só a novación do contrato temporal noutro por tempo indefinido, mais suxeito a condición resolutoria como é a cobertura da praza

⁸ A exposición de motivos salienta esta posibilidade como mecanismo alternativo «máis san» que a contratación temporal.

⁹ A propia exposición de motivos afirma que a súa finalidade é «restringir o uso inxustificado da contratación temporal e, por outro, favorecer unha utilización máis extensa da contratación indefinida».

¹⁰ Así, por exemplo, entre os meses de xaneiro e agosto de 2010, segundo a enquisa de poboación activa (que pode atoparse no portal web do Ministerio de Traballo, co enderezo <www.mtin.es>), o número de contratos temporais rexistrados foi (en miles) de 8447,1, mentres que indefinidos unicamente se rexistraron 786,4.

¹¹ Cuxa rúbrica, por certo resulta redundante, xa que o devandito capítulo I se titula «Medidas para reducir a dualidade e a temporalidade do mercado de traballo».

ocupada en forma regulamentaria¹², xa que doutra maneira se produciría un ingreso no cadro de persoal sen respectar os principios de igualdade de oportunidades, a través da oferta pública de emprego¹³; 2.º) aplicar de modo gradual a nova contía da indemnización por finalización de contrato que xa consideraba o art. 49.1 c) do ET (sobre a que se volverá¹⁴); 3.º) engadir unha nova epígrafe ao art. 6 da Lei de infraccións e sancións na orde social¹⁵; e 4.º) ampliar os colectivos con que pode subscribirse o contrato para o fomento da contratación indefinida, que introduciu no seu momento a Lei 12/2001, de 9 de xullo¹⁶, de medidas urxentes de reforma do mercado de traballo para o incremento do emprego e a mellora da súa calidade modalidade de contrato¹⁷.

§5. A exposición de motivos da Lei insiste en que unha das razóns que a levou a modificar o réxime xurídico dos contratos temporais que se contén no ET (e que será o primeiro que nos preocupe aquí) resulta ser a de «restringir o uso inxustificado das modalidades temporais de contratación»; e para iso non se lle ocorreu outra cousa que establecer un límite temporal máximo e indispoñible nos contratos para obra ou servizo determinado, a partir do cal se considera que as tarefas contratadas teñen natureza permanente, polo que han de ser obxecto dunha contratación indefinida. Con este fin, a norma modifica o art. 15.1 a) do ET¹⁸ e imponlles a uns contratos que ela mesma adxectiva como de «duración incerta» unha «duración certa» de tres anos, ampliable até doce meses máis por convenio colectivo, aínda que só sectorial. Así, transcorrido o devandito prazo, o traballador adquirirá a condición de fixo na empresa.

¹² Véxase a nova disposición adicional 15.ª do ET, segundo redacción dada polo art. 1.6 da Lei 35/2010.

¹³ Por todas, véxase a Sentenza do Tribunal Supremo de 21 de xullo de 2008 (rec. n.º 2121/2007). Outras das particularidades que impón a disposición adicional 15.ª do ET son estas: 1.º) elimínase o límite de duración máxima dos contratos para obra ou servizo cando o empresario sexa a Administración pública; e 2.º) no límite de encadeamento de contratos temporais só se terá en conta o establecido no ámbito de cada administración.

¹⁴ Esa aplicación plásmase na nova disposición adicional 13.ª do ET, segundo a redacción que se contén no art. 1.7 da Lei 35/2010.

¹⁵ Segundo o cal se reputa infracción leve a falta de entrega ao traballador do documento que xustifique a súa condición de traballador fixo da empresa após a conversión do seu contrato de traballo temporal por superar o límite máximo legal de duración.

¹⁶ BOE de 10 de xullo de 2001.

¹⁷ Para tal efecto, o art. 3 da Lei 35/2001 modifica a disposición adicional 1.ª da Lei 12/2001 e amplía o colectivo de traballadores que pode agora subscribir a modalidade contractual de fomento para a contratación indefinida, cuxa principal característica resulta ser a contía da indemnización por despedimento improcedente nos supostos de extinción por causas obxectivas, que se rebaixa até os trinta e tres días de salario por ano de servizo e até un máximo de vinte e catro mensualidades (cfr. a epígrafe 4).

¹⁸ No seu art. 1.1.

§6. Un límite temporal semellante xa se consideraba no art. 15.5 do ET¹⁹, que tamén foi modificado pola Lei 35/2010. As novidades que incorpora a nova redacción resultan especialmente transcendentales. A primeira delas vén resolver un problema que, constatado pola xurisprudencia laboral, consistía en determinar cando o traballador contratado para obra ou servizo estivera contratado vinte e catro meses «no mesmo posto de traballo»; problema legal este que vén solucionar a nova redacción ao establecer (no seu parágrafo primeiro) que a condición de traballador fixo se adquire despois de estar contratado –nun período de trinta meses– durante máis de vinte e catro meses –con ou sen solución de continuidade– para o mesmo «ou diferente posto de traballo». É máis, a norma mesmo amplía as posibilidades do traballador para adquirir a condición de fixo, xa que esa contratación (durante máis de vinte e catro meses mediante dous ou máis contratos temporais) pode darse mesmo co mesmo «grupo de empresas» (laboral, loxicamente), co cal, a condición de fixo pode obterse mesmo traballando para dúas empresas distintas.

A segunda desas novidades resulta ser unha nova ampliación das posibilidades con que conta o traballador para adquirir a condición de fixo na empresa. A Lei 35/2010 engade, en efecto, un novo (segundo) parágrafo ao art. 15.5 do ET, en que se lle permite ao traballador converter o seu contrato temporal en indefinido «cando se produzan supostos de sucesión ou subrogación empresarial conforme ao disposto legal ou convencionalmente». Deixando de lado a inútil reiteración conceptual en que incorre a norma²⁰, o certo é que con ela cabe preguntarse se o feito da novación subxectiva que se produce na sucesión de empresa varía a natureza do contrato; ou, dito doutro modo, se estando obrigado o empresario entrante (en determinados supostos) a manter a relación laboral cos traballadores da empresa saínte, iso supón que nos atopemos tras iso cun novo contrato. Ao meu modo de ver, a resposta debe ser necesariamente negativa, sen que a simple novación subxectiva signifique que nos atopemos cun novo contrato.

¹⁹ Os traballadores que nun período de trinta meses estivesen contratados durante un prazo superior a vinte e catro meses, con ou sen solución de continuidade, para o mesmo posto de traballo coa mesma empresa, mediante dous ou máis contratos temporais, sexa directamente ou a través da súa posta a disposición por empresas de traballo temporal, coas mesmas ou diferentes modalidades contractuais de duración determinada, adquirirán a condición de traballadores fixos.

²⁰ Sucesión e subrogación empresarial refírense ao mesmo fenómeno normativo, isto é, a sucesión de empresas que regula o art. 44 do ET. Quizais o lexislador queira referirse con iso ao fenómenos das contratas e subcontratas de obras ou servizos, xa que cando se produce unha sucesión é posible que teña lugar un fenómeno de sucesión de empresas.

A última desas novidades anunciadas ten a ver coa prerrogativa a favor da Administración pública que se introduce no último parágrafo do art. 15.5 do ET, ao se permitir agora inaplicar as previsións da epígrafe 5 do art. 15 do ET aos «contratos temporais establecidos no marco de programas públicos de emprego-formación, así como aos contratos temporais que sexan utilizados por empresas de inserción debidamente rexistradas, cuxo obxecto sexa considerado como parte esencial dun itinerario de inserción personalizado».

§7. O art. 49.1 do ET (que, lémbrese, é o que relaciona as distintas causas de extinción do contrato de traballo) viu modificada a súa letra c)²¹. A reforma que introduce a Lei 35/2010 límitase a aumentar a indemnización a que ten dereito o traballador cando finalice o seu contrato temporal, que pasa (de xeito progresivo, tal e como xa se deixou escrito) de oito a doce días de salario por ano de servizo. Aínda que aparentemente intranscendente (alén do aumento do custo da extinción dos contratos temporais), o certo é que agora son identificadas con ela (monetariamente falando, claro) as extincións por fin de contrato (temporal) e por causas obxectivas.

E é que, de se atender á literalidade da disposición transitoria terceira da Lei 35/2010, os contratos de carácter indefinido (tanto ordinarios como de fomento para a contratación indefinida) asinados a partir do 18 de xuño de 2010²² que se extingan por causas colectivas (*ex art. 51 do ET e 64 da Lei 22/2003, de 9 de xullo, concursal*) ou obxectivas (*ex art. 52 do ET*)²³ «serán bonificados» polo Estado a través do Fondo de Garantía Salarial (aínda que sexa certo que este se nutre das achegas empresariais), xa agora este «organismo autónomo dependente do Ministerio de Traballo (...) con personalidade xurídica e capacidade de obrar»²⁴ deberá ser o que lle aboe ao traballador oito dos vinte días de salario que resultan de extinguir os contratos por causas obxectivas ou colectivas, de modo que o empresario queda unicamente obrigado a lle pagar ao

²¹ Isto é, a que permite extinguir o contrato por expiración do tempo convindo ou realización da obra ou o servizo obxecto do contrato.

²² Segundo a epígrafe 3 da disposición transitoria 3.^a da Lei 35/2010, «o aboamento procederá sempre que o contrato tivese unha duración superior a un ano».

²³ Á vista do disposto na epígrafe 2 da disposición transitoria 3.^a da Lei 35/2010, alí onde afirma que «a indemnización será calculada segundo as contías por ano de servizo e os límites legalmente establecidos en función da extinción de que se tratar e da súa cualificación xudicial ou empresarial», pódese soste sen empacho que a bonificación se producirá tanto nos casos de que a extinción for declarada procedente como improcedente, tendo en conta a referencia expresa que se fai á cualificación xudicial da extinción contractual.

²⁴ Art. 33.1 do ET.

traballador doce días de salario, polo que debe «facer constar na comunicación escrita ao traballador o salario diario que servirá para o cálculo da indemnización ao seu cargo»²⁵.

§8. O art. 51 do ET é outro dos preceptos estatutarios que sufriu unha extensa e profunda transformación, ao modificar a Lei 35/2010 cinco das súas quince (aínda que a décima foi derogada pola Lei concursal) epígrafes. Entre esas modificacións inclúense algunhas relativas ás medidas necesarias para atenuar as consecuencias das extincións contractuais²⁶ ou á posible substitución do período de consultas por un procedemento de mediación ou arbitraje; porén, a máis importante de todas elas é a que se considera na epígrafe 1 do precepto.

En efecto, unha das modificacións de maior calado que introduce a Lei 35/2010 –xa non só do art. 51 do ET, senón de toda a normativa laboral– é a que se refire ás causas de despedimento por razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción, a que se lles dá agora unha nova redacción. Así, conforme ao disposto arestora no art. 51.1 do ET, concorren causas económicas cando «dos resultados da empresa se desprenda unha situación económica negativa, en casos tales como a existencia de perdas actuais ou previstas, ou a diminución persistente do seu nivel de ingresos, que poidan afectar á súa viabilidade ou á súa capacidade de manter o volume de emprego». Para estes efectos, continúa o precepto, «a empresa terá que acreditar os resultados alegados e xustificar que destes se deduce a razoabilidade da decisión extintiva para preservar ou favorecer a súa posición competitiva no mercado».

O primeiro que chama a atención da nova redacción que a reforma lle dá ao art. 51.1 do ET resulta ser, ao meu modo de ver, a lasitude con que se contemplan agora as causas económicas que poden dar lugar á extinción dos contratos de traballo. Non está de máis lembrarmos aquí que antes da reforma (e durante anos) os tribunais laborais viñan concluíndo (á vista do disposto no antigo art. 51.1 do ET, para o que a concorrencia de causas económicas esixía que a extinción contractual contribuíse a «superar unha situación negativa da empresa») que «agás supostos especiais e de características peculiares, abonda con acreditar a existencia de perdas continuadas e cuantiosas para estimar que a amortización de postos de traballo contribúe a superar a

²⁵ Epígrafe 4 da disposición transitoria 3.^a da Lei 35/2010.

²⁶ Así, por exemplo, esíxese no art. 51.4 do ET a elaboración dun «plan de acompañamento social» que considere as medidas que se discutirán durante a tramitación do expediente para atenuar as súas consecuencias.

situación de crise económica. E non corresponde á empresa a carga de probar que a medida adoptada era suficiente para superar a crise, nin que se adoptaban outras medidas que garantían a superación da crise²⁷»; é dicir, que se se acreditaba a existencia de perdas continuadas e cuantiosas, a empresa non necesitaba probar que a extinción do contrato de traballo contribuía á superación de situacións económicas negativas. En calquera outro caso, en cambio, era necesario probar que o despedimento contribuiría a superar a situación económica negativa da empresa, para o que debía examinarse a conexión funcional ou instrumental entre a medida extintiva adoptada e o obxectivo de lle facer fronte á situación económica negativa, para lograr un novo equilibrio que permitise reducir as perdas ou recuperar os beneficios; e debía acreditarse que a extinción contractual constituía unha medida suficiente e axeitada para superar a crise, sen ser preciso para adoptar tal medida (o despedimento do traballador) que a situación económica negativa da empresa fose irreversible (antes ao contrario, o máis propio e característico destes supostos é que se trate de situacións que non son definitivas, é dicir, recuperables, e que precisamente coa adopción desas medidas extintivas se busque e pretenda superar esa situación deficitaria da entidade e conseguir un adecuado funcionamento económico desta), ao ter a decisión rescisoria a finalidade precisamente de manter no futuro a pervivencia da empresa.

É dicir, e polo que aquí interesa, que a situación económica negativa debía ser actual (fose ou non prolongada no tempo) e a medida extintiva debía contribuir (xunto, loxicamente, con outras medidas) a superala, do que resulta así o verbo «contribuír» o elemento chave e decisivo do precepto (é sabido que contribuír equivale a axudar e concorrer con outros ao logro dalgún fin), sen ser preciso que o despedimento fose en por si medida suficiente e ineludible para a superación da crise, pois abundaba para tal fin que esa rescisión contractual «contribuíse» á mellora da empresa, é dicir, que axudase ou favorecese a conseguir esa mellora; isto malia tal contribución ter que ser directa e axeitada ao obxectivo que se persegue, sen deber tomar en consideración a contribución simplemente ocasional, tanxencial ou remota.

Arestora, en troques, a norma, aínda que se refíre expresamente aos resultados da empresa (como medio de acreditación) e segue a usar a expresión «situación económica negativa», substituíu o verbo «contribuír» pola expresión «despréndase», permitindo extinguir os contratos («en caso tales», afirma a norma) cando existan tanto perdas actuais (non necesariamente continuadas nin cuantiosas) como previstas, ou mesmo naquelas ocasións nas cales simplemente se constate nos resultados contables

²⁷ Sentenza do Tribunal Supremo de 11 de xuño de 2008 (rec. n.º 730/2007).

da empresa a presenza dunha diminución (persistente, agora si) do nivel de ingresos, de tal maneira que afecten á súa viabilidade ou á súa capacidade (loxicamente, digo eu, porque doutro modo non cabería acudir á extinción contractual por esta vía) de manter o volume de emprego.

§9. De igual maneira, a norma outórgalles unha nova redacción ás causas técnicas, organizativas ou de produción. Agora enténdese «que concorren causas técnicas cando se produciren cambios, entre outros, no ámbito dos medios ou instrumentos de produción; causas organizativas cando se produciren cambios, entre outros, no ámbito dos sistemas e métodos de traballo do persoal e causas produtivas cando se produciren cambios, entre outros, na demanda dos produtos ou servizos que a empresa pretende colocar no mercado»; en cambio, antes da reforma, o art. 51.1 do ET limitábase a indicar que tales causas debían contribuír a «garantir a viabilidade futura da empresa e do emprego nesta a través dunha máis axeitada organización dos recursos». Pola súa parte, o art. 52. c) do ET (que tamén foi modificado, suprimindo calquera referencia ás devanditas causas; agora a norma efectúa unha mera remisión ás que considera o art. 51.1 do ET) entendía que a necesidade obxectivamente acreditada de amortizar postos de traballo existía cando o empresario acreditaba que a decisión extintiva contribuiría a «superar as dificultades que impidan o bo funcionamento da empresa, xa sexa pola súa posición competitiva no mercado ou por esixencias da demanda, a través dunha mellor organización dos recursos».

Conforme á antiga redacción que o ET lles outorgaba ás causas de extinción obxectivas por razóns técnicas organizativas ou de produción, o Tribunal Supremo viña entendendo que «as dificultades que xustifican a modalidade de despedimento [obxectivo] non necesitan ser de tal entidade que poñan en perigo a viabilidade futura da empresa ou do emprego nesta. Abonda, como se di literalmente na redacción actual do precepto, con que “impidan” o seu “bo funcionamento”, referindo este ben ás “esixencias da demanda”, ben á “posición competitiva no mercado”. A primeira expresión alude ao que a propia Lei chama “causas produtivas”, que xorden “na esfera ou o ámbito dos produtos ou servizos que a empresa pretende colocar no mercado”, mentres que a segunda apunta indistintamente ás “causas técnicas”, relativas aos “medios ou instrumentos de produción” e ás “causas organizativas”, que xorden “na esfera ou o ámbito dos sistemas e métodos de traballo do persoal”²⁸».

²⁸ Sentenza do Tribunal Supremo de 23 de xaneiro de 2008 (rec. n.º 1575/2007).

Neste mesmo sentido, o alto tribunal afirmaba que «o termo xenérico dificultades, que o art. 52 c) do ET emprega para describir a conxuntura da empresa afectada polas “causas técnicas, organizativas ou de produción” xustificativas do despedimento, é sinónimo de problemas de xestión ou perdas de eficiencia nunha ou outra das áreas en que se desprega á súa actividade. No momento do despedimento tales problemas de xestión ou perdas de eficiencia han de ser perceptibles ou obxectivables, e non apenas hipotéticos. Caracteriza, por tanto, o suposto de feito do art. 52, c) do ET que a amortización do posto de traballo que xustifica o despedimento é a que responde ou reacciona fronte dificultades xa actualizadas e acreditadas, e non a que resulta doutros proxectos, iniciativas ou anticipacións do empresario, que poderían xustificar o recurso a outras medidas de reorganización ou mellora de xestión (...), mais non o despedimento obxectivo por causas empresariais»²⁹.

Coa nova redacción do art. 51.1 do ET, abonda simplemente con acreditar que existe unha modificación –que se produciron «cambios»– nos medios ou instrumentos de produción, os sistemas e métodos de traballo do persoal ou a demanda dos produtos ou servizos que a empresa pretende colocar no mercado para se daren as causas legais que xustifican a extinción contractual, e que desa modificación (dese «cambio») se deduce razoablemente a decisión de despedir, de tal maneira que con iso se contribúa a previr (co que se elimina a actualidade) «unha evolución negativa da empresa ou a mellorar a situación desta a través dunha máis axeitada organización dos recursos, que favoreza a súa posición competitiva no mercado ou unha mellor resposta ás esixencias da demanda».

§10. A última das reformas a que a Lei 35/2010 dedica o seu capítulo I para reducir a dualidade do mercado laboral ten por obxectivo o despedimento por causas obxectivas legalmente procedentes. Xa se deixou escrito que a reforma modifica a letra c) do art. 52 do ET, suprimindo calquera referencia expresa á tipoloxía extintiva³⁰ ao efectuar agora unha simple remisión ao disposto no art. 51.1 do ET, e limitándose a indicar que o contrato de traballo poderá extinguirse «cando concorrer algunha das causas previs-

²⁹ Sentenza do Tribunal Supremo de 11 de outubro de 2006 (rec. n.º 3148/2004).

³⁰ O antigo art. 52 c) do ET afirmaba no seu parágrafo primeiro que procederá a extinción do contrato de traballo «cando exista a necesidade obxectivamente acreditada de amortizar postos de traballo por algunha das causas previstas no art. 51.1 desta lei e en número inferior ao establecido neste. Para tal efecto, o empresario acreditará a decisión extintiva en causas económicas, co fin de contribuír á superación de situacións económicas negativas, ou en causas técnicas, organizativas ou de produción, para superar as dificultades que impidan o bo funcionamento da empresa, xa sexa pola súa posición competitiva no mercado ou por esixencias da demanda, a través dunha mellor organización dos recursos».

tas no art. 51.1 desta lei e a extinción afecte a un número inferior ao establecido neste³¹». Ora ben, o que non se dixo é que a reforma introduce dúas modificacións máis no ámbito da extinción do contrato de traballo por causas obxectivas.

A primeira delas límitase a reducir o prazo de preaviso –que sinala o art. 53.1 c) do ET– que debe transcorrer entre a entrega da comunicación do despedimento até a data de extinción do contrato de traballo³², que pasa de trinta a quince días; a segunda, no entanto, presenta maior transcendencia práctica.

³¹ O lexislador deixou de solucionar a disfuncionalidade existente entre os límites cuantitativos do art. 51.1 e a normativa comunitaria, para o efecto de determinar cando nos atopamos ante unha extinción colectiva, sobre todo de se pór atención no disposto na Directiva comunitaria 1998/59, na interpretación dada pola STXCE de 15 de febreiro de 2007 (cuestión prexudicial 270/2005), xa que tales límites deberían vir referidos ao «centro de traballo» e non á empresa. Non obstante, acerca da cuestión do criterio para o cómputo do número de traballadores afectados, para os efectos de determinar a dimensión colectiva do despedimento, é dicir, se debe acudir ao total de traballadores que integran a empresa (unidade de cómputo a que remite o artigo 51.1 do ET), ou só aos do centro de traballo afectado (unidade de cómputo utilizada pola Directiva comunitaria 1998/59), o Tribunal Supremo pronunciouse na Sentenza de 18 de marzo de 2009 (rec. n.º 1878/2008) concluíndo que «o artigo 51.1 do Estatuto dos traballadores se refire de forma inequívoca á empresa como unidade para o cómputo dos traballadores afectados, para os efectos de determinar a dimensión colectiva do despedimento, configurando a empresa como marco organizativo en que debe contabilizarse o equipo; unidade de cómputo que cumpre mellor a función de garantía, como sinalou a práctica totalidade da doutrina científica (...). A este respecto, a STXCE de 18 de xaneiro de 2007, lembra que «é preciso sinalar que dos artigos 1, epígrafe 1, e 5, da Directiva 98/59 se desprende que esta directiva ten por obxecto establecer unha protección mínima en materia de información e consulta dos traballadores en caso de despedimentos colectivos, aínda que os estados membros poderán adoptar medidas nacionais máis favorables para os referidos traballadores»; e a posterior STXCE de 15 de febreiro de 2007, abunda no anterior razoando que: «Conforme ao seu segundo considerando, o obxectivo da Directiva 98/59 é «reforzar a protección dos traballadores en caso de despedimentos colectivos, tendo en conta a necesidade dun desenvolvemento económico e social equilibrado na Comunidade». Pois ben, isto é, precisamente, o que leva a cabo a nosa norma nacional, que –como di a sentenza recorrida e salienta o Ministerio Fiscal no seu preceptivo informe– establece unha regulación procedimental máis favorable para os traballadores, non só a respecto da unidade de referencia física (empresa e non centro de traballo) para o cómputo de traballadores afectados, senón tamén ao lle esixir á empresa a xustificación da causa extintiva e a necesidade da autorización previa administrativa para proceder ao despedimento colectivo (requisitos estes que non establece a norma comunitaria)». Todo o razoado, finaliza o Tribunal Supremo, «non implica que a Sala non advirta para os efectos de determinar a dimensión colectiva do despedimento (...) a posibilidade de que a aplicación da Directiva nalgún hipotético suposto puidese determinar un efecto non menos favorable que a norma nacional, circunstancia que, en calquera caso, non enerva o xa sinalado a respecto de que a función de garantía e protección dos traballadores en caso de despedimentos colectivos –a que se refire a propia norma comunitaria– é mellor cumprida pola nosa norma de dereito interno».

³² Escrito de preaviso de que, segundo redacción literal do ET, debe dárselle copia á representación dos traballadores para o seu coñecemento. No entanto, na Sentenza de 18 de abril de 2007 (rec. n.º 4781/2005) o Tribunal Supremo concluíu que esa formalidade se reduce á «entrega da copia da carta de despedimento aos representantes dos traballadores». Segundo o alto tribunal, en efecto, «hai un erro na redacción deste precepto, pois a copia que se lles debe facilitar aos representantes dos traballadores non

A razón desa importancia vén dada polo feito de que a reforma (ao modificar en consecuencia o art. 53.4 do ET) considera agora improcedente a decisión extintiva empresarial, alén de cando non quedaren acreditadas as causas da extinción (ou o que é igual, se o empresario non logra acreditar a concorrencia de causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, ou non xustifica debidamente a razoabilidade da súa decisión extintiva para favorecer a súa posición no mercado ou dar mellor resposta ás esixencias da demanda), «cando non se cumpriren» os requisitos do art. 53.1 do ET, isto é, comunicación escrita ao traballador en que se exprese a causa de extinción, posta á súa disposición (simultánea á entrega da carta) dunha indemnización de vinte días por ano de servizo –prorrateáanse por meses os períodos de tempo inferiores a un ano e cun máximo de doce mensualidades– e concesión dun prazo de preaviso de quince días³³. Deste modo, se antes da reforma o incumprimento dos

é a do preaviso, que non é en si mesmo unha comunicación do despedimento, senón unha parte do contido da comunicación do cesamento. Por tanto, a esixencia de información aos representantes sindicais do artigo 53.1.c) do Estatuto dos traballadores non se refire realmente ao preaviso, senón á comunicación do despedimento da epígrafe a) deste número; comunicación en que debe exporse a causa da decisión extintiva e en que normalmente, á parte desta mención preceptiva da causa, deben conterse tamén as referencias á concesión do preaviso e á posta a disposición da indemnización, malia o preaviso poder non incluírse na comunicación (...). Xa que logo, as formalidades serán, por unha parte, a propia comunicación escrita con expresión da causa, así como a constancia da súa recepción. Mais tamén debe incluírse entre esas formalidades a entrega da copia da carta de despedimento aos representantes dos traballadores, e iso porque a omisión desta esixencia non é un simple incumprimento dun deber de información cuxa represión se esgote nunha sanción administrativa. A información aos representantes dos traballadores sobre os despedimentos obxectivos económicos é unha peza esencial do sistema legal de control da distinción institucional entre o despedimento colectivo e o obxectivo. Sen unha información desta clase, que ten necesariamente que centralizarse na representación unitaria dos traballadores, estes terán importantes dificultades para coñeceren a situación da empresa de acordo coa correcta utilización da canle do despedimento obxectivo económico e, por tanto, será moi difícil acreditar a eventual superación dos límites cuantitativos para os efectos de manter no proceso a causa de nulidade da epígrafe d) do número 2 do artigo 122 da Lei de procedemento laboral en relación co artigo 51.1 do Estatuto dos traballadores: a utilización indebida do despedimento obxectivo por superar os límites cuantitativos mencionados no último precepto citado».

³³ O lexislador engade á redacción do art. 53.4 do ET que o erro escusable no cálculo da indemnización non determinará a improcedencia do despedimento, sen prexuízo do aboamento desta na súa contía correcta, acollendo así a doutrina do Tribunal Supremo recaída a propósito da consignación dos salarios de tramitación en caso de despedimento *ex art.* 56.2 do ET. Segundo esta cando «o empresario cometa un erro de cálculo que poida cualificarse como escusable, deben aceptarse as consecuencias que o Estatuto dos traballadores fai derivar do ofrecemento e a consignación» (Sentenza do Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 [rec. n.º 308/1999]); en troques, cando a consignación for insuficiente «por negligencia ou erro inescusables (...) o efecto exoneratorio ou interruptivo da consignación (...) malógrase» (Sentenza do Tribunal Supremo de 28 de febreiro de 2006 [rec. n.º 121/2005]). Así, por exemplo, «un indicio de erro escusable (...) é a escasa contía da diferenza entre o consignado e o que debe consignarse; diferenza achacable en ocasións a erro de conta cuxa probabilidade se acrecenta pola complexidade da estrutura retributiva nalgúns empresas» (Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de febreiro de 2006 [rec. n.º 3850/2004]).

requisitos de forma (con excepción da concesión do prazo de preaviso) daba lugar á declaración de nulidade do despedimento, agora a norma confórmase con outorgarlle a cualificación de improcedente, o que lle permite ao empresario realizar unha opción (entre indemnizar con vinte e cinco ou trinta e sete días, ou readmitir) que antes lle estaba vedada.