

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO: CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN. PERSPECTIVA JURÍDICA

M^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: ERE, despido colectivo, causas

Analizar la funcionalidad de las distintas fórmulas que utiliza el legislador laboral para graduar la capacidad de adaptación y respuesta que se permite a la empresa a la hora de afrontar situaciones de crisis o desajuste, es el objeto principal de este trabajo. Para ello se parte de un diagnóstico de situación que no obvia ni los importantes condicionantes constitucionales, ni del Derecho Comunitario o de los propios antecedentes históricos de nuestro sistema de relaciones laborales.

En cualquier caso, es la redacción de las diferentes causas que habilitan el uso tanto de medidas menos traumáticas como las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (arts., 40 y 41), como la amortización de puestos de trabajo –sea de corte individual (art. 52.c ET), como, y sobre todo, mediante extinciones o despidos colectivos (art. 51)–, el centro principal de referencia. Fundamentalmente, además, a partir de su modulación por la Jurisprudencia de las dos Salas del Tribunal Supremo que son competentes en la materia.

ABSTRACT

Key words: ERE, Redundancy procedure, collective dismissal, causes

The present study pretends to analyse the labour legislation's different formulas to see how a company adapts and reacts under a crisis or a readjustment situation. In order to do so, first, we make a diagnosis of the situation to determine the constitutional factors such as the EU-Law or the historical background in our industrial relations system. Also, the study shows which are those factors that allow an implementation of less traumatic measures and working conditions modification (article 40 and 41), such as individual dismissal (Article 52.c ET) and collective dismissal (Art.51). Mainly, we study the Supreme Court of Spain Judicial areas -Criminal and Civil Law- that regulate redundancy procedure (Jurisprudencia de las dos Salas del Tribunal Supremo).

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS CAUSAS DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN
4. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA III SOBRE CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN*

El despido colectivo es una materia particularmente trascendente en el marco de las medidas de ajuste que se le ofrecen a la empresa para hacerle frente a las necesidades cambiantes del mercado; quizás la más radical, no es negable que, aunque sólo sea por su dimensión, tenga una trascendencia que va más allá de la propia empresa, y se adentre en la dinámica de funcionamiento del mercado de trabajo local.

Por eso no es extraño que en nuestro ordenamiento haya sido objeto de atención legislativa ya en fecha muy temprana (durante la II República, aunque con algún antecedente aislado anterior), y que la orientación intervencionista de nuestro Estado haya generado una dinámica de control que, primero, contemplaba al despido colectivo en el marco de una escala graduada de medidas de las que era ultima ratio, y, después, superada esa etapa, conserve todavía una modalidad de control preventivo que ha desaparecido progresivamente en Europa por parte de la Administración y, en última instancia –esto sí ya compartido con los países de nuestro entorno– por parte de los Jueces y Tribunales.

Lógicamente, por la propia naturaleza del tipo de control auspiciado entre nosotros, el análisis de la justificación de la medida empresarial se convierte en uno de los ejes del control, con un añadido peculiar en la experiencia española: el control de proporcionalidad, manifestado en la evaluación de la proporcionalidad de la medida adoptada para hacer frente a la causa manifestada como fundamento del despido. Por eso no es posible analizar las “causas” de los despidos colectivos desde una perspectiva jurídica sin tener en cuenta cómo han valorado nuestros Tribunales estos extremos, porque, como pusiera hace tiempo de relieve RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA las mismas normas han podido generar prácticas más o menos flexibles al amparo de una jurisprudencia o una doctrina administrativa cambiante para adaptarse a los tiempos.

* El presente trabajo recoge el texto que sirvió para dictar la conferencia que, bajo el mismo título se impartió en el seno de las VIII Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social celebradas en Baeza, los días 3 y 4 de noviembre de 2008.

Esta va a ser la perspectiva que se adopte en este trabajo, teniendo en cuenta que la dinámica del despido colectivo ha sido objeto, en tiempos recientes, de un particular interés en la doctrina científica española.

Claro que, para describir el modelo español hay que partir de dos ejes argumentales imprescindibles: el primero, el marco de regulación comunitario de estas formas de extinción; el segundo, las eventuales exigencias constitucionales que se confrontan en el despido colectivo, y, si las hay, las pistas que el TC haya podido dar para su ajuste.

Haciendo referencia al primero de los elementos mencionados, de sobra es sabido que una de las primeras intervenciones en política social por parte de la UE –que no estuviera ligada a la prohibición de discriminación por razón de sexo o a la libertad de circulación– tiene su sede en la regulación de los despidos colectivos. La Directiva 75/129, de 17 de febrero es éste acto, que ha sido sucesivamente reformado hasta su redacción actual en Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos que, como se desprende de su propio preámbulo, tiene una finalidad clarificadora y codificadora de la primera de las Directivas citada. Pues bien, ya desde el art. 1 de la norma se evidencia que la noción de despido colectivo a efectos comunitarios descansa en dos elementos:

- uno, evidente, el número de trabajadores afectados
- el segundo, causal, no se enuncia en positivo; no dice lo que es un despido colectivo, sino cuáles son los tipos de acto extintivo que pueden sumarse para alcanzar los umbrales señalados con arreglo al primer criterio. Y el dato fundamental es el siguiente: se trata de extinciones del contrato de trabajo “por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador” (art. 1,1).

El análisis del resto de la regulación de la Directiva evidencia que los motivos del despido, en efecto, han de ser comunicados por el empresario a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, pero en un contexto de negociación de los efectos del despido, más que de la concurrencia de sus causas. En otras palabras: la causa última del despido no es relevante para evaluar el ajuste a derecho de la decisión del empresario. En palabras de la propia Directiva “las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos” (art. 2.2). Y, sustanciado el procedimiento, agotada la negociación de buena fe, la decisión es empresarial, sin más; el titular de la organización

productiva será el “sólo Juez” para evaluar la incidencia en su empresa de los motivos que invoca y en última instancia, la propia viabilidad del proyecto empresarial. La seguridad no se ajusta tanto en el trabajo concreto, como en el empleo, de ahí la relevancia en estos ámbitos de la planificación social, la prevención y el acompañamiento externo de las medias extintivas en sus consecuencias más desfavorables para los trabajadores, de cara a una más o menos próxima reentrada al mercado de trabajo. Se trata de una pauta que se ha extendido en los países de nuestro entorno, con la excepción de Holanda.

Por supuesto, la Directiva se sigue auto-configurando como norma mínima, en cuyo contexto es posible que los países miembros adopten prácticas de despido más favorables para los trabajadores (VALDES DAL-RE). Ese es el anclaje de la pervivencia de nuestra legislación al respecto.

Nuestro marco constitucional, por otra parte, reproduce los valores enfrentados en sendos preceptos, insertos en la misma sección del Título Primero de la CE: el art. 38, que garantiza “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y que impone a los Poderes Públicos la función de garantizar y proteger su ejercicio “y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Y el art. 35 CE, reconociendo a todos los españoles el derecho al trabajo.

La cohabitación de estos dos derechos es sin duda difícil; y es evidente que el reconocimiento de la libertad de empresa no es incondicionado y que la norma constitucional traza límites de servicio a la economía general y de sometimiento a la planificación, cuando existe. Se trata de un derecho de contenido algo desvaído en sus contornos porque, como señala el TC, la libertad de empresa –más una garantía institucional que un derecho fundamental– “tiene tanto un límite negativo como otro positivo...constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa, «el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial». De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial «en libertad », ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general” (STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 4). Este carácter limitable por el legislador en aras del mejor funcionamiento del mercado y de otros derechos fundamentales es destacado con frecuencia por el TC: “no hay un ‘contenido esencial’ constitucionalmente garantizado de cada...actividad profesional

concreta”, de tal modo que “las limitaciones que...a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa” (STC 83/84, de 24 de julio, FJ 3). Así que “toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado” (STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 3).

Entre ese complejo conglomerado normativo se encuentra evidentemente la regulación sobre el despido. Y sobre ésta, y su significado limitativo potencial de la libertad de empresa, aunque parcamente, el TC ha tenido algún apunte que hacer: primero tímidamente, moviendo el razonamiento en el nivel de la legalidad ordinaria, afirma que “en nuestro actual derecho positivo, existe una regla general mediante la cual a falta de una norma que expresamente, disponga lo contrario, el cese en el empleo por voluntad del empresario sin justa causa lleva consigo, como mínimo, el abono de una indemnización, cualquiera que sea la naturaleza común o especial de la relación laboral” (STC 103/1990, de 4 de junio, FJ 4). Luego, de forma más contundente, el TC supera la mera referencia a la legalidad ordinaria y se enfrenta al entronque constitucional de la propia legislación sobre extinción del contrato de trabajo. En un caso en que se sometía al TC la legitimidad constitucional de la extinción libre no indemnizada de la relación laboral del capitán de un buque congelador al amparo de la Ordenanza de Trabajo en Buques Congeladores, con mucha dificultad el recurrente plantea –bajo la genérica cobertura del derecho a la igualdad– la eventual colisión de la libre iniciativa del empresario en este terreno con su derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la respuesta del TC es sorprendentemente contundente (STC 20/94, 27 enero, FJ 2): “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva [SSTC 7/1993 y 14/1993]. En efecto, 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, máxime si

ello acontece a título individual y no colectivo”. Ha de llamarse la atención, primero, sobre la conclusión de que art. 35 y art. 38 CE están condenados a entenderse. Y en segundo lugar, que los puntos de entendimiento son básicamente dos: la reacción frente al despido, y la indemnización frente al despido ilícito.

Nada se dice sobre la causación del despido, o sobre la intensidad de control que esa “reacción” frente al despido puede desencadenar. Esas son cuestiones abandonadas a la práctica legal, administrativa y judicial, en la “fronda” normativa que contempla la libertad de empresa.

Y nuestra práctica histórica ha sido, sin duda, intervencionista, autorizando a la Administración y a los jueces un fuerte papel interventor en el control de las facultades extintivas del empresario. Ciertamente antes más que ahora —en cuanto el marco legal, lógicamente, ha cambiado— pero nuestro control judicial sistemáticamente implica, en todas las modalidades de despido, un control, como mínimo, triple sobre:

- realidad de la causa alegada;
- gravedad de la misma y
- proporcionalidad de la decisión extintiva, medida en parámetros que son normalmente ajenos a la singular voluntad del empleador, como, por ejemplo, lo que disponga un Convenio Colectivo en materia disciplinaria.

La variante administrativa de ese control —típica de los despidos colectivos— ha tendido a reproducir esa pauta, también cuando la normativa dejó de amparar la más amplia dimensión posible del control de proporcionalidad (que había pasado a ser más bien un control de adecuación o conveniencia) a favor de una dinámica más próxima a la que se había acuñado en vía judicial.

Curiosamente, en el repaso general a nuestra jurisprudencia, es de destacar el papel menos que discreto que ha jugado la libertad de empresa como derecho del empleador a cesar a un trabajador o a cesar en la actividad empresarial. Explícita o implícitamente el derecho al trabajo se convierte en el eje del razonamiento, de modo que entre nosotros el despido causal, y bien justificado, es la regla básica.

Es fuerte el contraste con otros ordenamientos como el francés —que no hace tanto tiempo poseía como nosotros un sistema de autorización administrativa de los despidos colectivos—. Con ocasión de una reforma legislativa del Código de Trabajo, se introdujo en el art. L-321.1 modificado una nueva definición de “despido económico”, según la cual “constituye un despido por motivo económico el despido efectuado por un empleador por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador, resultante de una supresión

o transformación del empleo o de una modificación del contrato de trabajo, consecutivas, bien a dificultades económicas serias que no hayan podido ser superadas por cualquier otro medio, bien por mutaciones tecnológicas que ponen en peligro la pervivencia de la empresa, bien a necesidades de reorganización indispensables para la salvaguardia de la actividad de la empresa”. Varios parlamentarios impugnaron, entre otros, este precepto ante el Consejo Constitucional, invocando precisamente el derecho a la libertad de empresa, que consideraban excesivamente restringido. El Consejo Constitucional asumió estas críticas –las únicas que asumió, pues el amplio recurso fue rechazado en los restantes motivos– afirmando, sintéticamente, lo siguiente:

FJ 47.– “considerando...que la nueva definición de despido económico...limita a los tres casos que enuncia las posibilidades de despido económico, con exclusión de cualquier otra hipótesis como, por ejemplo, la cesación de la empresa”.

FJ 48.– “...en segundo lugar, que al no permitir los despidos económicos para reorganización de la empresa más que si esta reorganización es indispensable para la salvaguardia de la actividad de la empresa y no, como sucede bajo la actual legislación, si es necesaria para la salvaguardia de la competitividad de la empresa, esta definición impide a la empresa anticipar las dificultades económicas por venir tomando medidas que eviten despidos ulteriores más importantes”.

FJ 49.– “...en tercer lugar, que subordinando los despidos económicos a dificultades económicas serias que no hayan podido ser superadas de otra manera, la ley conduce a que el juez no sólo controle, como es el caso bajo la actual legislación, la causa económica de los despidos decidida por el empresario a tenor de los procedimientos del libro IV y del Libro III del Código de Trabajo, sino aún más, a sustituir su apreciación a la del empresario en cuanto a la elección entre las diferentes soluciones posibles”, y

FJ 50.– “Considerando que el cúmulo de restricciones que esta definición hace pesar sobre la gestión de la empresa tiene por efecto no permitir a la empresa despedir más que si su pervivencia está en juego; estableciendo estas disposiciones el legislador ha atentado contra la libertad de empresa de modo manifiestamente excesivo respecto del objetivo perseguido de mantenimiento del empleo”, motivo por el cual tal definición se considera contraria a la Constitución francesa.¹

¹ Cour Constitutionnel Décision num. 2001-455 DC, de 12 de enero de 2002.

En resumen, ni se niega la posibilidad de que la ley establezca causas para el despido; ni se niega la posibilidad o aún la necesidad de que el Juez evalúe si esas causas concurren. Parece que el eje de la resolución es la profundidad de unos límites que no se niegan en principio: una profundidad medida en la calificación del despido como *ultima ratio*, respuesta extrema que ha de ser realmente inevitable para salvar la pervivencia de la empresa. Y sólo eso. La ley ha descartado el despido como respuesta a situaciones de entidad menor, en las que tuvieran cabida la prevención de males mayores o la defensa de la competitividad empresarial. Eliminando esta posibilidad de gestión “*prévisionnel*” del empleo se ha cercenado abusivamente la libertad de empresa. El empresario “solo juez” sigue siéndolo también a estos efectos en el marco de la legislación francesa.

2. LA REDACCIÓN DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Ya he tenido ocasión de poner de manifiesto que la legislación sobre el despido colectivo no ha sido continuada en nuestra historia. Tampoco lo ha sido la delimitación de las causas que lo justificaban, que han pasado –en los últimos 30 años– desde las causas técnicas ó económicas de la legislación franquista a las “causas económicas” o los “motivos tecnológicos” o la “fuerza mayor” de la primitiva redacción del art. 51.1 ET en 1980, a la actual redacción del precepto, tras la ley 11/1994, inserta en una reforma que, como es sabido, pretendió tener en la flexibilidad –también de salida– una de sus marcas distintivas, con resultados variados, según la materia. En concreta relación con las necesidades de la empresa como causa de despido, son tres los preceptos que deben ser tomados en consideración.

El primero de ellos, y principal, el art. 51.1 ET: “la extinción de contratos de trabajo” podrá estar “fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción,...Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

El segundo, dado que las causas que consideramos se encuentran enlazadas, habrá que tener en cuenta el art. 52.c)² en sede de despido por circuns-

² En redacción dada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

tancias objetivas, según el cual procederá el despido “cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 5.1.1 de esta ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

Y, a título comparativo, el art. 41.1 ET, que autoriza las modificaciones sustanciales de trabajo por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción, si bien “se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

La lectura de estos tres preceptos combinados es inexcusable, porque pone de manifiesto una serie de rasgos que condicionarán el ulterior control judicial o administrativo de los despidos.

El primero es particularmente evidente: en nuestro ordenamiento no se ha tomado en consideración la posibilidad que abría la norma comunitaria de ceñir la definición de despido colectivo exclusivamente a aquél que coincida con un número determinado de trabajadores que vean sus contratos extinguidos por causas que no les son inherentes, absteniéndose de entrar en los motivos del empresario. Nuestra ley, siguiendo un amplísimo recorrido histórico, se ha decantado por definir las causas que justifican el despido.

Aunque parezcan consecutivos por razón de número –cuando el número de trabajadores afectado supere el umbral del art. 51 ET, despido colectivo; cuando no se supere, despido objetivo– y sin embargo paralelos en las causas que los motivan, el ET introduce significativas diferencias entre la intensidad en que las causas han de incidir sobre la empresa, por lo menos, cuando las invocadas son técnicas, organizativas o productivas –TOP– (a partir de la reforma de 1997). Cuando son económicas, las causas se entenderá que concurren, en las dos modalidades de despido, cuando contribuyan a superar una situación económica negativa. Cuando son TOP, en cambio, si se persigue un despido colectivo, aquéllas deberán “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”. En tanto que si el despido es objetivo deberá adoptarse “para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. Viabilidad cuestionada

versus buen funcionamiento, un importante matiz que ha recogido, como no podía ser menos, la jurisprudencia de nuestros Tribunales

Y, finalmente, es de reseñar cómo, siguiendo pautas que se marcaron en la legislación franquista, en la base del cúmulo de medidas que el empresario puede adoptar ante las necesidades de reestructuración y cambio de la empresa se encuentran las modificaciones sustanciales, por ello, aún siendo el enunciado de las causas que las justifican idéntico —económicas y TOP—, varía sustancialmente el contexto y la intensidad de las mismas: procederá la modificación “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. En este ámbito la dinámica preventiva es total.

Si cupiera duda acerca de la voluntad de legislador de crear un sistema de respuesta gradual a las necesidades de reestructuración empresarial —sería la versión colectiva del control de proporcionalidad de otras causas de despido— esta sucesión de preceptos y su indudable conexión la disiparía. En el marco legal español, las causas de despido por necesidades de la empresa están tasadas, como en los otros ámbitos extintivos, e incumbe a los poderes públicos de control evaluar no sólo si concurren en un caso dado, sino si lo hacen con entidad suficiente como para atentar contra los valores empresariales que el legislador ha seleccionado en cada momento.

Esto crea un entrelazamiento entre las resoluciones judiciales que controlan la legitimidad de los despidos que aproxima como pocas instituciones la jurisprudencia de las Salas III y IV del Tribunal Supremo, que se intercambian con extraordinaria intensidad. Por eso, antes de examinar la jurisprudencia de la Sala III del TS, que es lo procedente al hablar de despidos colectivos y sus causas, es imprescindible hacer un repaso de la jurisprudencia de la Sala IV al interpretar el art. 52.c) ET, porque, como veremos, han sido éstas las originales en las definiciones jurisprudenciales.

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

Por lo que hace a las causas del despido objetivo, ya se ha visto que, tras una larga evolución normativa, la ley admite como tales a las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, señalando una diversa intensidad en relación con la primera respecto de las segundas. La causa económica procederá si el despido contribuye a superar una situación económica negativa. Las TOP si con ellas se pretende “superar las dificultades que impidan el buen

funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. La lógica de la causa económica es, o lo parece, remontar un problema ya acreditado, presente en la empresa; las TOP descansan sobre una orientación protectora, resolutoria de dificultades que generan un mal funcionamiento de la empresa y que, de persistir, sin duda generarán la “crisis” que se trataba de evitar. Cualquiera que sea la interpretación que se dé de ellas es claro que hay una importante flexibilización de las causas de despido objetivo, que se ha abierto la posibilidad del recurso a ellas como una herramienta de gestión preventiva.

Pues bien, en el devenir de la jurisprudencia de la Sala IV del TS resulta crucial una Sentencia, en unificación de doctrina que, aunque *obiter dictum*, se detiene en definir lo que haya de entenderse por causa económica, técnica, organizativa o productiva, con tanto acierto que es de cita obligada en la jurisprudencia posterior. Se trata de la STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5162), en la que, razonando conjuntamente sobre los arts. 51.1 y 52 c) ET³, señala que los elementos a tomar en consideración a la hora de analizar la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, son tres:

El primero “es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa («situación económica negativa») o en la eficiencia de la misma (carencia o necesidad de «una más adecuada organización de los recursos»)). El legislador ha querido distinguir cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»); y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación («causas económicas», en sentido restringido)”.

“El segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos que se describe en los artículos 51.1 ET y 52, c) ET es la amortización de uno o varios puestos de trabajo. Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen «la plantilla de la empresa»; y puede consistir, asimismo, en la supresión de la «totalidad» de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por

³ “Tres son los elementos integrantes del supuesto de despido por motivos económicos descrito en el art. 51.1 ET, al que remite el art. 52, c) ET, y que ha sido en el caso el invocado por la empresa como fundamento legal de su decisión extintiva”.

mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes...En los casos en que la amortización de puestos de trabajo no conduzca al cierre de la explotación, la medida de reducción de empleo adoptada ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, en el que la amortización de puestos de trabajo puede ir acompañada de otras medidas empresariales (financieras, de comercialización, de reducción de costes no laborales), encaminadas todas ellas al objetivo de compensar los desequilibrios producidos, superando la «situación negativa» o procurando «una más adecuada organización de los recursos». En estos mismos casos de no previsión de desaparición de la empresa, la amortización de puestos de trabajo se ha de concretar en el despido o extinción de los contratos de trabajo de aquel o de aquellos trabajadores a los que afecte el ajuste de producción o de factores productivos que se haya decidido”.

Por último, “El tercer elemento del supuesto de despido por motivos económicos en la nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores hace referencia a la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos. Conviene examinar esta conexión funcional o de instrumentalidad en los dos supuestos señalados de cierre de la explotación y de reducción de plantilla en el marco de un plan de recuperación del equilibrio de la empresa”. De ese modo “En el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquella amortigua o acota el alcance de ésta.... En el supuesto en que la amortización de puestos de trabajo pretenda sólo la reducción de la plantilla, la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquella, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario. Tal conexión funcional de adecuación ha de apreciarse en concreto, respecto del despido o de los despidos de trabajadores determinados acordados por la empresa”.

Cierra el argumento con una observación fundamental: “Siendo así que, en el supuesto de reducción de plantilla, la valoración de adecuación o proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados, y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa, los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabi-

lidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica. El objeto de valoración es, por tanto, en este punto, a diferencia de lo que sucede en la comprobación de la situación de ineficiencia o falta de rentabilidad de la empresa, no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas.

En fin, la prueba de concurrencia de todas estas causas incumbe al empresario, “lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos factores, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etcétera”.

Como puede verse, la Sentencia extiende el razonamiento a todos los pasos que conlleva la evaluación de la licitud de un despido por necesidades empresariales:

aparentemente al margen de todo el proceso está la que se ha llamado “causa última”, pero realmente es el contexto en que nacen las dificultades que llevarán al despido, que serían la “causa próxima”. Los tribunales, por ello valoran su realidad y su intensidad como presupuesto de las valoraciones de cada una de las medidas adoptadas.

los desajustes que se generan en la empresa son el segundo paso a evaluar. La diferenciación legal entre causas económicas, técnicas, organizativas o productivas parece tener un carácter técnico y tasado, pero probablemente no sea el resultado en todos los casos. Más bien se trata de señalar áreas de la empresa afectadas, que pueden interconectarse —que suelen aparecer, en la práctica, interconectadas—. Y que, en último extremo, son reconducibles a las dificultades económicas como causa última de todo el aparato extintivo,

el tercer elemento, los despidos, de toda o parte de la plantilla, y el elemento clave, una vez acreditado que la causa próxima se ha producido, es el control típico de nuestros jueces en todos los ámbitos del despido: la proporcionalidad y la adecuación de las medidas extintivas para superar la dificultad que en un determinado momento experimenta la empresa.

Sobre todos estos elementos, partiendo de una aceptación de fisuras de este esquema teórico, se han pronunciado otras resoluciones de la Sala IV del TS,

precisando o añadiendo algún perfil de interés. Sobre este esquema, por tanto, se hará la remisión breve de la doctrina judicial.

La causa final.— Tendría una efectividad especial en los casos en que de alguna manera la conducta empresarial estuviera en el origen de la misma: si la “crisis” de la empresa se desencadena por una gestión equivocada; una arbitrariedad o mero capricho o simple conveniencia. La fuerza mayor no es contemplada en este ámbito de la doctrina judicial laboral porque como se sabe tiene un tratamiento extintivo aparte. Y en el pasado, centrando el análisis en el origen de la causa, la no imputabilidad de ésta al empresario fue un criterio mantenido por nuestros Tribunales, claramente inspirados por la actuación administrativa. Era el requisito de “objetividad” de la causa alegada, de absoluta externalidad de la misma respecto de la gestión empresarial, que se enunciaba en las instrucciones administrativas. Pero, como bien se ha dicho, “a partir de la Ley 11/1994 desaparece como requisito de legalidad la objetividad de la causa alegada que, de acuerdo con una determinada línea jurisprudencial, exigía que la situación que daba origen al despido no podía estar motivada en una gestión ineficaz del empresario, sino únicamente en hechos externos a la empresa”⁴. En el momento presente, pues, la relevancia de la causa última ha decrecido en la valoración de nuestros Tribunales.

Mayor interés tienen los otros tres mencionados. Y ahora procede señalar que la jurisprudencia se ha esforzado en establecer diferenciaciones entre los distintos tipos de desajustes empresariales que generan el despido según el ámbito de la actividad de la empresa en que se ha generado la disfunción: la económica, la pérdida en “la esfera o ámbito de los resultados de explotación”; la técnica, referida a “la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción”; la organizativa “la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal”; y la productiva, “la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Pero que, como era de prever, los resultados obtenidos no son demasiado esclarecedores, dándose con frecuencia un encabalgamiento de unas con otras: por ejemplo, STS 31 enero 2008 (RJ\2008\1899) “respecto a las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen, como una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta, una causa organizativa, en cuanto a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores” (con cita de SSTs 14 junio 1996, y 7 de junio de 2007 (RJ 2007\4648).

⁴ MARTÍN RIVERA, L., “El despido objetivo por necesidades de la empresa”, Ed. Reus, Madrid 2008, pág. 245.

La contratación de un Licenciado en Farmacia, obligada en las oficinas de farmacia en determinadas circunstancias genera un exceso de personal que afecta al auxiliar de farmacia ya existente en el negocio. Esta es “una cuestión de desequilibrio funcional, razones técnicas u organizativas, hemos de prescindir de las económicas, aunque éstas...subyazgan bajo las anteriores” (STS 13 noviembre 2007 (RJ\2008\703)). Esta intercambiabilidad es lógica, pero no es baladí. Como veremos, en nuestro derecho es importante que la causa sea económica en sentido estricto o que no lo sea, sobre todo.

La concurrencia de las disfunciones empresariales que generan las causas individualizadas anteriormente debe ser acreditada por el empresario. En general, el tema probatorio es siempre difícil, pero lo es más en un ámbito en que al menos las causas TOP han sido definidas tan vagamente. La causa económica está claramente vinculada con una gestión económica con resultados negativos, normalmente acreditados a través de auditorías, documentos contables o fiscales, cuya interpretación de la realidad puede ser discutida en el proceso por la contraparte⁵. Una puntualización sin embargo, preocupa frecuentemente a los órganos del OSJ: el ámbito de las pérdidas experimentadas, lo que resulta especialmente significativo en el caso de que la empresa en que se intenta el despido por estos motivos pertenezca a un grupo empresarial que, en su conjunto no registre pérdidas, sino beneficios. O en el caso en que una única empresa tiene varias divisiones o segmentos de negocio individualizados, uno de los cuales registra pérdidas y los otros no (el supuesto, claro es, en el caso de que no haya habido maniobras empresariales de descapitalización). Cuando se da este supuesto de empresa compleja, la tesis generalizada es que, con exclusiva referencia a la causa económica “el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas TOP es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento”⁶. “La situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar, por ende, a la empresa o su conjunto o globalidad”⁷. La razón de esta diversidad de régimen está en el cambio de redacción experimentado por el art. 52 ET en 1997, que a juicio de nuestros Tribunales acentúa la vinculación de la causa económica a la empresa, mientras que esa conexión no es explícita en las causas TOP. Cuando se trata de una empresa con

⁵ “No adujo la empresa razones económicas, entendidas en el sentido de implicar un desajuste financiero de la propia empresa, en lo que se refiere a ingresos, coste o pérdidas que hayan provocado ese desequilibrio económico” (STS 13 febrero 2002 (RJ 2002\3787))

⁶ STS 31 enero 2008 (RJ\2008\1899), con cita de SSTSS 13 febrero 2002 (RJ\2002\3787); 19 marzo 2002 (RJ\2002\5212) ó 21 julio 2003 (RJ 2003\7165)

⁷ STS14 mayo 1998 (RJ 1998\4660)

varias unidades de negocio, parece, será más fácil aplicar esta tesis del TS. ¿Qué sucede en cambio en relación con las empresas agrupadas? ¿deben ser autónomas, o bien pueden estar sometidas a unidad de dirección e intercomunicación de patrimonio y de plantillas, al estilo de lo que se conoce como “grupo” a efectos de responsabilidad laboral? Nuestros Tribunales no introducen en estos casos las cautelas que aplican a la noción de grupo laboral⁸. Con ello parece que la extensión al ámbito grupo es ineludible, sea o no un grupo relevante en lo laboral. Pero esta aparente dureza queda matizada si se tiene en cuenta que en todas las Sentencias en que se ha hecho tan comprometida afirmación, finalmente se ha descartado que la causa fuera económica en sentido estricto, sino TOP, desapareciendo el problema con la misma rapidez con la que se plantea. Así no es causa económica, aunque afecte al grupo Pescanova, que globalmente no tiene pérdidas, el despido de un trabajador “con indicación detallada de la disminución de las ventas brutas en kilos y en pesetas correspondientes a dicho puesto de trabajo de 1999 a 2000, y con mención también del incremento en el periodo de “costes directos” y “costes de estructura” de la compañía...todo esto ha dado lugar a una cifra de pérdida por vendedor de más de un millón y medio de pesetas“, lo que legitima el alcance parcial de una medida consistente en el cambio del sistema de comercialización, fuera del área económica “agrupable”⁹. Tampoco es causa económica la constituida por la necesidad de cierre de un centro docente perteneciente a una congregación que tenía varios, por falta total de alumnos. Al contrario, “la alegada es una verdadera causa organizativa o productiva, que afecta más bien al volumen de empleo y tiende a armonizar los medios humanos y materiales de que se dispone”¹⁰. Tampoco lo es el despido de trabajadores redundantes por finalización de una contrato en el marco de la empresa EULEN: “respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores”¹¹. De ese modo, la causa económica relevante a nivel de grupo raramente será inferior a pérdidas globales en el grupo mismo; las disfunciones parciales han salido por las otras causas, aunque hubiera habido pérdidas porque, aún habiéndolas, el exceso de personal difícilmente puede dejar de ser considerado como una causa organizativa.

⁸ Sugiriendo la necesidad de que el grupo de empresas afectado por esta extensión de la causa económica sea un grupo “laboral”, Martín Rivera, L., “El despido...” cit., pág. 286.

⁹ STS 29 septiembre 2003 (RJ 2003\7447).

¹⁰ STS 13 febrero 2002 (RJ 2002\3787).

¹¹ STS 31 enero 2008 (RJ 2008\1899)

Las causas TOP deberán ser probadas en el contexto en que se producen, y de acuerdo a su naturaleza, obviamente. Por eso hay tanta variedad de supuestos: la evolución de las matriculaciones de alumnos en el caso del centro educativo cuyos trabajadores van a ser despedidos, sin que se haya probado que ha aumentado la demanda en los otros centros¹²; la descripción de las pérdidas de ventas por vendedor en el caso Pescanova¹³; la rescisión de la contrata de mantenimiento con una empresa cliente, a iniciativa de ésta, y seguida de otra contrata con menos encargo, lo que genera el exceso de personal que se considera causa productiva¹⁴; la acreditación de la resolución del Gobierno vasco que impone la contratación obligada en ciertas farmacias de un Licenciado en Farmacia, que, manteniéndose la cifra de ventas, genera un exceso de personal, considerado causa organizativa¹⁵.

Como puede verse, en todas las causas se exige la suficiencia, medida en la adecuación de la gravedad de la causa invocada, susceptible de justificar el despido propuesto. Suficiencia y gravedad, que aparecen a veces separadas (en la propia STS 14 junio 1996, citada), son en realidad las dos caras de la misma moneda. Siempre descartando la viabilidad de los despidos generados por comportamientos abusivos empresariales, la adecuación de la medida se ha de valorar tomando en cuenta los criterios que la ley promueve, que no son los mismos para las causas económicas en sentido estricto, y para las causas TOP. En efecto, tras sus sucesivas reformas, ya hemos visto que el art. 52 c) ET circunscribe la suficiencia, si la causa es económica, a la aptitud de la medida para superar una situación económica negativa. Y en relación con las causas TOP, éstas serán suficientes cuando contribuyan a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencia de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. Resulta patente la flexibilización operada en este precepto, que se separa de forma ineludible del patrón interpretativo del art. 51 ET, que era el referente anterior de la suficiencia de las causas. Y por tanto pierde transcendencia la jurisprudencia aplicativa del mismo para el fin que nos ocupa. Pero, como veremos, en la jurisprudencia de la Sala III la ruptura no es total. Todavía siguen sirviendo las pautas de la jurisprudencia laboral. Y en concreto, dos ideas básicas: en relación con la crisis económica, que ésta debe ser patente y persistente, no esporádica, pero no necesariamente irreversible porque si así fuera no habría conexión con un precepto jurídico que habla de

¹² STS 13 febrero 2002, cit.;

¹³ STS 29 septiembre 2003, cit.

¹⁴ STS 31 enero 2008, cit.

¹⁵ STS 13 noviembre 2007 (RJ 2008\703).

“superar” la situación negativa; *si se prueba se presume que el despido contribuye a superarla*. Una situación negativa, en principio, parece que presente, no pudiendo ser invocada cuando se prevean pérdidas, pero aún hay beneficios, punto éste criticado por la doctrina porque evita la posibilidad de una gestión preventiva de la empresa, para centrar la norma legal en crisis ya desencadenadas. En cuanto a las demás, la necesidad se deduce de la adecuación, de la hipotética utilidad de la extinción que se pretende para mejorar la competitividad y la eficiencia de la empresa. Y es en este punto donde el control judicial se hace más delicado: la aptitud para alcanzar esos resultados de la medida propuesta es una aptitud abstracta, posible, sin que el Juez pueda descender en su análisis a ver si ésa medida y no otra es la que va a sacar a la empresa de la situación comprometida. Eso, teóricamente; como reconoce la propia STS de junio de 1996, la evaluación de la causa económica ha de basarse en la prueba de las pérdidas. La de las causas TOP, sin embargo, en consideraciones económicas generales o futuras, en criterios de buena práctica de un empresario diligente. Ni qué decir tiene, en las causas TOP queda abierto un amplio margen al subjetivismo y a la tentación judicial de sustituir al empresario. En efecto, si se descende a este detalle, el Juez sustituiría al empresario en lugar de ponerse por encima, velando por el correcto uso de sus poderes extintivos —justo este control de optimización era el que perseguía la reforma francesa que fue descartada por el Conseil Constitutionnel—. Por eso no es infrecuente que el control de adecuación sea un control de coherencia: de relación entre el problema planteado y la medida tomada, aunque pudiera haber otras mejores o menos costosas para los intereses de los trabajadores. La medida elegida supone recorte de empleo, si contribuye, es razonablemente compatible con el problema detectado y probado, la exigencia causal ya está cubierta, ya se trate de la única medida directamente tomada (despido del auxiliar de farmacia, o de los profesores del centro que se cierra), ya sea la consecuencia ineludible de otra medida adoptada (despido de los comerciales en aras de una remodelación del área comercial del grupo).

4. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA III SOBRE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS Y ORGANIZATIVAS

Ya se ha tenido ocasión de señalar que la propia dinámica del reparto competencial entre órdenes jurisdiccionales impone que la revisión de los despidos colectivos por lo que hace a sus causas justificativas se residencia ante los Tribunales del Orden Contencioso Administrativo —no otras materias, también ligadas a los despidos colectivos, generando un reparto competencial nada pacífico—. Por eso el análisis que se desee realizar sobre la exigencia de

las causas de despido colectivo ha de circular sobre resoluciones de la Sala III del TS.

Y hacer algunas precisiones adicionales sobre el alcance de esta jurisprudencia:

La primera, que, como es sabido, el Expediente de Regulación de Empleo puede finalizar con acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores en el seno de los periodos de consulta. Esto sucede con enorme frecuencia en la práctica laboral española. Según datos del Anuario de Estadísticas Laborales, sólo para el periodo 2006–2008, los expedientes pactados supusieron en 2006 un 88% del total de los autorizados; un 83% en 2007 y un 90% en el periodo de enero a agosto de 2008. Esta constatación tiene vital interés porque los expedientes pactados no generan la posibilidad de que la Autoridad Laboral compruebe la concurrencia en el caso de las causas que la ley prevé con la intensidad suficiente como para justificar los despidos. Sólo procederá a homologar el acuerdo adoptado salvo que concurra alguno de los supuestos, ciertamente extremos, que la ley prevé: que concurra dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo, o que suponga fraude a efectos de las prestaciones por desempleo¹⁶. Así las cosas, una apreciable cantidad de EREs entre nosotros concluye sin control de fondo salvo en los casos extremos citados.

La segunda dice relación con la peculiaridad de funcionamiento del recurso ante la jurisdicción contenciosa, y en especial del recurso de casación. La acción del Tribunal tiene una estructura revisora de lo actuado por la Administración, que de alguna manera condiciona y limita el nivel de interiorización del Juez en la decisión de la Administración. Pero es que, además, si se trata del TS, su capacidad de revisión de los elementos fácticos que han conducido a los Tribunales de instancia a resolver en un sentido o en otro es también muy limitada¹⁷. Por uno y por otro lado, la reducción del control judicial es evidente, lo que trasciende a la relevancia de la doctrina de la Sala III del TS a la hora de conocer de las impugnaciones de las resoluciones administrativas que autorizan o deniegan expedientes.

La tercera y última, que la Sala III es perfectamente consciente de que su intervención en la revisión de las resoluciones administrativas es formalmente integrante del Derecho Administrativo, pero *ratione materiae* es Derecho del Trabajo. Por eso existe una patente interdependencia de su doctrina con la que se ha ido elaborando en la Sala IV en relación con los despidos objetivos por causas económicas y TOP. La concurrencia conceptual es muy significativa,

¹⁶ Por todas, STS 14 febrero 2007 (RJ 2007\2543).

¹⁷ Por todas, STS 24 noviembre 2004 (RJ 2004\8059), con un detallado enunciado de los casos excepcionales en que es posible la revisión de la prueba en el recurso de casación.

pero eso no quita interés a la consulta de esta jurisprudencia en la medida en que ha dado origen a pronunciamientos en los que los conceptos laborales son rediseñados y conducen a soluciones parcialmente distintas.

Para empezar ha de tenerse en cuenta que el art. 51 ET declara que son causas justas para despedir colectivamente una serie de circunstancias específicas que no tienen paralelo en el art 52 ET: la fuerza mayor, la disolución de la personalidad jurídica, la quiebra o venta judicial de la empresa, que tienen entidad y automaticidad operativa suficientes para que operen sin excesiva complejidad, aparte de la inclusión del *factum principis* en el ámbito de la fuerza mayor. La mayor dificultad, y frecuencia de resoluciones, se centra en interpretar los supuestos que el despido procede por causas económicas o TOP. El precepto legal dispone que ello sucederá cuando “contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”. Se trata de un texto en que la conexión con el art. 52 c) por lo que concierne a la causa económica es casi literal; sin embargo, en lo referente a las TOP se produce una separación, en cuanto el art. 51 las entiende como supuestos en que la propia viabilidad de la empresa está cuestionada (y no sólo en los que se produzca un mal funcionamiento de la empresa) y en que las medidas contribuyan a “garantizar” esa viabilidad cuestionada, que es algo más intenso que la mera adecuación o coherencia en la medida seleccionada, es idoneidad para conseguir un fin.

Para la concreta definición de las circunstancias en que se ha generado la necesidad de extinguir el despido existe un claro paralelismo entre la Sala III y la IV del TS.

Hay una notoria influencia de la STC de 14 de junio de 1996, que es de cita extraordinariamente frecuente, no necesariamente con justificación expresa de la cita. Un ejemplo particularmente importante de esta orientación es la STS de 8 de febrero de 2002 (RJ 2002\2623), en la medida en que la Sala acoge el efecto ampliatorio de la licitud de los despidos colectivos generado por la reforma de la ley 11/94, y, para señalar el alcance de esa ampliación, destaca que “la innovación legislativa ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Sala de lo Social de este Tribunal...en el sentido de que el supuesto de despido”, sigue una cita literal de la referida Sentencia de junio de 2006 de la Sala IV, y extrae de ella las siguientes consecuencias: “la interpretación de las causas económicas de extinción del contrato de trabajo en los casos de despido colectivo debía hacerse con mayor rigor cuando se trataba de la aplicación de la vieja Ley...Con arreglo a la innovación introducida, por el contrario, es suficiente con justificar: a) la situación económica negativa de la empresa y la idoneidad del despido colectivo para contribuir a superarla; o b) la conve-

niencia de una reorganización de los recursos que lleve consigo el despido para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma”. Ello, claro, tomando como concreción del nuevo sentido de la ley la definición ya vista de la Sala de lo Social. La Sentencia citada tiene importancia porque es muy didáctica sobre el nivel de exigencia de gravedad en la causa económica o tecnológica bajo el imperio de la antigua legislación, todavía aplicable en el caso. En efecto, frente a lo que se deberá probar con arreglo a la nueva legislación¹⁸, la aplicación de la anterior supone que “en el caso examinado podría, a lo más, estimarse acreditada la introducción de una pauta organizativa consistente en suprimir los expendedores como criterio de organización para aumentar la competitividad de las empresas expendedoras de gasolina...que puede comportar un notable ahorro de gastos de personal...No se ha probado sin embargo que la introducción de dicha medida sea necesaria para garantizar la futura viabilidad de la empresa recurrida, como sería necesario para estimar concurrente la causa legitimadora consistente en la concurrencia de causas económicas que justifiquen el despido. Únicamente se aduce la existencia de pérdidas en un ejercicio económico, justificada con copia de la declaración de pérdidas y ganancias correspondientes a la declaración del Impuesto de Sociedades... Tampoco se ha probado que la medida técnica introducida, más allá del ahorro de gastos de personal que puede suponer una mejora de la competitividad, comporte una adaptación indispensable del proceso productivo a los cambios impuestos por la renovación o modernización tecnológica, consistentes en la sustitución de unos medios obsoletos...pues el autoservicio no es una consecuencia necesaria de la innovación tecnológica consistente en la centralización de la caja”, y, finalmente “tampoco (se) considera probado que los trabajadores correspondientes a los puestos de trabajo que se pretenden suprimir no puedan ser objeto de una reconversión funcional o geográfica”.

Con independencia de la pacífica aplicación del principio de que no bastan las pérdidas de un año para justificar la causa económica, compartido con la jurisprudencia del orden social, es perceptible cómo la Sentencia realiza un juicio de oportunidad que sabe que se va a extinguir con la nueva norma, sobre todo por lo que hace a la causa tecnológica: la centralización de la caja no trae como consecuencia ineludible el autoservicio (que “contribuye” a mejorar los resultados de la empresa, pero no es esencial) y el autoservicio mismo tampoco trae como consecuencia necesaria el despido. Y, aunque lo fuera, existen otras medidas posibles menos intensas para recolocar a los trabajadores, con lo que

¹⁸ Una gasolinera que, alegando las difíciles situaciones por las que pasa el sector, pretende despedir a los tres trabajadores que dispensaban gasolina (para introducir expendedores automáticos), creando a la vez tres puestos nuevos de cajeros.

el despido aparece realmente como la ultima ratio, la última medida posible a adoptar en orden a declarar su legitimidad.

Pero como la Sala admite, la situación ha cambiado a partir de 1994. La ley impone que si la causa es económica debe “contribuir” a superar la situación económica negativa de la empresa; en cambio, cuando las causas son TOP, no existe paralelismo con el art. 52, se exige que esté en cuestión la viabilidad de la empresa, y que precisamente por ello la adopción de estas medidas deba “garantizar la viabilidad” de la empresa mediante la adecuada asignación de recursos. Una gravedad especial en ambos casos, pero no una situación terminal de la empresa; tanto la crisis como las TOP tienen que referirse a situaciones superables, no a casos en que el cierre es la única vía posible. Hay mucho todavía de preventivo, de reparador de situaciones de dificultad en la definición del art. 51 ET.

Pues bien, en relación con los casos en que se solapa la extinción con causas económicas, tecnológicas, organizativas o productivas, la definición de la Sala de lo Social de lo que sea causa económica o TOP se ha de combinar, además, con una serie de cualidades de la “crisis” que habrían de concurrir según la práctica administrativa anterior y nuestro TS sigue aplicando. En Sentencia tan reciente como la de 17 de julio de 2008 (Rec. 6146/2005) maneja la idea, sostenida en la sala de instancia, de que la crisis económica ha de ser “objetiva, global, sobrevenida, real, suficiente y actual”. Una versión recargada de la clásica “objetiva, real, suficiente y actual” que es la realmente manejada en otras Sentencias del TS. Así STS 4 mayo 2005 (RJ 2004\4708), sostiene que “una empresa en crisis económica que es real, objetiva, suficiente y actual...”; o STS 11 noviembre 2002 (RJ 2002\10246), según la cual “la jurisprudencia de esta Sala considera causal el despido colectivo de que se trata, exigiendo que la situación sobrevenida sea objetiva, real, suficiente y actual”.

Es de destacar además cómo, a pesar de que la serie de cualidades se predicen de la “crisis” y, por tanto, en términos vulgares de la causa económica, en realidad el razonamiento se extiende a todas las causas, también las TOP. Sin duda esta extensión era lógica bajo el imperio de la legislación anterior, pero después de 1994, los nuevos términos del precepto, y la clara diferenciación entre la causa económica y las demás, hacen inadecuada esa extensión a las TOP, debiendo quedar circunscritos esos requisitos a la causa económica.

Así las cosas, de la consulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala III, pueden extraerse algunas especificaciones de interés.

La primera, que el requisito de objetividad de la crisis ha de considerarse superado en la nueva redacción legal. Objetividad era, en la jurisprudencia anterior, ajenidad a la empresa de la crisis, que no se debía a causas imputables a su titular. En la presente la causa económica o TOP que desencadene el despido puede ser debida por supuesto a factores externos, pero también a la mala gestión de la misma, a errores en decisiones estratégicas, a conductas irre-

gulares de administradores o accionistas (que tendrán relevancia penal pero no le privan de relevancia extintiva a la causa invocada). Incluso a la masiva bajas de socios de una cooperativa, separando tajantemente la voluntad de los socios de la de la sociedad. Así las cosas, sólo la causa deliberadamente provocada resulta ineficaz para justificar el despido (por todas, SSTS 11 noviembre 2002 (RJ 2002\10246); 17 julio 2008 (Rec. 6146/2005); y también en los Tribunales Superiores de Justicia, así SSTSJ Madrid 14 mayo 2004 (JUR 2005\37301) ó 14 marzo 2005 (JUR 2005\160247).

Por lo anterior la causa extintiva ha de ser suficiente y actual, de entidad proporcionada a la gravedad de la medida y ya manifestada —en la interpretación clásica— si bien se ha producido una sensible matización en el ámbito de las causas económicas. En efecto, para éstas, no es preciso que la circunstancia desencadenante haya generado una situación irreversible, la adecuación de la medida es su razonabilidad, su carácter armónico con el tipo de crisis denunciada, sin tener que aguardar a que la crisis ya no se pueda superar de otra manera. Así, en un caso extraño, en que se descarta la crisis alegada por la empresa porque afecta sólo a la zona de taller de la empresa y no a la comercialización, y no se ha probado suficientemente la concurrencia de la misma, sin embargo el TS da por bueno el razonamiento de la Sentencia a quo que “no se cuestiona el planteamiento general sobre la procedencia del ERE ante una situación económica negativa, aunque la situación no sea irreversible, así como el efecto positivo que en general tales medidas extintivas pueden tener para recuperar el adecuado funcionamiento económico de la empresa”¹⁹. “la causa alegada... (tiene) una permanencia y entidad suficiente para incidir negativamente en el resultado económico o en la producción”²⁰. Para alguna Sentencia concreta, la causa económica se ha de valorar “desde una concepción flexible, para que proceda la regulación de empleo no es preciso (sic) una situación económica prácticamente crítica, sino que basta una mala evolución de los beneficios y que la medida contribuya a superar esa situación”²¹. Incluso si se revisa por el Tribunal sólo el despido de 5 trabajadores, cuando el ERE afectaba a muchos de ellos, “obviamente una empresa en crisis económica que es real, objetiva, suficiente y actual...y que pretende su supervivencia del mantenimiento de puestos de trabajo, no puede mantener 5 trabajadores...si sus funciones las pueden realizar a partir de la nueva tecnología los propios tripulantes que además realizaban otras funciones”²², incluso en esa mínima entidad, la medida era adecuada y suficiente.

¹⁹ STS 24 noviembre 2004 (RJ2004\8059).

²⁰ STS 11 noviembre 2002 (RJ 2002\10246).

²¹ STS 14 julio 2003 (RJ2003\6260).

²² STS 4 mayo 2004 (RJ 2004\4708).

La causa invocada debe ser real, susceptible de ser acreditada y, por supuesto, que incida singularizadamente en la empresa, sin que sea un argumento determinante la generalizada crisis del sector: “no basta una situación de crisis generalizada para justificar el descargar a la empresa –transfiriéndolo a los ciudadanos que somos los que pagamos los gastos sociales—las consecuencias económicas que son inherentes a la gestión empresarial”²³; aunque, por supuesto, la generalizada crisis del sector es un argumento adecuado en el marco de pérdidas reales de la empresa²⁴. La incidencia de la causa por lo demás ha de valorarse tomando en cuenta el conjunto de la situación invocada –en un supuesto de causa económica—, aunque en momentos puntuales el balance registrara ganancias que podían tener origen sólo en la técnica contable, o los trabajadores hubieran hecho horas extraordinarias²⁵.

Una variante de la realidad de la causa, evaluada en su incidencia singularizada, encuentra un campo de aplicación sumamente amplio en los casos en que la empresa pertenezca a un grupo. De hecho, puede generalizarse en el sentido de que la jurisprudencia contenciosa es más flexible que la social a la hora de evaluar si incide la situación del grupo en la causa económica, y, a la inversa, de qué manera la empresa en crisis puede extinguir contratos aunque el grupo al que pertenece no registre pérdidas. Como regla general, esta tesis se desarrolla en particular con la causa económica, al igual que en el ámbito social. La tesis se sintetiza muy bien en una resolución en que se analiza un despido en una empresa de telecomunicaciones integrada en un grupo: “ni la simple justificación de una crisis que afecte, en general, a todas las empresas que constituyen una agrupación económica es suficiente para relevar a cada una de las que lo integran de demostrar cómo y en qué medida le afecta el particular motivo tecnológico, económico o productivo en que base su solicitud de regulación de empleo...ni puede considerarse que la integración en un grupo económico de la empresa que en concreto promueve el expediente de regulación de empleo comporte la obligación de demostrar, formal y exhaustivamente, referida a todas y cada una de las empresas que pueden considerarse integrantes del grupo económico, la realidad efectiva de la crisis afectante al grupo”, en el término medio bastará poner a disposición de los representantes de los trabajadores y de la propia AL “los elementos de juicio necesarios para que hayan podido compulsar la realidad de esa crisis generalizada”²⁶, probablemente con referencia a la documentación consolidada del grupo mismo, en lo contable y

²³ STS 28 febrero 2005 (RJ 2005\4734).

²⁴ STS 4 mayo 2004 (RJ 2004\4708)

²⁵ STS 31 Octubre 2001 (RJ 2001\9913).

²⁶ STS 14 diciembre 2002 (RJ\2003\4144)

en lo fiscal. La referencia a la crisis de un grupo “laboral” no altera estas conclusiones; si hay un grupo laboral o no, habrá de dilucidarse por la jurisdicción social, a la hora de determinar la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores en los pagos correspondientes²⁷. Es más, en alguna sentencia de instancia, es la propia política del grupo, la que amenaza con deslocalizaciones y fomenta la competitividad entre sus propias empresas integrantes, una justificación suficiente de la concurrencia de causas organizativas y tecnológicas, pues “el hecho de que la empresa pertenezca a un grupo transnacional hace necesario que ésta implemente los programas de renovación tecnológica y de reorganización técnica, comercial, etc, que le permitan ser parte importante de los planes del grupo transnacional al que pertenece, debiendo en este sentido afrontar el reto de la tendencia mundial a trasladar a América Latina y Asia la producción industrial, y en el caso europeo a los países del Este”²⁸. Ahora bien, como en la jurisprudencia social, aún en caso de grupo, la concurrencia de causa TOP puede acreditarse sólo en relación con una de las empresas del grupo: “cuando se alegan causas técnicas, económicas o productivas no es necesario que la causa alegada ‘haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa’, bastando con que se acredite exclusivamente en el espacio en que se ha manifestado la necesidad de suprimir un puesto de trabajo”²⁹.

Por la propia redacción del precepto legal es obvia la mayor flexibilidad en la acogida de causas TOP, en orden a medir la realidad y suficiencia de la causa invocada; esto es, si las medidas propuestas son adecuadas para mejorar un mal funcionamiento de la empresa, aunque no registrara pérdidas concretas, si la competencia es de tal intensidad que impone “la necesidad de abandonar la explotación directa del transporte marítimo, como consecuencia de la liberalización del tráfico marítimo en la UE, lo que no significa necesariamente abandono de la actividad armadora”³⁰. O, en un supuesto de centralización de un almacén de libros de una distribuidora, con despido de 28 trabajadores en otros centros, se declara razonable “un ajuste de costes al objeto de garantizar su viabilidad a corto y medio plazo, para ello a lo largo del año 2000 realizó los estudios necesarios para conseguir mejorar su posición en el mercado, mejorar el servicio al cliente y por otro lado ser más competitiva reduciendo costes operativos”, para ello automatizó un almacén de libros y cerró los demás, con lo que, según el TSJ de Madrid, “se obtendrá la requerida rentabilidad y se evitará que una situación de desequilibrio pueda conllevar en un futuro a un

²⁷ STS 14 febrero 2001 (RJ\2001\2869).

²⁸ STSJ Madrid 28 abril 2006 (RJ 2006\201239).

²⁹ STSJ Madrid 24 junio 2004 (JUR 2004\279045).

³⁰ STS 25 junio 2008 (RJ 2008\3279).

mayor volumen de desempleo que el ahora propuesto”³¹. Lo cual, evidentemente, parece conducir a una función preventiva de la crisis que es característico de éstas también en el orden social.

En general, en todas las causas examinadas, el Informe de la Inspección de Trabajo, su particular naturaleza administrativa, especializada e imparcial, posee una virtualidad determinante para entender acreditada la causa alegada por la empresa, o para entender que no concurre. Eso sucede en la instancia³², desde luego, y por las propias limitaciones de alteración de la prueba en el recurso de casación, también ante el TS. Sólo el acuerdo entre la empresa y los trabajadores, y la limitación del control administrativo, permite obviar la opinión de la Inspección de Trabajo³³.

Como se ha dicho ya, es patente la importancia operativa que tiene el alcance de un acuerdo entre empresa y trabajadores. Pero esa importancia tiene algunos matices: para empezar, que las reclamaciones acerca de su posible incumplimiento han de residenciarse ante la jurisdicción social, y no la contenciosa³⁴. Pero, sobre todo, que su vigencia es *rebus sic stantibus* de manera que la existencia de un pacto previo en otro ERE no impide la apreciación de la concurrencia de las causas de despido en un momento posterior³⁵. Incluso, en la STS 23 junio 2003 citada, si la solicitud de autorización para despedir resulta o no incumplimiento del pacto previo es cuestión que podrá analizarse ante la jurisdicción social, pero no es obstáculo para que se aprecie la existencia de una crisis cuando es real en el momento en que se solicite.

La extinción, en cualquiera de sus causas, no es la última ratio. Ni es cometido judicial evaluar si había respuestas menos costosas a la situación ya acaecida que genera la dificultad económica o el mal funcionamiento que pone en peligro la viabilidad: en relación con un supuesto de fuerza mayor, la “crisis” es inevitable “sin que sea óbice a esta afirmación el que...se aluda a que pudo evitarse la extinción de los contratos de trabajo optando el titular de la empresa (una cafetería de una estación de Renfe) a otras concesiones...o que procediese pactar con Renfe la transferencia de la plantilla al nuevo concesionario”³⁶. En otra resolución, en un supuesto de causa económica, se afirma aún con mayor contundencia que “es suficiente con justificar, además de la situación econó-

³¹ STSJ Madrid 31 mayo 2005 (JUR\2005\159318).

³² Expresa referencia a este carácter privilegiado del informe de la Inspección, en STSJ Madrid 14 mayo 2004 (JUR 2005\37301); STSJ Madrid 14 marzo 2005 (JUR 2005\160247); ó STSJ Islas Baleares 30 septiembre 2002 (JUR 2002\266440).

³³ STS 5 junio 2007 (RJ 2007\6188).

³⁴ Al tratarse de un acuerdo colectivo STS 23 junio 2003 (RJ 2003\5785).

³⁵ STS 14 febrero 2001 (RJ 2001\2869); 25 junio 2008 (RJ 2008\3279); ó 5 junio 2007 (RJ 2007\6188).

mica negativa de la empresa, la idoneidad del despido colectivo para contribuir a superarla, sin que tal despido se convierta en alternativa última a un determinado esfuerzo inversor, como medida prioritaria o previa, que la norma aplicable no exige³⁷.

³⁶ STS 16 mayo 1995 (RJ 1995\4139).

³⁷ STS 23 junio 2003 (RJ 2003\5785).

