

## LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE DESPIDO EN LA REFORMA LABORAL ESPAÑOLA DE 2010\*

THE REDUCTION OF UNJUSTIFIED DISMISSAL COSTS  
IN SPAIN'S LABOR REFORM OF 2010

LA RÉDUCTION DES COÛTS DE LICENCIEMENT  
DANS LA RÉFORME DE LA LEGISLATION  
DU TRAVAIL EN ESPAGNE DE 2010

---

Juan GORELLI HERNÁNDEZ\*\*

RESUMEN: Uno de los elementos clave en la reforma laboral española de 2010 (introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) es, de nuevo, el abaratamiento del despido ilícito. Con este trabajo se somete a crítica dicho planteamiento y se analizan las principales novedades que la reforma aporta. De entrada, la nueva configuración de las causas de despido colectivo y de despido objetivo “plural”. En segundo lugar las alteraciones a la regulación del despido objetivo, tanto en sus causas como en la calificación del despido en relación con los requisitos formales. En tercer lugar, las modificaciones operadas en los contratos de fomento para la contratación indefinida, figura que supone una reducción del costo del despido. Por último, la actuación del Estado que va a suponer “subvencionar” a los empresarios parte del costo de despido, incluso en caso de despidos ilícitos; medida transitoria, pues en el futuro se prevé un sistema de mutualización del coste del despido.

*Palabras clave:* Flexibilidad, reforma laboral, despido, indemnización por despido, despido improcedente.

ABSTRACT: One of the key elements in Spain's labor reform of 2010 (introduced, by Act 35/2010 of September 17th, urgent measures to re-

---

\* Recibido el 14 de mayo de 2011 y aceptado para su publicación el 16 de junio de 2011.

\*\* Catedrático de Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad de Huelva ([gorelli@us.es](mailto:gorelli@us.es)).

form the labor market) is, again, lowering and unjustified dismissal. This paper criticizes the previous approach and discusses the main changes that the reform brings. First of all, the new configuration of the causes of collective dismissal objective plural dismissal. Second, the alterations to the regulation of objective dismissal, both in its causes, and the qualification of dismissal in relation to formal requirements. Third, the modifications in the encouragement contracts for permanent contracting, a figure which represents a reduction of the cost of dismissal. Finally, the State's action will mean that "subsidize" the entrepreneurs of the cost of dismissal, even in cases of illegal dismissals, temporary measure, because in the future provides a pooling system the cost of dismissal.

*Key Words:* unjustified dismissal, improper dismissal, flexibility.

**RÉSUMÉ:** Un des éléments fondamentaux de la réforme à la législation espagnole du travail (introduite par la Loi 35/2010, du 17 septembre, sur mesures urgentes pour la réforme du marché de travail) a été la réduction du coût, du licenciement injustifié. Dans cet article, on critique cette considération et on analyse les principales nouvelles qu'apporte. En premier lieu, la nouvelle configuration des causes de licenciement collectif et de licenciement objectif «pluriel». En deuxième lieu, les altérations à la régulation du licenciement objectif, dans ses causes, et dans la qualification du licenciement en relation avec les conditions requises formelles. En troisième lieu, les modifications opérées dans les contrats de promotion pour le recrutement indéfini qui suppose une réduction du coût du licenciement. Finalement, le rôle de l'État qui va «subventionner» aux entrepreneurs en partageant le coût du licenciement, même dans le cas des licenciements injustifié ; mesure transitoire, car dans l'avenir il est prévu un système de mutualisation du coût du licenciement.

*Mots-clés:* flexibilité, la réforme à la législation du travail, licenciement, indemnité de départ, le licenciement injustifié.

**SUMARIO:** I. *Objetivo de la reforma.* II. *La reformulación de las causas de despido colectivo y objetivo "plural".* III. *Reducción de costes "indirectos" en el despido objetivo. Despido objetivo por excesiva morbilidad.* IV. *El despido objetivo en los contratos de fomento de la contratación indefinida.* V. *Reducción del coste de los despidos colectivos y objetivos a través del fondo de garantía salarial (Fogasa) y la futura mutualización del coste del despido.*

## I. OBJETIVO DE LA REFORMA

Con carácter general, podemos afirmar que uno de los aspectos que mayor interés ha despertado en la reforma laboral española de 2010, introducida fundamentalmente a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo (BOE del 18 de septiembre) es, justamente, las modificaciones introducidas en la regulación del despido, que afectan tanto al despido objetivo (artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, ET a partir de ahora) como al despido colectivo (artículo 51 ET).

De entrada debemos subrayar que el legislador ha pretendido dejar íntimamente unido el tema de la necesidad de reducir la temporalidad en el mercado de trabajo con la reducción de los costes del despido. En este sentido, la Ley 35/2010 integra las modificaciones a ambas cuestiones en el mismo capítulo. El elemento que vincula a ambas cuestiones es, según la posición del legislador, que en ambos casos se persigue limitar la segmentación del mercado de trabajo, reduciendo la contratación temporal e incrementando la contratación de carácter indefinido.

No creemos que la reducción del coste del despido sirva para evitar la contratación de carácter temporal. Ya con anterioridad he tenido ocasión de negar lo acertado de este planteamiento, y he defendido que la reducción del coste del despido no implica la reducción de las tasas de temporalidad,<sup>1</sup> siendo dos cuestiones que no están necesariamente vinculadas la una a la otra.

En líneas generales, el legislador ha aceptado las tesis de cierta doctrina económica neoliberal, y parte de la idea de que un despido barato es útil para una política de empleo que busca el incremento de las tasas de ocupación y el incremento de la contratación.<sup>2</sup> De otro lado, se estima que una reducción

---

<sup>1</sup> Véase Gorelli Hernández, J., “La reducción de los costes de la extinción del contrato por despido disciplinario: ¿necesidad jurídica?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 50, pendiente de publicación; o con carácter más general véase Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, CARL, 2010, pp. 236 y ss.

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión véase Garate Castro, J., “La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación”, *Relaciones Laborales*, t. I de 2003, p. 284.

del coste del despido es esencial para reducir el peso de la contratación temporal, pues “la inclinación que las empresas españolas han mostrado hacia el contrato temporal no se debe al mero capricho, ni a aviesas intenciones, sino que es el resultado lógico de una normativa que establece para los contratos indefinidos unas condiciones de terminación excesivamente rígidas y costosas”.<sup>3</sup> Dicho de otra manera, a tenor de este planteamiento la culpa de que en España haya una contratación temporal que alcanza cifras escandalosas (la tasa de temporalidad supera el 30%, o del total de contratos que se realizan anualmente, más del 90% son contratos temporales) recaería sobre los elevados costes de extinción del despido, mientras que el coste de extinción de los contratos temporales es muy reducido.

Pues bien, entiendo que estos planteamientos son erróneos. De entrada hay que afirmar que en España, como en otros muchos países, el coste del despido es muy barato, incluso un tipo de despido es tan barato que es imposible reducirlo más: en España el despido disciplinario cuesta cero euros; basta que el empresario tenga una justa causa para despedir.

La anterior es una afirmación irrefutable, si bien en aquellos despidos procedentes o lícitos en los que la causa de despido recae sobre el empresario (los despidos colectivos, o los despidos objetivos plurales), o recae sobre el trabajador pero no sobre su voluntad (el despido objetivo netamente individual), justamente por no existir un incumplimiento del trabajador, se exige que el empresario abone una indemnización aun en caso de procedencia<sup>4</sup> o licitud del despido (concretamente de 20 días de salario por año de servicio, con un tope de 12 mensualidades de salario). Ahora bien, hay que resaltar que cuando la doctrina económica se refiere a que el coste del despido en España es caro, no se refiere al despido lícito o procedente, sino al despido improcedente (es decir, ilícito, abusivo, injusto, ilegal, contrario al ordenamiento jurídico); en

---

<sup>3</sup> Eguidazu, F, Presidente del Comité de Política Económica del Círculo de Empresarios, en ABC del 13 de julio de 2005.

<sup>4</sup> Las calificaciones judiciales de los despidos en España son, con carácter general, tres: procedencia, improcedencia o nulidad. La procedencia se produce cuando hay justa causa y se cumplen los requisitos formales del despido. El despido improcedente surge cuando no hay justa causa o no se cumplen los requisitos formales. Por último, el despido se declara nulo por discriminación, violación de derechos fundamentales, o aquellos despidos producidos durante periodos de especial protección de la trabajadora o del trabajador, al disfrutar de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

definitiva, se apuesta por la creación de empleo, aun cuando los medios no sean precisamente los más adecuados desde un perspectiva jurídica.<sup>5</sup>

Por otra parte, si bien los economistas llevan defendiendo la necesidad de reducir el coste del despido como mecanismo de creación de empleo estable, lo cierto es que jamás han sido capaces de aportar la más mínima prueba de la certeza de dicha afirmación. Sin embargo, hay pruebas en el mercado de trabajo español de que la reducción del coste del despido no tiene estos efectos milagrosos. De entrada, contamos con la experiencia de lo ocurrido con la anterior reforma del contrato de fomento de la contratación indefinida (Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2001). Con esta regulación se produce una notable reducción del coste del despido improcedente objetivo, pasando de 45 días de salario por año de servicio, con el tope de 42 mensualidades, a sólo 33 días de salario por año de servicio, con un tope máximo de 24 mensualidades. Esta reducción sustancial debería haber conducido a un incremento de la contratación indefinida, específicamente a través de esta modalidad.<sup>6</sup> ¿Y qué ha ocurrido? Si bien la evolución de esta modalidad contractual ha sido positiva (no podemos saber si como consecuencia de la reducción del coste del despido o como consecuencia del crecimiento económico producido entre 2002-2007),<sup>7</sup> de hecho la mayor parte de los contratos indefinidos se realiza a través de esta modalidad; sin embargo, no ha tenido realmente impacto sobre la contratación temporal: el porcentaje que representa esta modalidad contractual indefinida respecto del total de contratos celebrados, incluyendo los

---

<sup>5</sup> Tal como señala J. Garate Castro, “el fin justifica los medios, aunque éstos sean bien inconfesables”. “La reforma del régimen jurídico del despido; en particular de los salarios de tramitación”, *Aranzadi Social*, t. V de 2002, p. 823.

<sup>6</sup> Debe tenerse en cuenta que la reducción de la indemnización no debía suponer un incremento del número de despedidos en el momento en que se adopta la decisión de introducir esta nueva modalidad contractual, pues en el momento en que se introduce en nuestro ordenamiento, 1997, estábamos en un periodo de expansión económica, por lo que los efectos negativos de la reducción no serían percibidos en ese momento. De otro lado, la reforma debería haber incrementado la contratación de trabajadores, al menos por esta vía, pues con la reducción del coste del despido lo que se está transmitiendo a los empresarios es justamente que en los momentos de crisis será más barato el despido de los trabajadores. En este sentido, Malo Ocaña, M. A. y Toharia Cortés, L., “El coste del despido y las reformas del Estatuto de los Trabajadores”, en varios autores, *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, MTAS, 2005, p. 296.

<sup>7</sup> Malo Ocaña, M. A. y Toharia Cortés, L., “El coste del despido...”, *op. cit.*, p. 297.

temporales, es ínfimo, pues apenas ha llegado al 8% del total de los contratos celebrados, con lo que se evidencia que la reducción del coste del despido en este caso no ha tenido impacto real sobre la reducción de la contratación temporal.<sup>8</sup>

En idéntico sentido podemos hacer referencia a la reforma de 2002, con la supresión de los salarios de tramitación (una cuantía económica equivalente a los salarios dejados de percibir entre el momento del despido y la sentencia) en caso de despidos improcedentes, cuando el propio empresario reconoce que no hay justa causa antes de que el trabajador demande por despido (artículo 56.2 ET), lo cual supuso una drástica reducción de los costes de despido.

La reducción del precio del despido no ha producido efectos en forma de reducción de la contratación temporal; muy al contrario, el continuo proceso de reducción de los costes de despido no ha impedido que la contratación temporal sea la piedra angular del mercado de trabajo español. Los datos son evidentes, pues si comparamos el porcentaje de contratos temporales respecto del total, ha venido rondando durante más de una década, incluso superándolo ampliamente, el 90%, y las sucesivas reformas que abaratan el despido (especialmente en 1994 y 2002) no han incidido sobre la cuestión. Podemos constatarlo si vemos las cifras desde la reforma de 1994 hasta nuestros días<sup>9</sup>: en quince años no se ha podido reducir la contratación temporal en más de un 7%.

Desde mi punto de vista, para que la reducción del coste del despido hiciera mella en la contratación temporal, dicha reducción ha de ser tan contundente que en la práctica el coste de la indemnización por despido improcedente y el coste de extinción de un contrato temporal sean muy similares. Dicho de otro modo: mientras la cuantificación de la extinción de un contrato temporal sea más económica para un empresario que dar por extinguido un contrato sin causa, por puro ahorro económico, el empresario siempre preferirá la contratación de carácter temporal. Reparemos en el hecho de que con la regulación establecida hoy en la Ley 35/2010, el coste de extinción

---

<sup>8</sup> A lo largo de los diez años anteriores el porcentaje que ha supuesto el contrato de fomento de la contratación indefinida, respecto del total, ha sido la siguiente: 1999, 2,98%; 2000, 3,46%; 2001, 5,2%; 2002, 6,5%; 2003, 5,7%; 2004, 5,6%; 2005, 5,7%; 2006, 8,1%; 2007, 6,6%; 2008, 6,1%.

<sup>9</sup> Véase sobre la cuestión Gorelli Hernández, J., *El coste económico...*, *cit.*, pp. 241 y 242.

de un contrato temporal eventual o de obra y servicio es de 12 días por año (en la actualidad está en 8 días de salario, pero se ha previsto el incremento hasta alcanzar los 12 días a partir de 2015), mientras que en el mejor de los casos la indemnización por despido objetivo improcedente es de 33 días en caso de contratos de fomento de la contratación indefinida, de los cuales 8 serán abonados por una entidad pública dependiente del Estado, el Fondo de Garantía Salarial (es decir, el legislador apuesta por la reducción del coste de la extinción, asumiendo parte del mismo, aun cuando el despido sea ilícito o contrario al ordenamiento); por lo tanto, el coste para el empresario es de 25 días: más del doble que la extinción de un contrato temporal. La diferencia sigue siendo tan importante que difícilmente se producirá una efectiva reducción de la contratación temporal.

Una drástica reducción del coste del despido supondría una desprotección del trabajador que podría chocar con la interpretación constitucional del derecho al trabajo. El Tribunal Constitucional, al analizar el contenido del derecho al trabajo, ha afirmado que la causalidad del despido forma parte integrante del contenido del derecho al trabajo.<sup>10</sup> Es, por tanto, imprescindible que el ordenamiento establezca mecanismos de tutela dirigidos a favorecer la estabilidad en el empleo, dotando de eficacia a la protección frente al despido injusto; en este sentido la STC 20/1994.<sup>11</sup> En consecuencia, la indemnización debe ser mínimamente contundente como para facilitar una eficacia mínima a la tutela legalmente establecida.

---

<sup>10</sup> STC 22/1981 en su FJ 8: “En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe justa causa”.

<sup>11</sup> Así, se afirma que “la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máximo si ello acontece a título individual y no colectivo”. FJ 2. Según A. Baylos Grau, esta sentencia resulta especialmente interesante, pues supone ligar la constitucionalidad de la regulación sobre el despido a la existencia de la causalidad y a la exteriorización formal del acto empresarial. “El derecho al trabajo como un derecho constitucional”, en varios autores, *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Madrid, CGPJ, 2005, p. 36.

## II. LA REFORMULACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESPIDO COLECTIVO Y OBJETIVO “PLURAL”

A tenor de la regulación española en materia de despido, es necesario una justa causa para despedir. Concretamente, los artículos 51 (despido colectivo) y 52 ET (despidos objetivos) establecen que podrá despedirse por causa económica, técnica, organizativa o productiva; es decir, causas imputables a la empresa. Estas causas se aplican tanto al despido colectivo como al objetivo “plural”,<sup>12</sup> por lo que surge la pregunta de cómo distinguir al colectivo del objetivo. A tenor de nuestra regulación, la diferencia estriba en que el despido colectivo debe afectar a un número relevante de trabajadores; mientras que el objetivo se aplica a un número de trabajadores que no es suficientemente relevante (concretamente se establece una escala en función del número de trabajadores de la empresa, para distinguir un despido de otro; por ejemplo, en una empresa que tiene cien o más trabajadores, si el despido por causas económicas, técnicas, organizativa o productiva, afecta a 10 o más trabajadores, será colectivo, mientras que si afecta a 9 o menos se estará frente a despidos objetivos).

Pues bien, una vez explicada esta cuestión debemos tener en cuenta que uno de los problemas estructurales que presenta actualmente la regulación del despido es que se ha dejado de acudir al despido colectivo para resolver los ajustes de plantillas; se trata de una vía de extinción minoritaria, al menos en comparación con otros despidos. La cuestión está íntimamente relacionada con lo previsto por el artículo 56.2 ET, a tenor del cual es factible despedir disciplinariamente, sin causa (despido que debería ser calificado como improcedente, por tanto), permitiéndose que el empresario, reconozca expresamente la falta de causa, depositando a continuación la indemnización por despido improcedente (45 días de salario por año de servicio en la empresa, con el

---

<sup>12</sup> En los despidos objetivos, nuestro ordenamiento establece dos tipos de causas diferentes. Un primer grupo de causas es el que reúne a las causas puramente empresariales (despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; o despido objetivo “plural”). El segundo grupo de causas se configura por situaciones imputables al trabajador, pero no a su voluntad; es decir, son causas que recaen sobre el trabajador, pero no son incumplimientos contractuales: la ineptitud sobrevenida, la falta de adaptación a las innovaciones tecnológicas, o la excesiva morbilidad del trabajador. En este caso estamos ante un despido netamente individual.



tope de 42 mensualidades de salario), reconocimiento de la improcedencia que supone la paralización a partir de ese momento del abono de los salarios de tramitación si el trabajador acepta la indemnización (y no presenta demanda por despido), o si demandando al empresario, pese al reconocimiento de la improcedencia, al final la sentencia declara la improcedencia. Más aún, si el reconocimiento de la improcedencia por el empresario se realiza dentro de las 48 horas desde el despido, cesa absolutamente la obligación de abonar los salarios de tramitación. Originalmente ésta era una norma dirigida a evitar la excesiva y artificiosa litigiosidad en materia de despido (dado que el trabajador cobraba los salarios de tramitación hasta la sentencia de despido improcedente, era evidente que al trabajador le convenía mantener vivo el litigio el mayor tiempo posible); pero es evidente que en la actualidad la norma lo que pretende es reducir los costes de despido por la vía de suprimir los salarios de tramitación. El significado real de la norma es demoledor: el empresario puede despedir sin causa, reconocerlo expresamente, y además ahorrarse salarios de tramitación. Pues bien, es justamente esta vía la que utilizan mayoritariamente los empresarios para despedir.

Dicho de otra manera, esta vía de extinción del despido, aun cuando sea más cara que el despido colectivo procedente (son 45 días de salario como indemnización por despido improcedente, frente a 20 días de salario de indemnización en caso de despidos colectivos procedentes), se ha convertido en la vía más habitual para realizar ajustes de plantilla.<sup>13</sup> El despido colectivo parece que queda para los grandes ajustes de plantilla, que no pueden solventarse con una simple sucesión de despidos individuales.<sup>14</sup> Se evidencia que las dos vías de extinción que utilizan los empresarios en nuestro país son el agotamiento de los contratos de trabajo temporales y el despido “silencioso” del artículo 56.2 ET<sup>15</sup> (digo silencioso, pues el contrato se extingue por despido sin control judicial, pues el trabajador, ante el reconocimiento de la improcedencia por el empresario, se ahorrará los costes judiciales —la factura del abogado— y aceptará la indemnización sin presentar la demanda de despido).

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión véase Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido...*, cit., p. 240.

<sup>14</sup> Malo Ocaña, M. A., *Las indemnizaciones por despido. Un problema de negociación*, Madrid, ACARL, 1998, p. 37.

<sup>15</sup> En este sentido Lahera Forteza, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta de contrato de trabajo único”, *Relaciones Laborales*, núm. 1 de 2010, p. 121.

En realidad, los empresarios obtienen importantes ventajas al acudir a esta vía extintiva del artículo 56.2 ET: realmente el despido improcedente no es mucho más caro que el colectivo, pues los 20 días de indemnización en los despidos colectivos procedentes se configuran sólo como el coste legalmente fijado. En realidad, para despedir colectivamente es necesario tramitar un expediente administrativo que implica un proceso de negociación con los representantes de los trabajadores, de manera que la mayoría de los despidos colectivos se consigue en el proceso de negociación con los representantes de los trabajadores. Pues bien, ese acuerdo se logra gracias a que tales representantes aceptan la extinción cuando el empresario incrementa la indemnización legal, de manera que no es extraño encontrar indemnizaciones de 30, 35 o 40 días de salario; consecuentemente, la diferencia económica entre despido colectivo procedente y disciplinario improcedente no es tan alta. De otro lado está el ahorro en salarios de tramitación cuando el empresario reconoce la improcedencia del despido disciplinario. Además, la extinción a través del artículo 56.2 ET se consigue de manera rápida y fácil, pues no debe tramitarse el expediente de regulación de empleo; además, no se abonan los salarios durante la tramitación del expediente administrativo. También es importante destacar que a través del artículo 56.2 ET se evita el control administrativo que caracteriza al despido colectivo si no hay acuerdo con los representantes de los trabajadores (si no hay acuerdo en la fase de consultas, el empresario que quiera despedir a través del despido colectivo debe solicitar autorización a la autoridad laboral, quien determinará si existe o no causa para despedir); control que no se realiza sólo sobre bases jurídicas, sino también sobre otros planteamientos de carácter meramente político o social.

A tenor de lo que acabamos de señalar, es evidente que la razón por la que los empresarios evitan el despido colectivo para realizar los ajustes de plantilla reside, entre otros motivos, en el hecho de que los procesos de negociación que se producen durante la tramitación del expediente de regulación de empleo en el despido colectivo lo encarecen, acercándose al coste del despido disciplinario. Ese encarecimiento es consecuencia del deseo empresarial de lograr el acuerdo sindical para evitar los controles administrativos o judiciales; pues tales controles generan una falta de certeza sobre el objetivo buscado por el empresario: la extinción. El despido libre e indemnizado del artículo 56.2 ET es más caro, pero ofrece una enorme certeza sobre el resultado ex-

tintivo.<sup>16</sup> Pues bien, lo que se busca con la reforma es, fundamentalmente, obtener certeza sobre las causas de despido, favoreciendo así la decisión judicial que debería actuar sobre bases mucho más sólidas; lo cual favorecerá tanto a los empresarios como a los trabajadores.<sup>17</sup>

Es necesaria una mayor certeza sobre las causas del despido colectivo,<sup>18</sup> clarificándolas, pues uno de los grandes problemas que plantean las causas económicas, tecnológicas, organizativas o productivas es justamente que se configuran como conceptos jurídicos indeterminados, que pueden funcionar de manera adecuada desde una perspectiva económica, pero en modo alguno facilitan una seguridad mínima en el ámbito jurídico. Debe así plantearse una modificación de las causas de despido colectivo y objetivo plural, reconduciéndolas para que las necesidades de ajuste tengan una salida adecuada tanto a la lógica económica como a la jurídica, de manera que resulte más simple tanto para la empresa tomar la decisión extintiva, como para el control judicial juzgar la adecuación de la decisión a un sistema causal. Tal como señalaba tiempo atrás Desdentado Bonete, la alternativa no puede ser optar entre causalidad o no causalidad, sino entre causalidad racional o no racional.<sup>19</sup>

Pues bien, la intención del legislador al modificar lo previsto en los artículos 51.1 ET sobre las causas de despido colectivo y 52 ET sobre despido objetivo, ha sido justamente la de centrarse en clarificar u objetivar tales cau-

---

<sup>16</sup> La reacción empresarial no es ilógica, y en los ordenamientos europeos podemos encontrar ejemplos de cómo los empresarios prefieren un sistema de despido más caro pero que aporte certidumbre sobre el hecho de la extinción y el coste de la misma. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Holanda, donde existen dos sistemas de control de la extinción: o la autorización administrativa para despedir, que es un sistema más lento y no hay certeza sobre la extinción; pero existe un mecanismo alternativo, cada vez más demandado por los empresarios, de carácter judicial, en el que las indemnizaciones son más altas, pero predecibles, y la respuesta judicial es mucho más rápida.

<sup>17</sup> En este sentido, la propia exposición de motivos del RD-Ley 10/2010: “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”.

<sup>18</sup> Sobre la cuestión véase Rodríguez-Piñero, M., “Sobre el contrato de trabajo «único»”, *Relaciones Laborales*, núm. 10 de 2009, pp. 10-12.

<sup>19</sup> “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor (En torno a los artículos 47 y 51)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, p. 1006. En similar dirección, Goerlich Peset, J. M., “Contrato único o reforma del despido por causas empresariales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1 de 2010, pp. 92 y 93.

sas. Con ello lo que se conseguiría es un despido colectivo y objetivo plural más fácil para el empresario, pero no se habrá arreglado el enorme problema que en la estructura del despido supone el artículo 56.2 ET y sus lamentables efectos: un despido sin causa y sin control judicial.

La reforma del despido objetivo y colectivo viene a sumarse a las modificaciones que han alterado el papel y el juego del despido disciplinario, lo que supone una realidad jurídica tremendamente desequilibrada a favor de la posición empresarial; de ahí que cualquier reforma de los despidos objetivos y colectivos debe traer también una alteración sustancial de las reglas del despido disciplinario para devolverle su sentido jurídico original y caminar de nuevo en dirección al despido disciplinario como auténtica resolución contractual. Para ello es imprescindible volver a impulsar aspectos tales como la causalidad, la efectividad del control judicial y, en definitiva, evitar su configuración como un desistimiento.

Veamos ahora cómo ha quedado esta regulación sobre las causas del despido colectivo y objetivo. Desde mi punto de vista, el principal problema que planteaba la regulación anterior sobre las causas de despido colectivo tiene que ver justamente con el hecho de que con una norma excesivamente breve se pretendía incluir todo un conjunto excesivamente importante de situaciones;<sup>20</sup> más aún, todo ello bajo una descripción que obedecía a parámetros no precisamente jurídicos, sino con base en conceptos económicos muy alejados de la realidad jurídica. Ello suponía introducir una grave situación de inseguridad jurídica, dificultando la interpretación de en qué situaciones existía justa causa de extinción y haciendo muy complejo el control judicial de la extinción. La consecuencia se sufre directamente por el propio empresario, quien al comenzar un expediente de regulación de empleo no tiene la mínima seguridad de cuál puede ser el resultado del mismo; salvo que convenza a los representantes de los trabajadores para que lo acepten.

Además, al ser el despido colectivo un mecanismo que genera importantes consecuencias sociales (despoblación industrial, con grave pérdida de empleo), económicas (importantes costes económicos para la seguridad social,

---

<sup>20</sup> En este sentido Ojeda Avilés, A., para quien la estamos ante una enumeración no exhaustiva, si bien tampoco se trata de un *numerus apertus*. “Configuración del despido colectivo”, en varios autores, Gorelli Hernández, J. (coord.), *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid 2004, Tecnos, p. 492.

que debía afrontar prestaciones cuantiosas de desempleo, así como la pérdida de ingresos por falta de cotización), e incluso políticas (deslocalizaciones industriales para trasladar empresas con alto nivel de empleo a terceros países); no se quiso dejar de lado el sistema de autorización administrativa, lo que añadía otro importante elemento de incertidumbre para el empresario a la hora de enfrentarse a un expediente de regulación de empleo.

En cuanto a la nueva regulación de las causas de despido, es notablemente más extensa en cuanto a las descripciones de qué debemos entender por las mismas. En cuanto a las causas económicas, la nueva regulación establece que concurren “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa”; hasta aquí no hay cambios respecto de la regulación anterior, pero la Ley 35/2010 ha aclarado lo que puede entenderse por dicha situación: “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 para mantener el volumen de empleo”. Por lo tanto, tres son las circunstancias que pueden considerarse causas económicas:

- a) Pérdidas actuales.
- b) La previsión de futuras pérdidas.
- c) La disminución de ingresos que afecten a la viabilidad de la empresa o la capacidad de mantener el empleo.

A tenor de esta regulación se admite tanto el despido por pérdidas (presentes o futuras) como por simple disminución de ingresos, al menos cuando éste puede poner en peligro a la empresa o el nivel de empleo. Ello confirma la amplitud de esta causa de extinción y la más que evidente flexibilidad con la que se ha dotado por el legislador; sirva de ejemplo que con la nueva regulación, al permitirse el despido por la previsión de futuras pérdidas, supone admitir de manera expresa el despido económico preventivo, supuesto que había generado importantes dudas doctrinales bajo la regulación anterior.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Desde mi punto de vista, la actual dicción permite admitir aquellos despidos preventivos en los que queda absolutamente claro que la situación económica de la empresa, por la pérdida de cuota de mercado o la pérdida de clientela, va a generar de manera razonable la necesidad de reducir la plantilla; no en vano el propio artículo 51.1 ET, en relación con las causas técnicas, organizativas o productivas, señala que se entiende la concurrencia de tales

Ahora bien, los interrogantes son importantes: ¿qué nivel de pérdidas actuales justifica el despido colectivo?, ¿qué nivel de certeza es exigible en la previsión de pérdidas futuras?, ¿cómo puede objetivarse que una disminución de ingresos pone en peligro la viabilidad de la empresa? Como vemos, se ha intentado “juridificar” la situación económica negativa, pero los cabos sueltos son muy grandes, los conceptos económicos (que no jurídicos) indeterminados siguen caracterizando este precepto.

Ciertamente se intenta resolver la cuestión señalando que la empresa debe “acreditar los resultados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”. En realidad el origen de esta dicción reside en la anterior redacción del artículo 52, inciso *c*, ET en materia de despido objetivo “plural”; además, es una cuestión que puso de manifiesto la jurisprudencia laboral desde el primer momento, subrayando que es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa;<sup>22</sup> en consecuencia, la nueva dicción lo que plantea es traer a la literalidad de la ley el llamado “juicio de razonabilidad” de origen jurisprudencial.<sup>23</sup>

Sin embargo, el intento no es precisamente una solución que, de una vez por todas, permita objetivar la situación económica negativa: es evidente que el control judicial o administrativo requerirá que se acredite la causa; lo cual puede llegar a generar múltiples problemas debido a la volubilidad de la interpretación que caracteriza la “ciencia” económica (nada más complejo que una contabilidad y su interpretación). Mucho más complejo puede ser justificar la razonabilidad de la decisión, que debe conectarse con otro elemento de carácter puramente económico y de difícil control como es la posición competitiva de la empresa. En definitiva, de nuevo nos encontramos con una situación muy parecida a la regulación previa, donde la respuesta de si existe o no justa causa depende en gran medida de conocimientos económicos, contables y poco jurídicos. En conclusión, la inseguridad jurídica está servida hoy igual que ayer.

---

causas cuando la medida adoptada (la extinción) contribuye “a prevenir una evolución negativa de la empresa”.

<sup>22</sup> STS del 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162.

<sup>23</sup> Véase STS del 30 de septiembre de 2002, RJ 2002/10679.

No basta, por tanto, con la alegación de dificultades económicas y prueba de la misma, sino que debe existir una conexión entre la extinción y las causas alegadas.<sup>24</sup> Esto supone desarrollar una actividad probatoria que debe referirse a distintos aspectos. En primer lugar, el empresario debe demostrar la existencia de factores que desencadenan la decisión empresarial, circunstancias que generan una situación de pérdidas económicas de la empresa o de disminución de su eficiencia productiva y consiguientemente de competitividad en el mercado.<sup>25</sup> En un segundo momento debe demostrarse que la decisión extintiva va a tener incidencia sobre la recuperación o mantenimiento por parte de la empresa de su posición competitiva en el mercado, su buen funcionamiento, o la superación de la situación económica negativa. En definitiva, debe probarse la adecuación de la medida a los objetivos perseguidos.<sup>26</sup> Esta cuestión es de difícil prueba, pues se refiere a situaciones a las que va a conducir la evolución de la empresa en el futuro; por lo que no puede haber una prueba plena en este sentido.<sup>27</sup> Es necesario que el empresario plantee la extinción como mecanismo adecuado para poder superar la situación adversa por la que atraviesa la empresa, estableciéndose una relación evidente entre la extinción y la superación de las dificultades que en última instancia justifican la extinción.<sup>28</sup> El empresario debe ser capaz de acreditar, en términos de razonabilidad, que es una decisión adecuada para conseguir superar las dificultades de la empresa.<sup>29</sup> Se trata, por tanto, de probar que la medida pro-

---

<sup>24</sup> Ya lo advertía tempranamente la STS del 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162.

<sup>25</sup> De esta opinión Ortiz de Solórzano, C., “Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas”, en varios autores, Rivero Lamas, J. (dir.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 243.

<sup>26</sup> Prados de Reyes, F., “Los despidos objetivos por las causas del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores”, en varios autores, *Presente y futuro de la regulación del despido*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 89.

<sup>27</sup> Así, Sola Monell, X., “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva”, en varios autores, *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 184 y 185.

<sup>28</sup> En este sentido afirma la STS del 24 de abril de 1996, RJ 1996/5297, que “la contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota”.

<sup>29</sup> Rivero Lamas, J. y De Val Tena, A., “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, en varios autores, *Presente y futuro de la regulación del despido*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 235 y ss.; Ortiz de Solórzano, C., *op. cit.*, p. 248.

puesta, la extinción, es proporcional, desde una óptica de razonabilidad, al fin perseguido de mantener la empresa en una posición competitiva, el nivel de empleo, o la superación de una situación económica negativa.<sup>30</sup>

En la práctica, esta actividad probatoria implica que el empresario debe establecer una relación de causalidad, una conexión funcional entre la causa, las circunstancias que generan la situación adversa de la empresa y la superación de dicha situación a través de la decisión extintiva.<sup>31</sup>

En cuanto a las causas técnicas, organizativas y productivas, la regulación es más clara que la establecida bajo la normativa anterior, habiéndose, aparentemente, mejorado en la descripción de este tipo de causas.<sup>32</sup> La descripción que de ellas se ofrece es meramente ejemplificativa:<sup>33</sup>

- Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, “entre otros”, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, de manera que tales cambios impliquen una excedencia de personal.
- Existen causas organizativas cuando haya cambios, “entre otros”, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal, de modo que ante tales cambios la empresa requiera de menos mano de obra.

---

<sup>30</sup> Prados de Reyes, F., *op. cit.*, p. 89.

<sup>31</sup> Tal como señala Fernández López, los tribunales, a la hora de decidir la procedencia o no de la extinción, desarrollan “un juicio de razonabilidad de la medida adoptada, en un marco de deficiencias organizativas alegadas y probadas”. “Descentralización productiva, contratos y despido por causa organizativa”, en varios autores, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 419.

<sup>32</sup> Recordemos cómo bajo la regulación anterior se señalaba simplemente que se entendía cómo concurrían tales causas técnicas, organizativas o de producción, cuando la adopción del despido colectivo contribuía “a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

<sup>33</sup> La regulación actual señala que “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.



- Por último, hay causas productivas cuando se generen cambios, “entre otros”, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado, de modo que para equilibrar la producción con la plantilla, deba reducir ésta.

La redacción actual del artículo 51 ET en relación con las causas técnicas, organizativas o productivas, coincide con la interpretación existente bajo la regulación anterior de estas mismas causas. Por lo tanto, no se añade realmente nada nuevo, ni ninguna interpretación que no existiese ya bajo la regulación anterior. Si acaso la mejora procede de haber incluido expresamente tales situaciones. No obstante, la inseguridad sigue siendo importante, al ser meramente una redacción ejemplificativa, pues no se entiende el motivo por el que el legislador, en la redacción del precepto, y al referirse a cada una de estas tres causas, utilice literalmente esa terminología de “entre otros”.

De otro lado, también en este caso se afirma, en sintonía con la causa económica, la necesidad de que la empresa tenga que acreditar la concurrencia de la causa alegada, justificando que de la medida adoptada, el despido, “se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar la situación de la misma”. No se exige una relación directa de causa a efecto entre la causa y la extinción, sino la razonabilidad de la medida. Por otra parte, al configurarse la razonabilidad de la medida sobre la base de lograr una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva o mejore su respuesta ante las exigencias de la demanda, se está aceptando expresamente la posibilidad de extinciones colectivas de carácter preventivo.

En conclusión, si el objetivo de la reforma en materia era facilitar una interpretación mucho más clara y objetiva de las causas, lo cierto es que no parece que el objetivo se haya conseguido, sino que aparentemente la nueva regulación va a perpetuar la situación de inseguridad anterior. Donde sí se produce un efecto positivo que debemos valorar positivamente es en la homogeneización entre las causas de despido colectivo y objetivo. Con la redacción anterior, aun cuando las causas de despido colectivo y objetivo “plural” pertenecían claramente a la misma familia extintiva, se establecían, sin embargo, importantes diferencias en la delimitación de tales causas. Ante ello se planteaban importantes interrogantes. Con la nueva redacción del artículo 52,

inciso c, ET la cuestión se simplifica, pues el precepto se remite directamente al artículo 51.1 ET en cuanto a las causas del despido objetivo plural, de manera que la única diferencia real entre despido colectivo y despido objetivo reside en el número de trabajadores afectados por la medida.

### III. REDUCCIÓN DE COSTES “INDIRECTOS” EN EL DESPIDO OBJETIVO.

#### DESPIDO OBJETIVO POR EXCESIVA MORBILIDAD

En cuanto al despido objetivo, además se plantea un efecto de reducción del coste del despido. En primer lugar, a través de la reducción de los plazos de preaviso, que pasan de treinta días a sólo quince.<sup>34</sup> Se trata de rebajar el coste que sufre el empresario al acudir a este tipo de despido. Con la nueva regulación, el despido objetivo cuesta 15 días de salario menos que antes de la reforma.

En segundo lugar, se plantea la supresión de la calificación de nulidad por incumplimientos formales en el despido objetivo. Repasemos por un momento y de manera breve la regulación española sobre calificación y efectos del despido: los artículos 53.1 y 55.1 ET exigen ciertos requisitos formales para proceder al despido objetivo y al disciplinario; fundamentalmente establecen la obligatoriedad de la comunicación escrita, lo que llamamos carta de despido, así como otros requisitos. Pues bien, ante la falta de cumplimiento de los requisitos formales nuestro ordenamiento ha establecido que el despido debe ser calificado como nulo, siendo el efecto del mismo la readmisión del trabajador, si bien nuestro ordenamiento ha establecido un plazo de siete días para que el empresario volviese a despedir al trabajador readmitido, por las mismas causas de despido, corrigiendo los defectos formales. En la gran reforma laboral de 1994 desapareció la nulidad por defectos formales en el despido disciplinario, siendo sustituida por la calificación de improcedencia (con los efectos propios de esta calificación: conceder al empresario la opción entre

---

<sup>34</sup> Entre los requisitos para despedir objetivamente se encuentra, según el artículo 53.1, letra c, la concesión de un plazo de preaviso, que antes era de 30 días y ahora se ha reducido, con la reforma de 2010, a sólo 15 días. Lógicamente, durante ese periodo el contrato está vivo y el empresario debe pagar a su trabajador los salarios devengados. En caso de no respetarse el plazo de preaviso, de acuerdo con el artículo 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, el empresario tiene la obligación de abonar al trabajador los salarios correspondientes al periodo de preaviso no realizado.

readmisión o extinción indemnizada del contrato). Por el contrario, se mantenía la calificación de nulidad por defectos formales en el despido objetivo.

Con la reforma de 2010 se suprime la nulidad por defectos formales en el despido objetivo; se establece así una homogeneización en la calificación y efectos de los despidos disciplinario y objetivo. Con esta modificación se produce una nueva reducción del ámbito de la estabilidad real y se generaliza la improcedencia del despido y la solución indemnizatoria propia de la estabilidad obligatoria.

En realidad, desde una perspectiva estrictamente jurídica es difícil explicar la improcedencia ante la falta de forma. La justificación de los requisitos formales reside en el hecho de que el trabajador pueda conocer de manera fehaciente los hechos que se le imputan para dar por extinguido su contrato de trabajo; lo que está en juego es el derecho a la tutela judicial, es decir, la capacidad de que el trabajador pueda, de manera mínimamente eficiente, cuestionar la decisión empresarial y que se pueda controlar judicialmente la existencia o no de justa causa. De esta manera será posible evitar el control judicial de la decisión extintiva empresarial, por la simple vía del incumplimiento de los requisitos formales, incrementando el riesgo de indefensión,<sup>35</sup> pues la falta de forma puede encubrir la inexistencia de causa, facilitando también que queden ocultas intenciones fraudulentas o bien violaciones de derechos fundamentales.<sup>36</sup>

La calificación de improcedencia en estos casos sólo se explica por el deseo del legislador de flexibilizar la regulación sobre el despido, reduciendo el control de la existencia de causa y el coste del despido: lo que se hace es facilitar la extinción del contrato sin readmitir al trabajador para volver a despedirlo, ahorrándose los salarios que deberían abonarse al trabajador desde la readmisión hasta el nuevo despido y la ulterior sentencia en su caso. Dicho

---

<sup>35</sup> Véase en este sentido las críticas que suscitó la liquidación de la nulidad del despido disciplinario por falta de forma, en Goerlich Peset, J. M., *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 52; de igual modo, Sala Franco, T., *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, CISS, 1994, p. 205; también Camas Roda, F., “Algunas reflexiones sobre el despido disciplinario nulo en fraude de ley”, en varios autores, *Presente y futuro de la regulación del despido*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 449.

<sup>36</sup> Así, Casas Baamonde, M. E., “La nulidad del despido y sus efectos”, en varios autores, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, AEDTSS-Marcial Pons, 1995, p. 450.

de otra manera, con esta regulación se permite una mayor flexibilidad y una reducción del coste del despido, pero a costa de sacrificar el derecho del trabajador a la defensa procesal.

Por último, pero no menos importante, vamos a encontrarnos con la alteración del despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador. Se trata de una causa regulada en el artículo 52, inciso *d*, ET, a tenor del cual se consideran causa de despido las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, cuando superen un determinado porcentaje respecto de las jornadas hábiles (20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o 25% en cuatro meses discontinuos). En todo caso, para poder despedir debe cumplirse con otro requisito: el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo debe superar el 5% en los mismos periodos.

No obstante, no se computan como faltas de asistencia a estos efectos las debidas a huelga legal, ejercicio de actividades de representación de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedades o accidente no laboral (cuando la baja tenga una duración de más de 20 días consecutivos) ni las motivadas por violencia de género. A tenor de la configuración de la causa (excesivas faltas de asistencia, aun justificadas) y las excepciones que no pueden computarse, se llega a la conclusión de que las faltas de asistencia, aun justificadas, que se computan para el despido objetivo son las debidas a enfermedad común o accidente no laboral, siempre y cuando la baja tenga una duración de veinte o menos días (sería un mecanismo de despido del “enfermo profesional”).

La reforma de 2010 puntualizaba, en primer lugar, que tampoco podrán computarse, a efectos del despido objetivo, las ausencias debidas a riesgo durante la lactancia, que bajo la regulación anterior no estaba expresamente incluida. En realidad es una reforma más formal que otra cosa, pues debían ser muy pocos los que, antes de la reforma, estimasen que una suspensión por riesgo durante la lactancia no podía computarse, bajo ningún concepto, a los efectos del despido objetivo por excesiva morbilidad. Además, la Ley 35/2010 añade una segunda modificación de mayor relevancia: se podrá despedir por faltas de asistencia, incluso justificadas, cuando éstas alcancen el 20% en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos (hasta aquí no hay novedad), siempre que el índice de absentismo total de la

plantilla supere el porcentaje del 2,5%. Es aquí donde se produce la novedad, pues se reduce el porcentaje, que antes era del 5%, a la mitad. Esta reducción supone una importante facilitación de esta causa de despido, ampliando enormemente las facultades extintivas empresariales.

#### IV. EL DESPIDO OBJETIVO EN LOS CONTRATOS DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

En líneas generales, lo que ha pretendido el legislador en este caso es una reducción del coste del despido objetivo improcedente que afecta a los contratos de fomento de la contratación indefinida. La Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2001 establecía un mecanismo de fomento del empleo indefinido: creaba una modalidad de contrato de trabajo, el contrato de fomento de la contratación indefinida, caracterizado por que se ofrecía como incentivo para la contratación, una reducción de los costes de despido en caso de despidos objetivos improcedentes. Si bien la indemnización de despido improcedente es de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año, con un tope máximo de 42 mensualidades de salario, en estos contratos se ve reducida a sólo 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año, con un tope máximo de 24 mensualidades de salario.

A través de este mecanismo se pone en práctica la idea de que una reducción del coste del despido animaría a la contratación laboral, más concretamente de la contratación indefinida. Ciertamente, podemos señalar que se ha producido un incremento de la contratación indefinida. Debemos reconocer que el contrato de fomento de la contratación indefinida se ha convertido en un mecanismo esencial dentro de los contratos de carácter indefinido, habiendo superado, incluso ampliamente, la mitad de los contratos de carácter indefinido<sup>37</sup> (si bien en el último año ha caído enormemente la utilización de esta modalidad contractual),<sup>38</sup> pero no ha tenido impacto real sobre la reducción de la contratación temporal, tal como hemos señalado *supra*.

<sup>37</sup> Véase Gorelli Hernández, J., *El coste económico...*, cit., p. 239.

<sup>38</sup> Según García Ninet, J. I., se quedó sólo en 17% del total de los contratos indefinidos durante el último año. “Tiempos de crisis y diálogo social: ideas y propuestas de soluciones”, *Tribuna Social*, núm. 231, 2010, p. 7.

Difícilmente una mayor difusión del contrato de fomento de la contratación indefinida podrá evitar la segmentación en el mercado de trabajo, pues la diferencia de costes entre despido objetivo (en este tipo de contrato) y la extinción de contratos temporales sigue siendo importante. No creemos, por tanto, que la reforma de esta modalidad altere mínimamente el predominio de la contratación temporal. El efecto, desde mi punto de vista, va a producirse sobre la contratación indefinida: dada la reducción de costes de esta modalidad de contrato indefinido, los empresarios van a sentirse más atraídos por esta modalidad especial de contrato indefinido y rechazarán el contrato indefinido ordinario. Ello nos va a conducir a un mercado con doble segmentación: de un lado la tasa de contratación temporal seguirá siendo alta, y en el porcentaje de contratación indefinida pequeño; además el contrato de fomento de la contratación indefinida va a ir sustituyendo a la contratación ordinaria; y paralelamente aumentarán los despidos objetivos sobre los disciplinarios en estos contratos: dada el alto número de despidos sin causa, si el empresario puede optar entre improcedencia disciplinaria (45 días) e improcedencia objetiva (33 días), ¿adivinan ustedes la opción por la que va a inclinarse el empresario? La respuesta es evidente, se arrinconará el contrato ordinario de trabajo y será sustituido por el contrato indefinido con coste reducido, pero sin incidir sustancialmente en la contratación de carácter temporal. Por lo tanto, no estamos ante una medida que venga a reducir la segmentación del mercado de trabajo, al contrario, va a aumentar la segmentación: junto a la división entre contratación temporal e indefinida, tenemos que distinguir entre contratos indefinidos ordinarios y contratos indefinidos con extinción “barata”.

En cuanto a la reforma en sí, consiste ante todo en facilitar el acceso a esta modalidad contractual, evidenciándose una intención de lograr en el futuro la máxima difusión de la misma. Ello se consigue a través de los siguientes medios: en primer lugar, hay un importante proceso de ampliación del ámbito subjetivo de este contrato, es decir, de los trabajadores a los que puede realizarse esta modalidad contractual. Debemos señalar que en las últimas décadas, en España se han venido utilizando mecanismos de fomento del empleo de carácter específico: tradicionalmente una manera de distinguir los distintos instrumentos de fomento del empleo es entre mecanismos de fomento general (los que incentivan la contratación de cualquier trabajador), y

los mecanismos de fomento específico (los que incentivan la contratación de ciertos tipos de trabajadores). Se ha preferido la utilización de los instrumentos de fomento específico o selectivo, pues se ha constatado que la mayor parte de los sujetos que tiene mayor dificultad para acceder al mercado de trabajo pertenece justamente a colectivos concretos y determinados (trabajadores jóvenes, mujeres, discapacitados, inmigrantes, mayores de 50 años, desempleados de larga duración). Lo que se pretende no es sólo fomentar el empleo, sino fomentar el empleo de aquellos que tienen más dificultades para acceder al mercado de trabajo.

Con la nueva regulación se mantienen los cinco grupos de desempleados con dificultades de acceso al mercado de trabajo que pueden ser objeto de esta contratación (mujeres,<sup>39</sup> jóvenes, mayores, parados de larga duración, discapacitados); no obstante, hay una importante diferencia: el fomento de la contratación del parado de larga duración se ha sustituido por la contratación de casi cualquier desempleado, pues puede acceder a esta modalidad contractual cualquier desempleado que haya estado inscrito como desempleado sólo durante un mes ininterrumpido. La modificación, aun cuando formalmente es pequeña, tiene una trascendencia enorme, pues hemos pasado de estar ante un contrato que beneficiaba a grupos concretos de desempleados, a un contrato prácticamente abierto a cualquier desempleado. Además, la ampliación de supuestos deriva también del hecho de que se han añadido nuevos supuestos de desempleados a los que puede contratarse con esta modalidad contractual, concretamente a aquellos respecto a los que se transformen los anteriores contratos temporales (incluidos formativos) en contratos para el fomento de la contratación indefinida, si bien dentro de determinados márgenes temporales.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Debe tenerse en cuenta que en este concreto colectivo se incrementan las situaciones en las que puede dar lugar la contratación por esta modalidad (mujeres en los dos años posteriores al parto, adopción o acogimiento, desempleadas que se reincorporan al mercado tras un periodo de inactividad de 5 años, mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y trata de seres humanos).

<sup>40</sup> Véanse las letras *b* y *c* de esta Disposición. Debe tenerse en cuenta, además, que con la nueva redacción introducida por la Ley 35/2010, se prevé que las transformaciones son válidas en estos supuestos, una vez transcurrido el plazo de 20 días hábiles de prescripción de la acción de despido, a contar desde la fecha de la transformación. En cuanto a las fechas máximas para la transformación, debemos señalar que realmente no vemos que exista una razón lógica para

Con ello lo que se está haciendo es ampliar enormemente el campo de sujetos, pues basta con estar desempleado y haber trabajado sólo temporalmente, o haber perdido un contrato indefinido, para poder optar a este tipo de contrato. Se observa así cómo el legislador ha decidido modificar una línea habitual en los últimos decenios en materia de fomento de empleo (centrarse en colectivos concretos), ampliando esta vía de fomento de la contratación. Con ello, lo que realmente se consigue es que este mecanismo deje de ser un verdadero sistema de fomento de empleo y se convierta en un simple sistema de abaratamiento del despido. De otro lado, hay que resaltar el efecto negativo que ello va a tener desde el punto de vista del fomento de la contratación de estos colectivos que sufren para acceder al mercado de trabajo: al generalizarse este mecanismo el efecto va a ser que los empresarios se centren al utilizarlo en colectivos más “normales” desde el punto de vista del mercado de trabajo (varones entre 25 y 50 años), de manera que al final se incremente la brecha entre ellos y los colectivos con más dificultad para acceder al mercado de trabajo.

Además, se modifica el apartado 5 del precepto, donde se regulan los supuestos en los que se prohíbe concertar contratos de fomento de la contratación indefinida: la pretensión es la de reducir el conjunto de supuestos en los que se prohíbe acudir a este tipo de contrato. Concretamente, con la nueva regulación quedan excluidos los supuestos en que la empresa haya despedido a trabajadores con contratos indefinidos ordinarios (antes era cualquier tipo de contrato), en un periodo anterior a la celebración del contrato de seis meses, a través de despidos improcedentes objetivos (antes no se establecía esta puntualización reductiva) declarados o reconocidos, o a través de despidos colectivos.<sup>41</sup> Es decir, se trata, en principio, de la misma prohibición que ya existía con la redacción anterior; ahora bien, la contratación se prohíbe sólo para la cobertura del mismo puesto de trabajo (antes se refería a cualquier puesto de trabajo de la misma categoría o grupo profesional), afectados por la extinción, y siempre que sea para el mismo centro o centros de trabajo. Es evidente cómo se ha reducido la prohibición o, dicho de otra manera, se permite una mayor posibilidad de contratación a través de esta modalidad.

---

limitar la transformación al 31 de diciembre de 2011, pues lo que se establece no es más que una norma aparentemente coyuntural, que veremos si no es reactualizada en el futuro.

<sup>41</sup> Excepto que el despido colectivo se haya acordado con los representantes de los trabajadores, ex artículo 51.4 ET.



Por último, se dificulta la defensa procesal del trabajador, pues expresamente el nuevo apartado 4 *in fine* señala que cuando sea despedido objetivamente, si el trabajador alega que hay causas disciplinarias, corresponderá la carga de la prueba sobre la cuestión al propio trabajador.

#### V. REDUCCIÓN DEL COSTE DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS Y OBJETIVOS A TRAVÉS DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) Y LA FUTURA MUTUALIZACIÓN DEL COSTE DEL DESPIDO

El Fogasa es un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo, financiado por las cotizaciones abonadas por los empresarios, cuyo cometido es el abono a los trabajadores de ciertas cantidades salariales pendientes de pago, o de indemnizaciones reconocidas como consecuencia de despido o extinción del contrato de trabajo, cuando el empresario que está obligado al pago se encuentra en situación de insolvencia (véase artículo 33 ET y los límites cuantitativos a la actuación del Fogasa). En todo caso, una vez que el Fogasa abona las cantidades establecidas, se subroga en los derechos y acciones de los trabajadores, de manera que se dirigirá contra los empresarios para intentar recuperar las cantidades abonadas. Pues bien, la Ley 35/2010 (disposición transitoria tercera) ha previsto una nueva función del Fogasa: hacerse cargo de parte de las indemnizaciones que debe abonar el empresario en ciertos casos de despido. Concretamente, el Fogasa se haría cargo de 8 días de salario por año de servicio en estos supuestos. Ésta es una responsabilidad directa del Fogasa, es decir, que surge con independencia de la insolvencia de la empresa, que no se exige como requisito para que el Fogasa abone las cantidades oportunas.

Ante todo debe aclararse que no se trata de una reducción de las indemnizaciones por despido, al contrario, el trabajador va a percibir la misma indemnización (45 días por año de servicio, 33 días o 20 días), por tanto, no hay alteración de las cuantías indemnizatorias; lo que ocurre es que el Fogasa se va a hacer cargo de parte de la indemnización que corresponde al empresario, de modo que si bien el trabajador no siente la reducción, ésta se produce efectivamente para el empresario, pues verá disminuida la indemnización en la misma cuantía que la parte de la que se hace cargo el Fogasa.

Según la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, la asunción pública de los costes del despido se va a producir en las extinciones por las causas previstas en los artículos 51 y 52 ET (así como las extinciones generadas por el artículo 64 de la Ley 22/2003, Concursal); es decir, en caso de despidos colectivos u objetivos (en este caso con independencia del tipo de causa), siempre que se cumplan determinados requisitos.<sup>42</sup> Hay que tener en cuenta que la regulación no hace referencia expresa a cuáles son las calificaciones del despido en que actúa el abono por parte del Fogasa, sin embargo, indirectamente se indica que la reducción del coste afecta tanto a los supuestos de procedencia como de improcedencia: el apartado 2 de la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, al regular la cuantía de que se hace cargo el Fogasa, señala que 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 y de su calificación judicial o empresarial*”. Con esta redacción se abarcan los despidos colectivos procedentes, objetivos procedentes e improcedentes, incluso los despidos objetivos reconocidos como improcedentes por el propio empresario (con base en el ya comentado artículo 56.2 ET). Desde mi punto de vista, dada la especial culpabilidad que supone el despido nulo (recordemos que se ha suprimido la nulidad por falta de forma), estimo que la reducción del coste del despido no es aplicable a esta calificación; además, hay que tener en cuenta que del propio apartado 1 de la disposición transitoria tercera se deduce esta interpretación, pues la reducción del coste se establece para los supuestos en los que “el contrato se extinga” por despido objetivo o colectivo: en caso de despidos nulos no cabe la extinción, sino que el efecto de la nulidad es la readmisión.

La cuantía que debe abonar el Fogasa consiste en una cantidad equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores. Tal como señala el apartado 2 de la disposición transito-

---

<sup>42</sup> El contrato debe ser indefinido, ya sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, siempre y cuando tales contratos indefinidos se hayan celebrado con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010; además, el contrato indefinido debe haber tenido una duración superior a un año (si no tiene una duración superior a un año será el empresario quien se haga cargo de la totalidad del coste de la indemnización), con independencia del número de trabajadores que tenga la empresa (no se fomenta así a un determinado tipo de empresa según su tamaño, por ejemplo las pequeñas empresas, que son beneficiadas por lo dispuesto en el artículo 33.8 ET).

ria tercera, la indemnización se calcula según las cuantías por año de servicio y con los límites legalmente establecidos en función de la modalidad de despido y de la calificación del mismo (judicial o reconocida por el empresario). Ello supone que el Fogasa responde en función de las reglas legalmente reguladas sobre indemnización por despido, no teniendo responsabilidad alguna en caso de ampliación de las indemnizaciones por acuerdo o convenio. Por ejemplo, si en un despido colectivo, durante el proceso de consultas, la representación de los trabajadores y la empresa acuerdan el despido pero con un incremento de la indemnización, que pasa de 20 a 30 días de salario, el Fogasa abona 8 días sobre los 20 de la indemnización regulada legalmente.

Ha de tenerse en cuenta que este mismo apartado señala que no es de aplicación “en este supuesto” el límite fijado a la responsabilidad del Fogasa para el cálculo de indemnizaciones por el artículo 33.2 ET; se aplican por tanto las reglas de cálculo de indemnización por despido sin aplicarse tales limitaciones, que sólo funcionan cuando el Fogasa hace frente a su responsabilidad tradicional de abono de salarios o indemnizaciones en caso de insolvencia empresarial.

Una valoración de esta novedad implica necesariamente señalar lo criticable de la opción utilizada por parte del legislador: en un momento como el actual, con una importante recesión económica, con importantes pérdidas de derechos individuales de los trabajadores, con congelaciones salariales y con una importante reducción del salario en el sector público (se ha reducido el salario de trabajadores y funcionarios de las administraciones en un 10%), el legislador, con fondos de carácter público, se dedica a abaratar el despido. Es decir, para reducir el coste del despido, que tal como hemos señalado probablemente no vaya a tener una especial incidencia en la creación de empleo ni en evitar la segmentación del mercado de trabajo, el legislador decide subvencionar los despidos objetivos improcedentes. Desde casi cualquier punto de vista la actuación de trasvase de los fondos públicos a los fines de la extinción de contratos de trabajo es inaceptable; pero si tenemos en cuenta que lo que se está subvencionando es el despido improcedente (sin justa causa, ilícito, contrario al ordenamiento jurídico, ilegal, abusivo, fraudulento —llamemos a las cosas por su nombre sin intentar maquillarlas con tecnicismos jurídicos—), se evidencia aún más el daño que se produce a la estructura de la extinción, pues esta reforma supone fundamentalmente facilitar el despido

improcedente. Ciertamente, puede señalarse que el abono que realiza el Fogasa se financia a través de la cotización (tipo del 0,20%) que sólo abona el empresario, por lo que estaríamos ante una medida satisfecha por parte de los empresarios. Sin embargo, aun cuando sea así, hemos de recordar que una vez ingresadas las cantidades en el erario público, no es posible entender que éstas deban tener un determinado destinatario en función de quien las genera; es evidente que este planteamiento dañaría de manera irremisible cualquier lógica democrática de un sistema impositivo.

En cuanto al abono de la cuantía indemnizatoria que corre a cargo del Fogasa, el primer apartado de la disposición transitoria tercera señala que el empresario debe realizar el abono íntegro de la indemnización al trabajador (los 45, 33 o 20 días por año de servicio) para, a continuación, dirigirse al Fogasa para que le sea reintegrada la cuantía establecida de los 8 días por año de servicio. Se ha previsto expresamente que en la carta de despido el empresario debe hacer constar el salario diario que haya percibido el trabajador para el cálculo de la indemnización a su cargo, si bien el trabajador podrá impugnar judicialmente dicha cuantía, así como la calificación del despido.

El abono de la indemnización se financia con cargo al Fogasa, sin que se haya previsto, al menos por ahora, en modo alguno un incremento de la cotización empresarial para proceder al abono de tales indemnizaciones. Parece, por tanto, que el legislador confía en que el superávit del Fogasa pueda hacer frente al incremento del gasto público derivado de esta “subvención” al despido.

La vigencia de esta regulación es efímera: el apartado 7 señala que lo establecido en esta norma será de aplicación sólo hasta que entre en funcionamiento el fondo de capitalización que prevé la disposición adicional 10 de esta Ley. Se plantea por nuestro ordenamiento adoptar en un futuro cercano un sistema de capitalización de las indemnizaciones por despido similar al existente en Austria,<sup>43</sup> lo que la doctrina laboral española ha denominado

---

<sup>43</sup> El sistema consiste en que las empresas deben ingresar, desde el primer día de trabajo hasta la extinción del contrato, en una cuenta individual de cada trabajador el 1,5377% del salario de cada trabajador, gestionándose la cuenta por un fondo que invierte el saldo en el mercado de capitales. En caso de despido, si el trabajador tiene una antigüedad mínima de tres años, tiene la posibilidad de recibir una indemnización por despido de dicha cuenta, o puede dejar la cuenta sin usar, transfiriéndola al siguiente empleo y acumulándola a lo largo de su vida laboral. De hecho se constituye también en una especie de ingreso de jubilación si no ha hecho uso de

mutualización del coste del despido. Debemos advertir que en realidad los austriacos no han inventado absolutamente nada, pues lo que han hecho no es sino copiar parcialmente la regulación brasileña sobre el tema.<sup>44</sup>

A tenor de esta disposición adicional 10, en el plazo de un año desde el 18 de junio de 2010, y previa consulta con las organizaciones sindicales y patronales más representativas, se aprobará un proyecto de ley por el que “sin incremento de las cotizaciones empresariales” se regule un fondo de capitalización para los trabajadores, que será mantenido a lo largo de toda su vida laboral por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar (por el proyecto de ley y por la ley posterior). El objetivo de este fondo a favor de los trabajadores es que en caso de despido las cantidades acumuladas a su favor se harán efectivas, de manera que las indemnizaciones a abonar por el empresario serán reducidas en un número de días por año de servicio equivalentes a lo aportado por el fondo. El Fondo debería empezar a funcionar a partir del 1o. de enero de 2012.

Se creará un fondo económico a favor de cada trabajador, que le acompañará durante toda su vida laboral aun cuando cambie de empresa. De esta manera se ingresa una determinada cantidad que se fijará en la futura regulación de desarrollo (lo lógico sería que se aplique un determinado porcentaje sobre el salario mensual del trabajador, de manera que el resultante sea el equivalente a un número de días de salario por año de servicio). En caso de verse afectado por un despido (no se señala si procedente o improcedente, pero nos tememos que finalmente se utilizará el fondo en todos aquellos casos en los que se origine la extinción por despido), calculada la indemnización a abonar por el empresario, deberá deducirse de la misma el contenido del fondo del trabajador. Se trata, evidentemente, de una reducción del coste del

---

la misma al final de su vida laboral. Sobre este sistema véase Gómez, V., “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austríaco?”, *Relaciones Laborales*, núm. 12 de 2010, pp. 135 y ss.

<sup>44</sup> La regulación brasileña gira sobre el “Fundo do Tempo de Serviço” (FTGS). El FTGS fue creado por una ley de 1966, aun cuando en la actualidad se regula por la Ley 8030 de 1990. El FTGS vino a sustituir la regulación procedente de la CLT, donde se establecía una indemnización de un mes de salario por año de servicio en caso de despido sin causa. El FTGS supone que el empresario debe establecer un depósito individual por cada trabajador, ingresando mensualmente el 8% de la remuneración percibida por el trabajador. En caso de despido sin justa causa, el trabajador tenía el derecho a retirar el dinero depositado, debiendo abonar además el empresario un 10% a título de sanción. Posteriormente, la sanción fue elevada al 40% del total de los importes depositados.

despido que debe abonar el concreto empresario que despida; en todo caso, es un mecanismo en el que el trabajador no sufre reducción efectiva de las indemnizaciones por despido.

Estamos simplemente ante un esbozo de una probable y futura regulación, por lo que no podemos detallar cuál será el sentido de la futura regulación, pero sí podemos señalar algunas cuestiones de interés. De entrada, se señala expresamente que la constitución del fondo se hará “sin incremento de las cotizaciones empresariales”. ¿Significa ello que el fondo se constituirá sin aportación empresarial? Desde mi punto de vista, el hecho de que no haya incremento de las cotizaciones empresariales no significa que no sean los empresarios quienes aporten los recursos económicos al fondo, lo contrario sería ilógico; lo único que se señala es que las aportaciones no pueden realizarse a cargo de un incremento de la cotización del empresario. Lo lógico es que se aporten por el empresario (quien despide y se va a beneficiar de la reducción de la indemnización), pero no de las cotizaciones a la seguridad social.

De otro lado, el fondo acompaña al trabajador a lo largo de su vida profesional, también cuando cambie de empleo. Se evita así uno de los principales inconvenientes de las indemnizaciones por despido basadas en la antigüedad del trabajador: que al aumentar con la antigüedad se desincentiva que el trabajador cambie de empresa, pues pierde los derechos acumulados a la indemnización por despido<sup>45</sup> (uno de los muchos problemas que plantea un sistema de indemnización tasada ante el despido). En la práctica, la existencia del fondo actúa como una mochila que porta cada trabajador, cuyo peso puede ser diferente según el trabajador y sus circunstancias.

Ahora bien, ¿se ha reflexionado suficientemente sobre los efectos que pueden proyectarse de esta situación? Es evidente que el empresario, a partir de 2012, preferirá contratar trabajadores con “mochila”, es decir, con fondo no gastado o con un fondo amplio: mientras más pese la mochila, la indemnización que deberá pagar en caso de despido es menor. Se establece así lo que podríamos denominar como el “efecto mochila”: un nuevo cauce de segmentación del mercado de trabajo, al preferirse el contrato de cierto tipo de trabajadores, e incluso un submercado de trabajo en el que para atraerse a

---

<sup>45</sup> Sobre esta cuestión véase Hofer, H., “La reforma de la Ley sobre Indemnización por Despido en Austria”, *Relaciones Laborales*, núm. 9 de 2010, p. 119.

trabajadores con mochila se ofrezcan mejores salarios o mejores beneficios que para el resto de la plantilla.

Un importante efecto que tiene la mutualización del despido es que se pierde o reduce el elemento de sanción del empresario en caso de despidos sin justa causa. La indemnización por despido tiene como objetivo satisfacer parte de los daños que puede sufrir el trabajador ante un despido injusto; sin embargo, también tiene un matiz sancionador del empresario por actuar fuera del marco de la regulación laboral. Es evidente que el establecimiento de un mecanismo de mutualización del despido equivale a reducir el carácter sancionador. Más aún, al proceder la indemnización de las aportaciones realizadas por diferentes empresarios, resulta que en realidad parte de la indemnización de despido se habrá abonado realmente por una persona diferente de quien realiza el despido: si el trabajador cambia de trabajo, llevando consigo su “mochila”, y es despedido por el nuevo empresario de manera inmediata, éste asume un coste por despido realmente pequeño, aun cuando haya sido él (y no los anteriores empresarios del trabajador) quien haya incumplido la regulación laboral. Es evidente que la existencia de un fondo que reduce los costes de la indemnización libera al empresario de presiones económicas a la hora de tomar la decisión de despedir sin justa causa, haciendo mucho más fácil despedir ilícitamente al trabajador, banalizando aún más la figura del despido, que es una pieza trascendental dentro del entramado jurídico laboral.

La falta de regulación sobre esta cuestión (como hemos dicho, su desarrollo está totalmente pendiente y el legislador se ha limitado a “advertir” sobre la aprobación de este mecanismo en el futuro inmediato) hace que nos planteemos la importante cuestión relativa a la gestión del fondo económico. ¿Quién se encargará de la gestión de dicho fondo?, ¿será una entidad pública o privada?, ¿podrá encargarse de la gestión una única entidad o diversas entidades?, ¿se dará participación a los sindicatos en la gestión? En definitiva, las dudas son bastante importantes sobre esta cuestión.

También debemos tener en cuenta que en realidad el fondo no sólo tiene como objetivo hacer efectivas las cantidades acumuladas a favor del trabajador en caso de despido, sino también en los supuestos de movilidad geográfica y para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de la jubilación. ¿Cómo, cuándo, en qué supuestos, o en qué cuantía podrá accederse al fondo por parte del trabajador? Más aún, respecto de la movilidad geográfica,

¿son cantidades compatibles con los costes que debe sufrir el empresario, o se producirá una reducción de los costes a cargo del empresario? Dado que nada se dice expresamente, a diferencia del supuesto de indemnización por despido (donde sí se señala expresamente que lo percibido por el fondo se deduce de la indemnización por despido), hay que entender que será una cantidad que no producirá reducción alguna de la responsabilidad empresarial en caso de movilidad geográfica. De otro lado, en caso de utilizarse para los fines de formación profesional, ¿incide el fondo en la cotización empresarial por formación profesional?, ¿tiene incidencia en la financiación de los permisos formativos? Respecto de la jubilación, parece que el sentido de la norma es que si en el momento de jubilarse existen cantidades económicas a favor del trabajador en su fondo, podrá acceder a las mismas (una especie de premio de jubilación), pero no se señala si ello es o no compatible de manera absoluta con la pensión de jubilación; más aún, ¿puede accederse en todo tipo de jubilación, también la anticipada o la jubilación parcial? Como vemos, las interrogantes son realmente importantes.

En estos momentos la cuestión no está precisamente madura para poder afrontar respuestas seguras en esta materia. Lo único que podemos hacer es explicar lo más ajustadamente posible cuál es el funcionamiento del sistema austriaco de indemnizaciones por despido, pues parece evidente que el legislador laboral español se ha inspirado en él para proceder a la reforma de esta cuestión.<sup>46</sup>

Con la actual regulación austriaca cada empresario debe abonar una contribución que asciende al 1,53% del salario bruto mensual del trabajador, ingresando dichas cantidades en un Fondo de Previsión de los Trabajadores, que es totalmente ajeno al empresario. Pueden existir diferentes fondos donde se acumulen los derechos indemnizatorios de los trabajadores, siendo necesariamente autorizados por las autoridades laborales austriacas. El fondo al cual ingresar se elige por acuerdo entre el empresario y los trabajadores (salvo que no haya representación laboral en la empresa, en cuyo caso elige directamente el empresario). Esos derechos pertenecen al concreto trabajador, que los hará suyos en el momento de su jubilación, salvo que vea extinguido su contrato de trabajo a iniciativa del empleador, pues en este caso se podrá acceder a la cuantía acumulada como indemnización por la extinción del contrato (en rea-


---

<sup>46</sup> Véase el interesante trabajo de Hofer, H., *op. cit.*, pp. 115 y ss.



lidad el abono no es obligatorio, sino que el trabajador puede elegir entre recibir las cantidades, mantener la inversión en el fondo, o transferirla al fondo del nuevo empresario). Esas contribuciones se acumularán a las que puedan realizar terceros empresarios, y si el trabajador no ha hecho uso del mismo, en todo o en parte, podrá reclamarlo en el momento de la jubilación.

El fondo tiene como objetivo no sólo la custodia de las cantidades económicas, sino también la inversión de las mismas en el mercado de capitales.<sup>47</sup> Eso supone que, al invertirse las aportaciones, el nivel de las indemnizaciones puede crecer en función del resultado que produzcan dichas inversiones y de si se rentabilizan de manera satisfactoria las mismas. No obstante, el legislador garantiza al menos que el fondo deberá reintegrar al trabajador la contribución nominal entregada por el empleador. Como es lógico, esta actividad de inversión tiene su contrapartida, y es el derecho de los fondos a establecer comisiones por administración (que pueden oscilar entre el 1% y el 3,5% anual sobre las contribuciones realizadas por el empresario, así como 0,8% por la gestión de los activos).

De otro lado, también hemos de señalar cómo al tenerse derecho al reintegro de cantidades en el momento de la jubilación, el fondo se convierte en un sistema que puede complementar las pensiones de jubilación. 

---

<sup>47</sup> Concretamente se puede invertir en activos bancarios, en actividades de préstamo y créditos, en la adquisición de bonos, acciones (con el tope del 40%) y en participación en fondos de inversión.