

DL

EL DESPIDO POR NECESIDADES EMPRESARIALES TRAS LA LEY 35/2010

Daniel Toscani Giménez *

Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ADAPTACIÓN DE LA PLANTILLA A NECESIDADES EMPRESARIALES Y LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL Real Decreto Legislativo 10/2010 Y LA LEY DE REFORMA LABORAL. II.1. La definición de las causas.—III. LA RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA EXTINTIVA.—IV. MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO OBJETIVO. IV.1. Despidos colectivos y tramitación del ERE. IV.2. Diferencias entre el despido improcedente y el despido fraudulento.

RESUMEN

La reforma laboral de la Ley 35/2010 ha procedido a una mayor precisión o ejemplificación de las causas económicas, cuando se dan pérdidas, pero deja intacta la cuestión de las causas de la situación negativa de la empresa y la responsabilidad del empresario, es decir, no distingue entre las pérdidas que pueden dar lugar al despido por razones económicas, deslindado las que están relacionadas con la explotación de la actividad empresarial, y las que responden a operaciones ajenas a la misma, pero que pueden afectar a la cuenta de resultados. La tarea de depurar estas pérdidas deberá seguir corriendo a cargo de los tribunales, pues de otro modo es muy fácil que sea el propio empresario deliberadamente el que acabe creando la causa. En este sentido, el trabajo analiza los criterios jurisprudenciales existentes en la materia hasta la promulgación de la reforma y dilucida cuáles se

* Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

DL *El despido por necesidades empresariales tras la Ley 35/2010*

pueden seguir aplicando y cuales se deberán considerar modificados y en qué sentido.

PALABRAS CLAVE

Despido económico, Reforma del despido, Ley 35/2010, ERE, Despidos colectivos.

I. INTRODUCCIÓN

El documento del gobierno de febrero de 2010 decía que de hecho, el creciente recurso al despido que se reconoce por las empresas como improcedente ha provocado el efecto de descausalizar y, por ello, facilitar un buen número de despidos y, a cambio, ha hecho un lugar común en el debate público que 45 días por año de servicio sea el coste ordinario de la indemnización por finalización de la relación laboral en nuestro país, cuando la legislación vigente establece que esta cuantía tan sólo es de aplicación a los despidos o extinciones laborales de carácter injustificado¹.

Pero lo achaca a que no estaban funcionando adecuadamente los mecanismos normales de extinción por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. De ahí que proceda a reforzar y racionalizar, como señala la letra del Estatuto de los Trabajadores, el principio de causalidad del despido mediante una más clara distinción entre despidos disciplinarios y despidos económicos y, particularmente, la diferenciación entre el carácter procedente e improcedente de estos últimos.

Se producía así una «huida» del régimen legal de los despidos económicos² asumiendo el procedimiento y los costes del despido disciplinario reconocido como improcedente por el empresario como vía para el ajuste de las plantillas. Lo que hace que arraigue la visión empresarial de la libertad de despidos sin causas ni control judicial como manifestación de la libertad de empresa aun sacrificando para ello el derecho al trabajo (art. 35 de la Constitución) (STC 22/1981) y sin que exista inconveniente alguno en encarecer el coste mediante conciliación tomando la indemnización legal como referencia, como punto de partida³, aunque esta vía se ha ido reduciendo tras el reconocimiento del despido «exprés» en 2002 y su utilización masiva (el 71% de todos los despidos).

¹ Sobre esta cuestión, véase: DESDENTADO BONETE, A.: «Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas», en *AL*, 2010, núm. 11, pág. 1273.

² BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto Legislativo 10/2010», en AA.VV.: *La reforma laboral en el Real Decreto Legislativo 10/2010*, Valencia, 2010, pág. 48.

³ Véase los datos en GORELLI, J.: «La reducción de los costes de la extinción del contrato por despido disciplinario: ¿necesidad jurídica?», en *RDS*, núm. 50/2010, pág. 57 y sigs.

Puede que la definición de las causas de los artículos 51 y 52 deje mucho que desear, pero no es tanto el control judicial, sino la negociación con los representantes legales de los trabajadores y el control administrativo lo que verdaderamente rechazan las empresas, además de la lentitud del procedimiento y el pago de los salarios mientras se tramita el ERE. Es decir, se trata, a toda costa, de evitar abrir procesos de negociación de costes. Todo lo que no lleve a hacer algo automático o casi la extinción se acaba viendo como inseguridad jurídica o, en caso de despido colectivo, como un procedimiento lento, inseguro, y costoso al tener que elevar las indemnizaciones legales con vistas a llegar a acuerdos con los representantes en la fase de consultas. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con las estadísticas oficiales, el 90% de los expedientes de regulación de empleo llegan a las manos de la autoridad laboral con acuerdos. Pero ello no libera este sistema de otros problemas de índole puramente jurídico (duración del procedimiento, posibles recursos, etc.)⁴. Así pues, a las dificultades que presenta la definición de las causas, se añaden problemas de procedimiento (sucesión de periodos de consultas, procedimientos administrativos, impugnaciones laborales colaterales, recursos administrativos e impugnaciones finales ante el orden contencioso-administrativo con dos o tres niveles de decisión, lo que lleva a que muchas veces tarden siete, nueve u once años en decidirse, con anulaciones para volver a despedir)⁵.

También ha facilitado la huida de los despidos de los artículos 51 y 52 del ET la utilización del despido disciplinario exprés para evitar la calificación del despido como colectivo sin que la interpretación judicial haya aplicado la figura del fraude de ley y por tanto una nueva causa de nulidad de los contratos.

En este sentido algunas sentencias⁶ han mantenido una doctrina según la cual el empresario puede o no acogerse a la modalidad de despido colectivo con independencia de que se superasen o no los umbrales, siempre que se acuerden los ceses con los trabajadores y se les abonase la indemnización por despido disciplinario.

⁴ Véase DESDENTADO BONETE, A.: «Crisis y reforma del despido», en *La Ley*, núm. 737/2010, e «Ideas para una reforma del despido», en *La Ley*, núm. 737 y 7378/2010.

⁵ STS 3.^a de 18 de febrero de 2009 (Rec. 4425/2006). A ello se añade la compleja situación en caso de que el ERE sea anulado y si proceden salarios de tramitación o algo similar como resarcimiento de daños y perjuicios en caso de reconstrucción de la relación. A favor, la STS de 24 de enero de 2006 (Rec. 4915/1994) o si la empresa podrá optar entre la readmisión o la indemnización pudiendo volver a despedir (STS de 9 de octubre de 2009, Rec. 3255/2008).

⁶ STSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2009 (Rec. 8063/2008). TSJ de Galicia, de 10 de marzo de 2003; Baleares, de 14 de octubre de 2004 (Rec. 37/2004); País Vasco, de 23 de marzo de 2006 (Rec. 311/2006). Una crítica a esta línea judicial puede verse en AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El denominado despido improcedente reconocido por el empresario como alternativa a la extinción por causas objetivas y al despido colectivo: reflexión crítica y límites», en *RDS*, núm. 48/2009, pág. 68.

II. ADAPTACIÓN DE LA PLANTILLA A NECESIDADES EMPRESARIALES Y LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 10/2010 Y LA LEY DE REFORMA LABORAL

II.1. La definición de las causas

Como es sabido, el ET a la hora de abordar el despido por ajenas a la persona del trabajador, es decir, por necesidades empresariales⁷, distingue entre despidos colectivos del artículo 51 y despidos objetivos del artículo 52.c) y aunque la mayoría de la doctrina coincidía que en cuanto a las causas económicas de ambos supuestos, se puede mantener la misma línea de interpretación judicial⁸, no ocurría lo mismo en cuanto a las causas técnicas, organizativas o de producción⁹.

Todo ello es consecuencia de la reforma de 1997 (Ley 63/1997), pues en la redacción originaria del ET de 1995 la noción era común independientemente del procedimiento de despido (individual o colectivo).

En la reforma laboral de 1994 (ET del Texto Refundido de 1995) el artículo 51.1 del ET decía que «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».

Y el artículo 52.c): «cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo».

⁷ No vamos a entrar en este trabajo en la polémica cuestión de si caben estos despidos en el ámbito de las Administraciones Públicas. Sobre este tema, véase CRUZ VILLALÓN, J.: «Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas», en *RDS*, núm. 49/2010, págs. 17-41.

⁸ SALA FRANCO, T., y otros: *Derecho del Trabajo, I. Contrato Individual*, Valencia, 2008, págs. 708 y 709, y GARCÍA NINET, J. I.: «Algunas reformas y novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado del trabajo y el fomento de la contratación indefinida», en *TS*, núm. 78, 1997, pág. 9 y sigs.

⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los despidos por causa económica», en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, Lex Nova, pág. 395 y sigs.; DESDENTADO BONETE, A.: «El despido objetivo económico: ámbito, forma, causas, efectos y control», en APARICIO TOVAR, J., y BAYLÓS GRAU, A.: *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995, ed. *ibidem*, QUINTANA PELLICAR, J.: «El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997», en *AL*, núm. 15, 1999, pág. 335, y MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa», en *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos*, Granada, 1999, pág. 407.

La Ley 63/1997 modificó el artículo 52.c) del ET en relación con las causas técnicas, organizativas o productivas desgajándolas del concepto común del artículo 51 del ET vinculándolas, no ya que debieran garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo, sino dirigidas a la superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva o por exigencias de la demanda a través de una mejor organización de los recursos, es decir, con una menor exigencia, es decir, una suavización o flexibilización del despido individual¹⁰ por causas empresariales especialmente para las PYMES que, en definitiva, son la gran mayoría de las empresas nacionales¹¹.

De este modo, hasta ahora, la única diferencia sustantiva entre las extinciones del artículo 51 y las del artículo 52.c) no se hallaba únicamente en el número de trabajadores afectados pues, siendo similares las causas, no eran idénticas. Así, aunque la mayoría de la doctrina coincidía que en cuanto a las causas económicas de ambos supuestos, se podía mantener la misma línea de interpretación judicial¹², no ocurría lo mismo en cuanto a las causas técnicas organizativa o de producción. No obstante, algún sector¹³ ha interpretado que las causas son las mismas pese a que luego la acreditación y a los solos efectos de la carga probatoria se introduzcan diferencias, pues obedecerían a que el despido colectivo precisa de autorización.

Sin embargo, el riesgo de que estas diferencias pudieran llevar a que las causas pudieran actuar en uno u otro caso con distinta intensidad, caracteres y principios interpretativos se dieron, en gran parte al ser diferentes los órdenes jurisdiccionales, sí, cuanto se alegaba una de estas últimas causas y se superaba los umbrales señalados en el artículo 51, esto es, que tuviera la consideración de colectivos los despidos, era necesario que las extinciones fueran a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos¹⁴, mientras que, de lo contrario, los despidos plurales, por debajo de los umbrales señalados, podían ir dirigidos simplemente a superar dificultades que impidieran el buen funcionamiento de la empresa, ya fuera por su posición com-

¹⁰ SELLA Y BENVINGUT, R.: *Las causas objetivas y colectivas de extinción de la relación laboral*, Pamplona, 2000, pág. 174, y BELTRÁN ALEU, M.: «La crisis de empresa como justificativa de la extinción individual de los contratos de trabajo», en AA.VV.: «Crisis de empresa y Derecho del trabajo», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 88/2006, pág. 113.

¹¹ BELTRÁN ALEU, M. A., *op. cit.*, 2006, pág. 113, y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas», Madrid, 2007, pág. 238.

¹² GARCÍA NINET, J. I.: «Algunas reformas y novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado del trabajo y el fomento de la contratación indefinida», en *TS*, núm. 78, 1997, pág. 9 y sigs.

¹³ GUALDA, F.: «Los problemas esenciales del despido colectivo en el ámbito del artículo 51 del ET. Novedades en la legislación y en la doctrina judicial», en *Fundación Primero de mayo. Estudio*, núm. 29, abril, 2010, pág. 5.

¹⁴ STS de 16 de diciembre de 1999 (*RJ* 9562).

petitiva en el mercado o por exigencias de la demanda a través de una mejor organización de los recursos¹⁵.

En realidad ni el artículo 51.1 ni el 52.c) en la Ley de 1994 ofrecían una verdadera definición de las causas, sino que éstas existían más bien en función de sus efectos y de las medidas adoptadas. De ahí que quedara un campo amplio para su interpretación jurisprudencial. Incluso no es fácil separar a veces unas causas de otras, pues si bien las técnicas y organizativas son claras, de manera que el despido sería la consecuencia de las mismas, las económicas y productivas no se diferencian a veces, si no es por el ámbito en que operan, como se verá más abajo, y aun así entremezclándose (v.gr., pérdidas en una de las secciones o centros de trabajo por pérdida de demanda, por razones productivas). La interpretación que hizo la doctrina judicial se consideró restrictiva, lo que llevó a plantear una reforma laboral en 1997 para que el legislador ofreciera pautas más seguras para su aplicación judicial evitando, hasta cierto punto, una dispersión interpretativa en una materia casuística que las diferentes circunstancias de cada caso difícilmente es susceptible de unificación de doctrina¹⁶. Se trataba de introducir medidas para «flexibilizar el despido» y aplicar criterios económicos de rentabilidad sin vincularlo a los resultados de la totalidad de la empresa, de su viabilidad en su conjunto. Algo similar vamos a encontrar en la reforma laboral de 2010.

Así en el artículo 52.c) del ET tras la Ley 63/1997 se hablaba de «contribuir a la superación de situaciones económicas negativas», o en causas técnicas, organizativas o de producción, de «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». Así, mientras que en los despidos colectivos se exigía que la empresa se encontrara inmersa en una crisis o ésta fuera previsible a corto plazo, es decir, que estuviera en peligro la supervivencia de la empresa¹⁷ en los despidos objetivos del artículo 52.c), no se requería que la empresa estuviera o fuera probable que fuese a estar en crisis a corto plazo, sino simplemente que no tuviera un buen funcionamiento por la existencia de obstáculos que eran preciso remover para mejorar su eficiencia¹⁸. La separación del concepto, pese a que se mantenía la remisión al artículo 51 del ET, llevaba a una aplicación propia, no idéntica de la causa económica en unos u otros despidos¹⁹.

¹⁵ STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 9334).

¹⁶ Así, STS de 18 de noviembre de 1998 (RJ 10003), 6 de abril de 2000 (RJ 3285).

¹⁷ BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant, 2009, págs. 280-283.

¹⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido», en *Las reformas laborales de 1997*, Pamplona, 1998, pág. 76.

¹⁹ BELTRÁN ALEU, M.: «La crisis de empresa...», *op. cit.*, pág. 112.

Es más, tras la reforma de 1997, a diferencia de lo que sucedía en la redacción de la Ley 11/1994, a partir de la modificación del artículo 52.c) del ET las «dificultades» que justifican la modalidad de despido descrita en el mismo no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Basta, como se dice literalmente en la redacción actual del precepto, con que «impidan» su «buen funcionamiento», refiriendo este bien a las «exigencias de la demanda», bien a la «posición competitiva en el mercado»²⁰.

La reforma laboral de 2010 introduce las siguientes modificaciones con un objetivo muy similar al de la reforma de 1997:

1.º) En primer lugar, vuelve a unificar el concepto de las causas técnicas, organizativas y productivas tanto para las objetivas como para el despido colectivo, de manera que se vuelve a los orígenes del ET de 1994, remitiendo sin más el artículo 52.c) al artículo 51.1 del ET, al que se da una nueva redacción. Se elimina así la diferencia que antes existía en estas causas, según se tratara de despidos individuales o colectivos, al remitir ahora la letra c) del artículo 52 ET directamente a las causas del artículo 51, sin más especificaciones o matices. De tal modo que ahora las causas son idénticas y lo único que determina la aplicación de un procedimiento o el otro es el número de trabajadores afectados por la medida extintiva. Ahora bien, esta unificación se produce sobre la base de extender a las colectivas el concepto más flexible ya introducido para las objetivas en 1997, incorporando el concepto propio de las subjetivas, al eliminar la exigencia de que la decisión extintiva contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa, ni a garantizar la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma, sino únicamente que la empresa acredite los resultados negativos alegados y justifique que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva, en caso de causas económicas.

En relación con las causas económicas, tampoco hay ya una vinculación necesaria de los despidos con la viabilidad de la empresa. El Real Decreto Legislativo 10/2010 nada precisa, mientras que la Ley 35/2010 habla ciertamente de su relación con esa finalidad («afectar a su viabilidad»), pero también procede cuando afecte a su «capacidad para mantener el volumen de empleo».

2.º) En segundo lugar pretende dar una definición expresa de las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, con el objetivo, se dice, de proporcionar una mayor certeza tanto a trabajadores como a empresarios y a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. Con el fin de simplificar y facilitar el despido por estas causas y evitar el desplazamiento que se venía produciendo de muchas

²⁰ STS de 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995), 31 de mayo de 2006 (Rec. 49/2005) y 23 de mayo de 2005 (Rec. 38/2004).

extinciones de contratos indefinidos, realmente basadas en motivaciones económicas o productivas, hacia la vía del despido disciplinario improcedente. Ya veremos hasta qué punto se consigue este objetivo al presentar definiciones muy escuetas, que en realidad no hacen otra cosa que recoger en cierta medida la configuración de las causas que habían llevado a cabo los Tribunales.

3.º) En las causas económicas se introducen las modificaciones más importantes. El debate sobre la reforma laboral se ha centrado de manera polémica sobre las causas económicas, sobre si es necesario tener pérdidas o basta con ganar menos, cuando es mucho más operativo alegar causas que afectan a la eficiencia de la empresa y abordar de manera indirecta las cuestiones de rentabilidad. Así pues, la cuestión se ha centrado fundamentalmente en la concreción de las causas económicas.

Veamos a continuación la configuración de las diversas causas de despido por motivos empresariales:

1.ª) **Causas económicas**

Tras el Real Decreto Legislativo 10/2010, la redacción cambia significativamente el concepto y la acreditación de las causas económicas. «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado».

La nueva redacción no ha satisfecho a nadie por su indefinición y vaguedad, sobre todo porque apenas concreta que se entiende por situación económica negativa, si exige pérdidas necesariamente y durante cuánto tiempo deben haberse producido y en segundo lugar porque tampoco se concreta qué se entiende por «mínimamente»²¹. Hay que notar que la razonabilidad o existe o no existe, pero no puede existir mínimamente. De ahí la supresión de esta palabra, como veremos en la Ley 35/2010.

La definición legal es evidente que, ni por asomo, proporciona una mayor certeza para nadie, y menos para los órganos judiciales que tienen que aplicar la causa, pues resumirla en una mala situación económica es tanto como no decir nada o volver al punto de partida antes de la elaboración de la creación jurisprudencial de la causa.

En cualquier caso se podía haber simplemente cuantificado de forma objetiva la situación, lo cual sí hubiera ofrecido una mayor seguridad y certeza,

²¹ Sobre estas cuestiones, véase BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 56.

aunque esta parquedad puede obedecer a un simple cálculo político parlamentario con la finalidad de obtener los apoyos parlamentarios necesarios para su aprobación. De ahí que en la tramitación de la ley se haya ido introduciendo una mayor concreción de las causas en relación con el TRDL 10/2010. Varios grupos planteaban que hubiera pérdidas, actuales o previsibles en un futuro próximo²², o pérdidas en los últimos tres años y que afectaran a la viabilidad de la empresa²³ o derivadas de los resultados y de la evolución de la actividad²⁴. Otros finalmente remitían al convenio colectivo para que fuera éste quien precisara más las causas económicas, pero también las técnicas, organizativas y productivas (296, CIU). Otras enmiendas han propuesto una fórmula más precisa además de la genérica²⁵: «que los resultados económicos totales, computando a tales efectos los de explotación, financieros y extraordinarios, de la empresa pasen a ser negativos durante, al menos, un ejercicio o que el importe neto de la cifra de negocios experimente un descenso de, al menos, el 25% anual». Es decir, cuantificar las pérdidas y el descenso de la cifra de negocios en un determinado parámetro temporal.

La ley de reforma laboral ha formulado de nuevo las causas siguiendo esta dirección:

«Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado».

La ley ha suprimido la expresión «mínimamente», y ha preciado algo más el concepto de situación económica negativa. Así pasa a ejemplificar, considerando como tal la existencia de «pérdidas actuales o previstas» y la «disminución persistente del nivel de ingresos» que «puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo». La empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la «razonabilidad» de la decisión extintiva para «preservar o favorecer» su posición competitiva en el mercado.

Las causas económicas exigen una situación económica negativa, mientras que no se exige en las demás causas²⁶.

²² Enmienda núm. 185 del PNV.

²³ Enmienda núm. 29 y 103 de Esquerra/IU/Iniciativa.

²⁴ Enmienda núm. 212 del Grupo Popular.

²⁵ Enmienda núm. 80, del Grupo Mixto.

²⁶ STSJ de Cataluña, de 3 y 20 de octubre de 1995 (AS 3950) y 5770; Murcia, de 17 de julio de 1995 (AS 2827), y País Vasco, de 24 de junio de 1996 (JUR 95602/2007).

En cuanto a lo de contribuir a superar la situación negativa de la empresa, la jurisprudencia ya entendía que se debe deducir o presumir la acreditación de la causa siempre y cuando se haya acreditado la mala situación de la empresa, ya que siempre que la empresa haya sufrido pérdidas importantes en los últimos tiempos, debe entenderse que la amortización de puestos de trabajo «contribuye» a superar esa situación negativa, puesto que, salvo situaciones especiales y de características peculiares, es lógico considerar que la supresión de un puesto de trabajo en una compañía que se encuentra en mala situación económica contribuye directa y adecuadamente a superar tal situación²⁷. También es cierto que se podía interpretar como una presunción *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contra, de tal forma que todavía se podía destruir la misma probando que no era así, por ejemplo, empresa grande con una mala situación económica y donde sólo se despide a un único trabajador.

La reforma de 1997 habría llevado a la jurisprudencia a una interpretación más flexible de la causa del artículo 52.c) del ET, como se ha ido observando, pero que sería insuficiente para el legislador. De ahí que tras la reforma de 2010, la mera existencia de una situación negativa, deducida de los resultados de la empresa, es la que genera el despido. No obstante, el legislador quería ir más allá de esta jurisprudencia, pues el Tribunal Supremo en este punto es tajante y no permite encuadrar en esta causa la mera existencia de pérdidas sostenidas de un ejercicio para otro. El gobierno cuando se aprobó el Real Decreto Legislativo 10/2010 llegó a hablar de que la empresa tuviera seis meses consecutivos de pérdidas, cuando no había una consagración al menos expresa de dicho criterio. Y de haber sido así hubiera sido problemático, pues, como se sabe, la contabilidad es anual. En lugar de transcribir los criterios jurisprudenciales al artículo 51, se mantuvo una escueta redacción al hablar simplemente «de mala situación económica» con lo que de este modo, las meras pérdidas coyunturales que dan lugar a la mala situación económica, como hemos visto, podían ser causa de despido.

La ley de reforma laboral de 2010 habla, sin embargo, de «pérdidas actuales o previstas» Cabe entonces plantear si esto supone un cambio en relación con la jurisprudencia precedente. Creemos que la reforma laboral mantiene vigentes algunos criterios jurisprudenciales pero también modifica otros. Así:

- No es necesario que la situación económica de la empresa sea irreversible, sino recuperable, puesto que lo que se pretende es superar la situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento de la empresa²⁸.

²⁷ STS de 11 de junio de 2008 (Rec. 730/2007), 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995), 21 de enero de 1998 (Rec. 1735/1997), 30 de septiembre de 2002 (Rec. 3828/2001), y 15 de octubre de 2003 (Rec. 1205/2003).

²⁸ SSTS de 24 de abril y 14 de junio de 1996 (RJ 5297 y 5162) y 14 de julio de 2003 (RJ 6260).

- Tampoco es necesario que las medidas adoptadas por sí solas sean suficientes para la superación de la crisis, sino que es suficiente el hecho de que contribuyan a la recuperación²⁹ de manera directa y adecuada, no tangencial, ocasional o remota. Habría una presunción legal de que cualquier extinción del contrato por sí misma contribuye a la mejoría de la situación económica aunque luego no resuelva sus problemas, pues normalmente depende de otras variables o circunstancias, de su situación económica y financiera, de la organización de los recursos humanos, de su posición en el mercado, etc. De ahí que el control judicial no pueda muchas veces ir más allá de la funcionalidad, razonabilidad entre la situación y las medidas adoptadas por la empresa³⁰. No basta con alegar las causas (por ejemplo, la pérdida de una subvención, aunque el propio art. 52 contempla un supuesto similar de causa objetiva en las Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro) sino que hay que explicar por qué ante esa situación se actúa sobre los costes de personal y no sobre otros.
- El concepto de «pérdidas actuales» parece ser menos exigente de lo que la jurisprudencia venía considerando como situación económica negativa de la empresa cuando exigía que no fueran pérdidas «puntuales», sino pérdidas sostenidas, repetidas en el tiempo³¹. Sin embargo, a mi juicio la reforma no cambia el parámetro, la forma de considerar y computar las pérdidas que deben seguir siendo repetidas en el tiempo.

La cuestión es si al tener que ser las pérdidas «actuales», se exige o no que se hayan ido produciendo en un lapso temporal o no. Y lo mismo cabe decir de las «previstas», esto es, si la previsión de la de pérdidas repetidas y continuadas en el futuro. En la jurisprudencia la causa económica actúa sobre el equilibrio de ingresos y gastos y se identifica con una situación económica negativa de la empresa y no con pérdidas puntuales. Así se estima procedente la existencia de pérdidas sostenidas, repetidas en el tiempo³². Aún cuando sean menores de un ejercicio para otro³³. También la pérdida significativa de clientela³⁴.

La expresión «actuales» podría hacer referencia a este extremo en el sentido de que no se trate de pérdidas pasadas que ya no se dan, pero no ya a perspectivas de futuro, pues el precepto incluye «pérdidas previstas». Antes de la reforma laboral, la existencia de una

²⁹ STS de 30 de septiembre de 2002 (Rec. 3828/2001).

³⁰ STS de 14 y 24 de junio de 1996 (RJ 5162 y 5297), 28 de enero de 1998 (RJ 1735/1997).

³¹ STSJ de Valladolid, de 15 de noviembre de 2004 (JUR 312512).

³² STSJ de Valladolid, de 15 de noviembre de 2004 (JUR 312512).

³³ STSJ de Aragón, de 31 de enero de 2007 (Rec. 1171/2006).

³⁴ STSJ de Baleares, de 27 de diciembre de 1995 (AS 4703).

situación económica negativa no debía valorarse teniendo en cuenta perspectivas futuras de expansión, sino examinando la situación en el momento en que se produjo la decisión del despido objetivo³⁵ y esta jurisprudencia ya no seguiría vigente tras la reforma laboral. Y a ello creemos que se sigue refiriendo la regulación actual («actuales o previstas»), pero no necesariamente a que no deban ser persistentes o continuados como la disminución de beneficios.

A mi juicio, pese al intento del Real Decreto Legislativo 10/2010, dejando una fórmula vaga y poco precisa como «situación económica negativa», o de la Ley 35/2010, hablando igualmente de este concepto y mencionando a título ejemplificativo las «pérdidas», ello no debe llevar, como tampoco en la formulación anterior, a admitir un despido objetivo sólo porque se hayan dado pérdidas puntuales no continuadas.

- Sin embargo, la expresión «pérdidas previstas» supone la introducción de una causalidad preventiva que puede resolver algunos de los problemas que se planteaban antes de la reforma, ya que permite actuar antes de que la situación se haya deteriorado todavía más para sólo entonces poder acreditar la causa. Así se planteaba cuando la situación económica o productiva de la empresa hace imposible la continuidad de las relaciones laborales, pero no concurren causas justificativas para el cese. Si no se producía la autorización en caso de despido colectivo y no se producía un acto de despido disciplinario la situación podía evolucionar hasta la completa degradación de la situación de los trabajadores, el impago de salarios y la falta de ocupación, además de la demora propia del proceso por despido y su ejecución. La opción de que fueran los trabajadores los que insten un despido colectivo tampoco era posible por el problema de la acreditación de las causas.
- No cabía antes de la reforma considerar como situación económica negativa una simple disminución de beneficios³⁶. No obstante, como la ley de reforma laboral ya no habla sólo de «pérdidas» sino también de la «disminución persistente de ingresos» cabría plantear la cuestión. La disminución de ingresos probablemente de cauce ahora a la causas de disminución de beneficios de ser la causa. Cuando coincidan, por tanto, cabrá esta nueva causas a diferencia de como se interpretaba en la normativa anterior. Por otra parte, la disminución persistente de los ingresos, aunque no se traduzca en pérdidas, podría llegar a causarlas, si no se toman medidas, por lo que no sólo

³⁵ STS de 24 de abril de 1996 (RJ 5297), 11 de octubre de 2006 (Rec. 3148/2004), 23 de enero de 2008 (Rec. 1575/2007).

³⁶ STSJ de Murcia, de 13 de junio de 1995 (AS 2698); SSTSJ de Andalucía/Granada, de 5 de julio de 1995 (AS 2976) y de 24 de enero de 2007 (Rec. 191/2007), y STSJ de Madrid, de 20 de marzo de 2001 (AS 1737).

adquiere un cariz preventivo (próximo a pérdidas previstas), sino que además, puede derivar de circunstancias productivas como una caída de las ventas o de los precios, con lo que en tal caso también constituiría una causa productiva. Lo que la causa económica añade es que esa disminución de ingresos sea persistente, lo que implica un parámetro temporal que no se precisa en las causas productivas. Así, por ejemplo, si la empresa acredita una reducción de sus ventas en el último ejercicio de un 25% sobre el ejercicio precedente se entenderá en todo caso que concurren las causas productivas, aunque no concurren las económicas, si no disminuyen los ingresos, o, caso de disminuir, si se entiende que durante un año no es persistente.

La reforma laboral ha procedido a una mayor precisión o ejemplificación de las causas económicas, cuando se dan pérdidas, pero deja intacta la cuestión de las causas de la situación negativa de la empresa y la responsabilidad del empresario, es decir, no distingue entre las pérdidas que pueden dar lugar al despido por razones económicas, deslindado las que están relacionadas con la explotación de la actividad empresarial, y las que responden a operaciones ajenas a la misma, pero que pueden afectar a la cuenta de resultados. La tarea de depurar estas pérdidas deberá seguir corriendo a cargo de los tribunales pues de otro modo es muy fácil que sea el propio empresario deliberadamente el que acabe creando la causa.

La nueva redacción del artículo 51.1 deja abierto todavía el problema de su aplicación sobre todo en cuanto a las causas económicas a las microempresas y autónomos. En caso de autónomos, en el artículo 5 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se regula la prestación de cese de actividad, se prevé que el trabajador autónomo tendrá derecho a una prestación por cese de actividad en los supuestos de concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional. En caso de establecimiento abierto al público, se exigirá el cierre del mismo durante la percepción de la prestación.

Los motivos económicos técnicos, productivos u organizativos, no exigen la misma acreditación que en trabajadores por cuenta ajena, sino que se acreditarán mediante una declaración jurada del solicitante, a la que habrán de acompañarse, en función del motivo alegado, los documentos de carácter contable, profesional, fiscal, administrativo o judicial, en los que se hará constar la fecha de producción de los referidos motivos.

Se precisa más su concepto y alcance (aunque no se prevé expresamente la morosidad³⁷, falta de acceso al crédito, que deben entenderse como cau-

³⁷ Uno de los problemas más graves para estos colectivos en la crisis económica. De ahí la modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

sas económicas) y no es necesario que la existencia de tales causas sea debidamente constatada por sentencia o por la autoridad laboral sino que basta con que sean acreditadas por el propio autónomo.

En todo caso, se entenderá que existen estos motivos cuando concurra, entre otras, alguna de las situaciones siguientes:

- 1.^a) Unas pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, en un año completo, superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos. En ningún caso el primer año de inicio de la actividad computará a estos efectos.
- 2.^a) Unas ejecuciones judiciales tendentes al cobro de deudas reconocidas por los órganos judiciales que comporten, al menos, el 40% de los ingresos de la actividad del trabajador autónomo correspondientes al ejercicio económico inmediatamente anterior.

Caben en consecuencia plantear si habrá una valoración distinta para los autónomos respecto del cierre de la empresa y acceder a la prestación de cese de actividad que para los trabajadores que haya contratado el empresario, autónomo o microempresa a la hora de despedir por estas causas. Resultará paradójico que el autónomo, con trabajadores por cuenta ajena, pueda cerrar su negocio por estas causas y sin embargo no pueda, previamente, despedir a sus trabajadores por las mismas causas para intentar evitar precisamente el cierre de dicho negocio con lo que tampoco podía acceder a la prestación por cese de actividad. La falta de coordinación entre las causas podría llevar a que si no se aprecian de la misma manera el autónomo no pueda acceder a las prestaciones por cese de actividad si a la vez o previamente no rescinde los contratos con los trabajadores de acuerdo con las garantías de la normativa laboral (art. 4.2 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto). Tras la ley de reforma laboral se solventan estos problemas y los dos supuestos contemplados en la Ley 32/2005 de cese de actividad pueden encajar perfectamente en los supuestos del artículo 51: el primero en el de pérdidas y en el segundo en el de disminución de ingresos.

2. Se entiende que concurren causas técnicas «cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción». Tampoco es que la nueva definición del artículo 51.1. del ET añada gran cosa a los que se venían interpretando por la jurisprudencia. Así, la introducción de nuevos métodos y sistemas de trabajo, que conllevan reestructuración de los servicios o especialidades propias, refiriéndose a la posible vejez o inutilidad total o parcial de los medios de producción³⁸. En consecuencia, exige realizar una inversión por la empresa en la introducción

³⁸ Véase sobre las causas técnicas. DESDENTADO BONETE, A.: «El despido objetivo económico...», *op. cit.*, pág. 261, y GOERLICH PESET, J. M.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 1994, Tirant, pág. 72.

de innovaciones tecnológicas o modificaciones técnicas que justifiquen la amortización del puesto de trabajo³⁹. Y además no antiguas, sino nuevas⁴⁰.

3. Las «causas organizativas» se dan en la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal, bien por la vía de la redistribución de los recursos humanos para su optimización, bien en íntima conexión con las causas técnicas, pero no puede tratarse de meros reajustes de personal. Se trata de reorganizar los medios materiales y personales⁴¹. Así, por ejemplo, medidas de organización que vacíen de contenido uno o varios puestos de trabajo o supongan el solapamiento de funciones de trabajadores⁴². Tampoco la externalización por mera conveniencia sustitutiva sin más de trabajadores de la propia empresa por autónomos o por subcontratación⁴³. Ello no quiere decir que los procesos de descentralización productiva no sean causas justificadas de despido objetivo en determinadas circunstancias, cuando es un medio hábil para la competitividad y viabilidad de la empresa en términos de eficacia productiva⁴⁴. Se admite siempre que esté justificada por la competitividad o viabilidad de la empresa⁴⁵ o una mejor organización de los recursos⁴⁶. No se admite la externalización por mera conveniencia⁴⁷, ni para aumentar beneficios⁴⁸. Cabe por pérdida de una contrata⁴⁹. La exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia, que puede haberse suavizado tras la reforma de 1997 para otras causas se mantiene en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales⁵⁰.

³⁹ Ya en STS de 17 de enero de 1985 (*RJ* 228), STS de 21 de febrero de 1991 (Rec. 413/1990) sobre la instalación de portero automático; la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 30 de octubre de 1995 (AS 3855), sobre centralización del servicio informático periférico de la empresa al haberse adquirido un ordenador central. Y STSJ de La Rioja, de 21 de abril de 1995 (AS 1373).

⁴⁰ STSJ de Cataluña, de 20 de enero de 1996 (AS 172).

⁴¹ STSJ de Cataluña, de 3 de octubre de 1995 (AS 3950), y Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 1995 (AS 4034).

⁴² STSJ de Navarra, de 18 de febrero de 1998 (AS 8633), y Castilla-La Mancha, de 15 de julio de 1995 (AS 3946).

⁴³ STSJ de Cataluña, de 30 de junio de 1995 (AS 2436), y 17 de noviembre de 1995 (AS 4464).

⁴⁴ STS de 30 de septiembre de 1998 (Rec. 4489/1997), 3 de octubre de 2000 (Rec. 621/2000), 4 de octubre de 2000 (Rec. 4098/1999). En este sentido, véase SAN MARTÍN MAZUCONI, C.: «Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, pág. 1102. Un cambio importante se produce en la STS de 2 de marzo de 2009 (V. ALFONSO MELLADO, C.: «Despido objetivo por descentralización productiva», en *RDS*, núm. 46/2009, pág. 153 y sigs.).

⁴⁵ STS de 21 de marzo de 1997 (*RJ* 2615) y 30 de septiembre de 1998 (*RJ* 7586).

⁴⁶ STSJ de la C. Valenciana, de 5 de abril de 2001 (AS 865/2002).

⁴⁷ STS de 3 y 4 de octubre de 2000, citadas.

⁴⁸ STS de 11 de octubre de 2006 (Rec. 3148/2004).

⁴⁹ STS de 7 de junio de 2007 (Rec. 191/2006), 31 de enero y 12 de diciembre de 2008 (Rec. 1719/2007 y 455/2007).

⁵⁰ STS de 31 de mayo de 2006 (Rec. 49/2005), STS de 30 de septiembre de 1998 (Rec. 7586) y STS de 21 de julio de 2003 (Rec. 4454/2002).

4. Las «causas productivas» se dan en la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Se identifican con una alteración de la producción que hace necesario readaptar la plantilla a las circunstancias. Tienen relación con la demanda, con el mercado de productos, las que inciden sobre la capacidad productiva de la empresa, exigiendo la transformación o reducción de la producción para adecuarla a las nuevas situaciones⁵¹. Así vienen a definirse en el nuevo artículo 51 del ET tras la reforma laboral. No es necesario que afecten a la empresa en su conjunto, debiendo analizarse su incidencia en el centro de trabajo en que se produce el desequilibrio. Así, por ejemplo, la falta de pedidos o de facturación que haga injustificado el mantenimiento del puesto de trabajo⁵².

5. En las causas técnicas, organizativas y productivas, los términos de la cuestión apenas han variado en relación con las causas y la forma de acreditar las medidas extintivas que se deriven de las mismas, al proyectarse sobre la competitividad de la empresa, aunque es difícil separar la eficiencia empresarial de la situación económica entendida en sentido amplio. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas técnicas, organizativas o productivas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa 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».

En efecto se admite el despido por causas técnicas, organizativas y productivas sobre la base de criterios más difíciles de objetivar que los propiamente económicos, como son los contemplados por la ley, es decir «contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa 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»⁵³. Cómo se han de manifestar o concretar estas dificultades o problemas de gestión en la vida de las empresas es cuestión que depende de factores diversos. Entre ellos hay que contar, desde luego, el sector y el tipo de actividad al que se dedican y la esfera o ámbito de afectación sobre el que inciden. En todo caso, la «concreción» de las dificultades o problemas de gestión empresarial contemplados en el *artículo 52.c) del ET* se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales

⁵¹ STSJ del País Vasco, de 19 de abril de 2000 (Rec. 4181/1996); Cataluña, de 10 de octubre de 2005 (AS 3982); Extremadura, de 12 de septiembre de 1995 (AS 3565). De ahí la enmienda 29 de Esquerra de volver a poner en conexión la situación económica con la viabilidad de la empresa.

⁵² STSJ de Madrid, de 24 de febrero de 2000 (AS 2214), y del País Vasco, de 21 de enero de 1997 (AS 104).

⁵³ STS de 10 de mayo de 2006 (Rec. 725/2005), y de 31 de mayo de 2006 (Rec. 49/2005).

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 en los productos o servicios.

De este modo, es fácilmente observable que, aún cuando la nueva definición legal de las causas recoge, en parte, la anterior doctrina judicial, la reforma laboral de 2010 va más allá, flexibilizándola todavía más. En efecto, en primer lugar, ya no es necesaria la concurrencia y acreditación de una situación en sentido estricto de dificultad, ni de crisis que la medida extintiva ayude a superar, lo que aleja todavía más la causa de su conexión con situación de crisis y de que este en cuestión la viabilidad de la empresa⁵⁴.

En segundo lugar, se admite que el cese se lleve a cabo para prevenir una futura evolución negativa, sin exigir, como hasta ahora venía haciendo la jurisprudencia, que la empresa presente las dificultades de forma real, actual y efectiva⁵⁵. Lo que planeta si cabrá por razones de anticipaciones o hipótesis realizadas por la empresa de mejora, lo que no era aceptado por la jurisprudencia⁵⁶.

Se elimina, asimismo, del artículo 52.c) y 53 del ET, la exigencia de que concurra la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo y se establece únicamente que el contrato se podrá extinguir cuando concurran algunas de las causas de necesidad empresarial. Ya la propia jurisprudencia interpretaba esta exigencia como una amortización orgánica efectiva o propiamente dicha, relativa a un puesto de trabajo de la plantilla u organigrama de la empresa, y no a una amortización funcional o virtual, concerniente a las concretas tareas o trabajos que se desarrollan en la misma. De tal modo que ya valía este argumento cuando la decisión de reducir la carga económica del trabajo por cuenta ajena no se adopta a costa de limitar la producción, sino que va acompañada de la decisión de mantener ésta, bien asignando a otros trabajadores de la empresa las funciones o cometidos laborales desempeñados antes por los trabajadores despedidos o con el esfuerzo personal del propio empresario, asumiendo éste las funciones que antes realizaba el trabajador despedido⁵⁷ o externalizando las funciones⁵⁸ (*vide supra*).

⁵⁴ Ya en STS de 31 de mayo de 2006 (Rec. 49/2005), y 23 de enero de 2008 (Rec. 1757/2007).

⁵⁵ GUALDA ALCALÁ, F. J. y GUALDA ALCALÁ, M. A.: «Principales novedades del Real Decreto Legislativo 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio), sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo», en *RDS*, n-50/2010, pág. 221.

⁵⁶ STS de 21 de julio de 2003 (Rec. 4454/2002), 17 de mayo de 2005 (Rec. 2363/2004), 10 de mayo de 2006 (Rec. 725/2005), 31 de mayo de 2006 (Rec. 49/2005), 11 de octubre de 2006 (Rec 3148/2004), y 23 de enero de 2008 (Rec. 1757/2007).

⁵⁷ STS de 29 de mayo de 2001 (*RJ* 5452). En este sentido, véase ALZAGA RUIZ, I.: «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas», en *El despido: aspectos sustantivos y procesales* (director: SEMPERE NAVARRO, A. V.), Navarra, 2004, pág. 367.

⁵⁸ STS de 10 de mayo de 2006 (Rec. 725/2005).

También resultaba discutible cuando se trataba de una mejora u optimización de la organización en causas organizativas, pero no concurría esa «necesidad objetiva», ni la empresa se encontraba en dificultades. Hay que tener en cuenta⁵⁹ que para todos los supuestos del artículo 52.c) ET la norma exigía que hubiera una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo. La palabra «necesidad» no puede desligarse de la medida adoptada, lo que ha de suponer que en el análisis del concepto normativo de «dificultades» se tenga presente ese concepto, totalmente contrapuesto al de mera conveniencia organizativa o de producción de la empresa.

La Ley exigía que cuando exista esa necesidad de amortizar uno o varios puestos de trabajo por esa vía «el empresario acreditará la decisión extintiva [basada] ... 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». Es decir: la necesidad de amortización había de vincularse con una situación de dificultad en la empresa, y no cualquier dificultad, sino aquella o aquellas que sean de tal entidad que impidan su buen funcionamiento.

Tras la reforma laboral de 2010 ha desaparecido la expresión de «necesidad objetiva» por lo que, probablemente, aunque permanezca la expresión «dificultades», que justifican la modalidad de despido descrita, como ya se señaló más arriba, éstas no necesitarían ya ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Basta, como se dice literalmente en la redacción actual del precepto, con que «impidan» su «buen funcionamiento», por lo que probablemente el nivel de exigencia de las causas organizativas sea menor.

III. LA RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA EXTINTIVA

En cuanto a la forma de acreditar las causas, el artículo 51 del ET, tras la reforma laboral de 2010, distingue entre las económicas y las demás.

En las causas económicas «la empresa deberá acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

En cuanto a las causas técnicas, organizativas y productivas, la empresa deberá «acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la

⁵⁹ Véase el voto particular de Jesús Gullón a la STS de 31 de mayo de 2006 (Rec. 49/2005).

decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa 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».

No hay grandes diferencias entre unas causas y otras, como ya se señaló más arriba. En todas ellas se trata de mejorar la situación de la empresas (aunque sólo se diga de las técnicas, organizativas y productivas) y/o preservar o favorecer la competitividad de la empresa. En las no económicas se trata, obviamente, de prevenir que no se produzca una evolución negativa, de conseguir una mejor organización de los recursos humanos (organizativas) y de dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

En cuanto 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 si hay que seguir estando a la jurisprudencia que ha interpretado esta conexión.

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 es mayor. Sólo pudiendo realizarse cuando exista una situación irreversible. 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 correspondientes⁶⁰. Este supuesto ni siquiera aparece mencionado por el artículo 51, pero no por ello habrá que renunciar a examinar la razonabilidad mínima de la medida.

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 aquélla, 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 empresa⁶¹. Y así debe seguir entendiéndose tras la reforma laboral de 2010.

Siendo así que, en el supuesto de reducción de plantilla, la valoración de adecuación o proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados, y también

⁶⁰ SSTs de 14 de junio de 1996 y 8 de marzo de 1999, citadas. Sobre esta cuestión, véase ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, pág. 356; BELTRÁN ALEU, M. A.: *op. cit.*, pág. 127, y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, Madrid, 2007, pág. 149.

⁶¹ ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, 2004, pág. 362, y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: *op. cit.*, 2007, pág. 158.

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 razonabilidad, 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.⁶² No cabe exigir la prueba de un hecho futuro, sino sólo indicios y argumentos suficientes⁶³.

Así se seguiría manteniendo cuando el artículo 51 habla de que la medida tenga por finalidad «prevenir una evolución negativa de la misma».

Y lo mismo cabe decir cuando se trate de una causa económica. No es preciso, por tanto, en tal caso que el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual «contribuya» a la mejoría de la empresa, es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría; si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota⁶⁴.

No obstante, en realidad, si la medida contribuirá a la mejoría de la empresa es algo que en el momento que se lleva a cabo no se puede probar o demostrar, sino que únicamente se podrá argumentar, pero no dejará de ser una valoración o previsión de futuro.

Así ante una situación en que se juzgó que, aunque las pérdidas económicas estaban acreditadas, la reducción de los gastos de personal no justificaba la supresión del puesto de trabajo, porque no ayudaba a superar la falta de rentabilidad y de eficiencia de la explotación, ni era suficiente por sí sola para superar la problemática existente, pues, aunque pudiera aligerar la situación financiera de manera ocasional, no colaboraba a garantizar la viabilidad futura de la empresa. Antes esta cuestión, la jurisprudencia⁶⁵ entiende que no es preciso probar de forma plena e indubitada que la extinción del contrato conllevaba necesariamente la superación de la crisis económica, sino que bastaba con acreditar que con esa amortización de uno o varios puestos de trabajo se contribuía a superar la situación económica negativa,

⁶² STS de 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995).

⁶³ STS de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 1659/2007).

⁶⁴ Auto del TS de 23 de abril de 1997 (Rec. 335/1996).

⁶⁵ STS de 11 de junio de 2008 (Rec. 730/2007), y STS de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 1659/2007), siguiendo la de 24 de abril de 1996 (Rec. 3543/1995), 21 de enero de 1998 (Rec. 1735/1997), 30 de septiembre de 2002 (Rec. 3828/2001) y 15 de octubre de 2003 (Rec. 1205/2003).

siendo lógico considerar, salvo supuestos especiales, que «la supresión de un puesto de trabajo en una compañía que se encuentra en mala situación económica contribuye directa y adecuadamente a superar tal situación».

En efecto, cuando se trata de una extinción contractual fundada en causas económicas, el empresario para justificar su decisión, no debe probar, además de la existencia de pérdidas económicas, que la amortización del puesto de trabajo constituye una medida suficiente y adecuada para superar la crisis, lo que, normalmente requerirá la adopción de otras medidas, o si le bastará, como regla general, con probar la existencia de pérdidas económicas. Basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas.

Por ello, se ha argumentado que «para apreciar la concurrencia de las causas económicas (en sentido estricto) del despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa», pues, «la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados». También se ha dicho que la amortización es orgánica y relativa a un puesto de trabajo concreto y no de determinadas tareas, lo que supone que las labores desarrolladas por el operario que cesa sean asumidas por los que quedan⁶⁶ así como que el empresario no está obligado a presentar un plan de viabilidad que contemple la adopción de otras medidas, aparte de la extinción o despido acordado⁶⁷.

Ahora bien, con carácter general es cierto que la reducción de los costes de personal contribuyen a reducir las pérdidas de una empresa⁶⁸. Pero esta conexión no es automática; no establece una relación directa entre el nivel de las pérdidas y el número de los despidos y tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta debe perseguir.

Por ello, ni se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de

⁶⁶ STS de 29 de mayo de 2001 (Rec. 2022/2000).

⁶⁷ STS de 30 de septiembre de 2002 (Rec. 3828/2001).

⁶⁸ STS de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 1659/2007).

un hecho futuro, que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido⁶⁹. En el ámbito de la doctrina jurisprudencial, sin embargo, no siempre se hace un análisis completo de las causas determinantes del despido, sino que se centra en los elementos normativos, susceptibles de control judicial, pero no en los que se refieren a la gestión de la empresa, a la que se otorga espacios de discrecionalidad en lo que afecta a aspectos relevantes de la valoración de la viabilidad empresarial y a la idoneidad de las medidas para asegurar el restablecimiento de la situación económica⁷⁰.

Lo que lleva en la práctica a la ineludible conclusión de que, siempre que la empresa haya sufrido pérdidas importantes en los últimos tiempos, debe de entenderse que la amortización de puestos de trabajo «contribuye» a superar esa situación negativa, puesto que, salvo situaciones especiales y de características peculiares, es lógico considerar que la supresión de un puesto de trabajo en una compañía que se encuentra en mala situación económica contribuye directa y adecuadamente a superar tal situación⁷¹. En otras palabras se produce una presunción «iuris tantum» que deberá destruir quien tenga interés en hacerlo, en este caso el trabajador.

No cabe argumentar, que la amortización del puesto de trabajo mediante el despido no se justifica porque medidas anteriores del mismo carácter no hayan tenido éxito para reducir las pérdidas⁷², pues, aparte de que sin aquellas medidas las pérdidas podrían haber sido superiores, ese dato pone de relieve simplemente que las medidas anteriores no han sido suficientes; no que la empresa con pérdidas pueda y deba seguir funcionando con la misma plantilla⁷³.

Es cierto que el artículo 52.c) alude a «la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo», y que el artículo 51.6 habla de que las medidas propuestas sean «necesarias a los fines previstos», pero nada de esto desvirtúa la conclusión que se acaba de expresar pues la idea de nece-

⁶⁹ STS de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 1659/2007).

⁷⁰ GUALDA, F.: «Los problemas esenciales...», *op. cit.*, pág. 8.

⁷¹ STS de 11 de junio de 2008 (Rec. 730/2007), aunque medidas anteriores similares no hayan tenido éxito (STS de 30 de septiembre de 2002, *RJ* 10679).

⁷² GARCÍA NINET, J. I.: «Extinción del contrato por causas objetivas: Despido objetivo/individual por razones económicas, ¿contribuye a superar una situación económica de la empresa? Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social): de 24 de abril de 1996», en *Tribuna Social*, núm. 68/69, 1996, pág. 102.

⁷³ STS de 30 de septiembre de 2002 (*RJ* 10679).

sidad que manejan estas disposiciones no se refiere tanto a que las extinciones acordadas produzcan forzosamente el saneamiento económico de la empresa, como a que las mismas cumplan los requisitos que en estas normas se determinan, los cuales requisitos, en cuanto atañen a causas económicas, se basan esencialmente, como se vio, en que tales medidas extintivas contribuyan a superar la situación de crisis. No comporta la exigencia adicional de un plan de viabilidad, sino que simplemente requiere que el despido ayude o favorezca la consecución de esa mejoría de manera directa y adecuada y no meramente ocasional, tangencial o remota⁷⁴.

El empresario no está obligado a adoptar, ni mucho menos a probar, la existencia de otras medidas complementarias incluidas en un plan de viabilidad, sino sólo a acreditar que la medida adoptada ayuda, razonablemente, a superar —nunca a garantizar lo que en el momento de la extinción no pasa de ser un deseo, una pura hipótesis— la situación negativa. Y entre ellos que «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».

El referido plan de viabilidad no constituye, en ningún caso, requisito o condición *sine qua non* para la amortización. Cuando se hace referencia a un «plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa» no se está aludiendo a un plan de viabilidad ni mucho menos a su obligatoriedad. Lo que se indica es que la decisión de amortizar un puesto de trabajo debe obedecer siempre, como es lógico, a una idea, plan o proyecto del empresario para salvar su empresa; pero no que la decisión tenga que ir acompañada de otras medidas. De ahí que su adopción tenga un carácter facultativo, al señalar la jurisprudencia que la amortización «puede» ir acompañada de otras medidas empresariales⁷⁵.

Ni siquiera hay obligación legal de exigir a la empresa apurar las posibilidades de reciclaje profesional en otras de las causas de despido objetivo. Nos referimos al supuesto del artículo 52.b) del ET, falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El ofrecimiento de un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional por la empresas y en conse-

⁷⁴ STS de 24 de abril de 1996 (Rec. 3543/1995) y 15 de octubre de 2003 (RJ 2004/4093).

⁷⁵ BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, 2009, pág. 135.

cuencia proceder a la suspensión del contrato y no a la extinción no es obligatorio sino meramente facultativo para la empresa. Es una grave omisión de la reforma laboral y poco coherente con los objetivos que dice perseguir.

Cuestión distinta es que el plan de viabilidad pueda constituir un elemento probatorio relevante en el juicio de razonabilidad que, en toda ocasión, debe formar el Magistrado. Porque no basta con probar la existencia de pérdidas que acrediten la situación económica negativa, sino que además el juzgador debe realizar un juicio de razonabilidad sobre «la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados (...) y la adecuación o proporcionalidad de estos para conseguir la superación de aquella»⁷⁶. Es decir, se trata de comprobar si la contribución de la medida es «directa y adecuada al objetivo que se persigue (...) y no meramente ocasional, tangencial o remota»⁷⁷. Resumiendo, debe juzgar si existe o no una razonable conexión entre la causa de la amortización, la medida propuesta y el fin pretendido. De ahí que el plan de viabilidad pueda tener un indudable valor como medio de prueba, sobre todo en los casos de grandes empresas o ante crisis económicas de elevadas proporciones. Porque en tales supuestos, podrá ser conveniente para sus intereses que la empresa presente un plan de viabilidad —o cualquier otro elemento probatorio, dentro de la total libertad de la parte para utilizar los medios de prueba que crea más convenientes— que ayude al juzgador a formar el referido juicio; en caso contrario corre el riesgo de que el magistrado pueda entender, en función de la magnitud de la empresa o de la gravedad de la situación económica negativa, que la sola medida del despido no contribuye directamente a superar la crisis⁷⁸.

En el supuesto de las causas técnicas, organizativas o de producción, se debe probar la existencia de dificultades que inciden en el buen funcionamiento de la empresa y la contribución de la amortización a la superación de dichas dificultades⁷⁹.

En caso de despido colectivo de forma consecuyente, se modifica, asimismo, el artículo 51.6 del ET, de tal modo que ahora cuando no haya acuerdo en el periodo de consultas la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida en los términos señalados en el apartado 1 de este artículo (es decir, cuando se deduzca mínimamente la razonabilidad). Lo que en definitiva, es de nuevo recoger el criterio que mantenía la jurisprudencia al establecer que la actividad que la Administración realiza al otorgar o denegar la autorización pedida, no es otra que la confrontación de la solicitud empresarial con las causas legales que permiten al em-

⁷⁶ En expresión de la STS de 14 de junio de 1996 (*RJ* 5162).

⁷⁷ STS de 24 de abril de 1996 (*RJ* 5297).

⁷⁸ STS de 30 de septiembre de 2002 (Rec. 3828/2001).

⁷⁹ STSJ del País Vasco, de 21 de febrero de 2006 (*JUR* 172370).

presario adoptar los despidos y su adecuación a los objetivos señalados con carácter reglado⁸⁰.

IV. MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO OBJETIVO

En la regulación anterior, el artículo 53 del ET exigía la observancia de los siguientes requisitos formales o procedimentales para el despido objetivo:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52.c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

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

Durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Y las consecuencias de su incumplimiento eran las siguientes (art. 53.4):

«Cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia

⁸⁰ STS de 21 de abril de 2005 (Rec. 222/2001). Véase, en este sentido, BLASCO PELLICER, A.: *op. cit.*, 2009, pág. 292.

de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

La concesión de un plazo de preaviso de 30 días y el derecho a una licencia de seis horas semanales retribuidas, a fin de buscar otro empleo, además de que se podía sustituir por el abono de los días equivalentes de salario, se convertía en última instancia simplemente en un factor de encarecimiento del propio despido. En efecto, pues aún cuando formalmente el mismo se realizaba con el objetivo de facilitar al trabajador la búsqueda de un nuevo empleo, disponiendo a tales efectos de permisos retribuidos de seis horas semanales durante dicho periodo, sin embargo es posible sustituir el preaviso mediante el abono de los salarios correspondientes a este periodo de tiempo. Por lo tanto, en última instancia, se convierte simplemente en un factor de encarecimiento del propio despido. Por ello, o bien el periodo de preaviso se vincula efectivamente con mecanismos de recolocación, como veremos a continuación, cumpliendo entonces su finalidad originaria o, de lo contrario, se podría obviar, reduciendo el coste de de la extinción del contrato por estas causas, máxime si tenemos en cuenta que la empresa puede extinguir el contrato laboral, reconociendo la improcedencia del despido, esto es sin causas, sin necesidad de ningún tipo de preaviso, pudiendo hacer efectiva la extinción el mismo día de la comunicación del despido.

Por ello, o bien el periodo de preaviso se vincula efectivamente con mecanismos de recolocación, como veremos a continuación, cumpliendo entonces su finalidad originaria o, de lo contrario, se podría obviar, reduciendo el coste de de la extinción del contrato por estas causas, máxime si tenemos en cuenta que la empresa puede extinguir el contrato laboral, reconociendo la improcedencia del despido, esto es sin causas, sin necesidad de ningún tipo de preaviso, pudiendo hacer efectiva la extinción el mismo día de la comunicación del despido.

Sin embargo, la reforma actual ha quedado a medio camino simplemente reduciendo el plazo de preaviso a 15 días. Con lo cual ya aún cuando se respete ya no servirá para la finalidad originaria que tenía de permitir al trabajador buscar un nuevo empleo. En consecuencia, no se entiende por qué no se ha eliminado por completo o se vuelve a la situación anterior. Probablemente precisamente para mantener una distinción con el despido disciplinario, donde no hay preaviso alguno, como hemos señalado, pues no olvidemos que en sede de despidos objetivos los trabajadores no tienen culpa alguna en la causa del despido.

Asimismo, tras la nueva redacción que el Real Decreto-Ley 10/2010 y la Ley 35/2010 dan, tanto al artículo 53.4 del ET, como al 122.2 de la LPL,

cuando no se hubieren cumplido los requisitos formales establecidos en el apartado 1 del artículo 53 ET, la decisión extintiva ya no tendrá la consideración de nula como hasta ahora, sino de improcedente, de tal forma que ya no será necesario realizar un nuevo despido en estos supuestos, sino que simplemente se podrá subsanar los incumplimientos formales. De este modo, la falta de expresión de las causas por escrito o la falta de puesta a disposición de la indemnización de forma simultánea sólo da lugar a la mera declaración de improcedencia del despido y la empresa podrá llevar a cabo lo que se denomina como un despido «expres», de forma más económica, sin salarios de tramitación y aprovechándose, como veremos, del abono, por parte del FOGASA de ocho días de salario por año de servicio.

Se viene a recoger de este modo la línea abierta por alguna doctrina judicial sobre la nulidad del despido objetivo, pese a que en el ET se configuraba claramente de un tipo distinto a la nulidad en caso de despido disciplinario, pues en el despido por causas objetivas obliga a readmitir y a despedir de nuevo en forma. Pese a que alguna doctrina judicial había identificado ambas nulidades y les otorgaba los mismos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pronunció en contra de esa interpretación que resultaría desde luego más barata para la empresa, que no tendría que readmitir, abonando los salarios pendientes, y volver a despedir. Pero tal atajo no parece conforme con el dictado de los artículos. Tampoco cabía la subsanación posterior⁸¹. Sin embargo, la reforma laboral viene a inclinarse por la doctrina judicial cambiando eso sí el concepto de nulidad por el de improcedencia y equiparando los efectos formales del despido disciplinario y del despido por causas objetivas. Pero además se lleva consigo un requisito fundamental como es el del requisito formal de entrega de una copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores 'pues servía de mecanismo de control esencial del cumplimiento de los límites cuantitativos que trazan la frontera entre el despido objetivo de los despidos colectivos'⁸². Su incumplimiento ahora no generará otra consecuencia que la improcedencia del despido.

Además el artículo 54 añade una precisión que no viene sino a recoger la jurisprudencia que se ha ido produciendo sobre el error excusable o inexcusable en el abono de la indemnización. En efecto, dice que «no obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan».

El concepto de error excusable se ha ido construyendo por la jurisprudencia. Así se admite en supuestos en que las diferencias entre el salario real

⁸¹ STS de 26 de julio de 2005 (RJ 7046).

⁸² Así lo considera la jurisprudencia en STS de 18 de abril de 2007 (Rec. 4781/2005).

y el que se reconoció era de escasa cuantía⁸³ o se dejaron de incluir ciertas partidas (*stock options*, *bonus*, salario en especie)⁸⁴. También por razones de complejidad jurídica o discrepancia jurídica razonable⁸⁵. En cambio, no se considera error excusable el cálculo de la indemnización sobre el salario bruto, en lugar del neto⁸⁶.

Hay que seguir estando si bien ahora con los efectos de improcedencia a los criterios jurisprudenciales sobre el supuesto en que tratándose de una causa económica del artículo 52.c) de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica, no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización. Debe indicarlo en la carta de despido⁸⁷ y aunque no exige una acreditación exhaustiva de la situación económica sí que al menos deben darse indicios sólidos⁸⁸.

IV.1. Despidos colectivos y tramitación del ERE

En el ordenamiento español los diversos procedimientos para abordar las situaciones de crisis dependen de los instrumentos que se utilicen: en caso de despido colectivo o suspensión por causas empresariales o por fuerza mayor (arts. 47 y 51 ET) se requiere autorización administrativa previa, pero no así cuando se utilizan otros instrumentos de actuación ante crisis de empresa (movilidad geográfica, movilidad funcional o modificación sustancial de condiciones de trabajo). Adviértase que la autorización administrativa previa actúa en la situación de mayor impacto laboral —despido— pero también en caso de suspensión.

Es evidente que el procedimiento del artículo 51 planteaba numerosos problemas. Uno de ellos era la competencia jurisdiccional de lo contencioso-administrativo sobre recursos contra la autorización administrativa del artículo 51, lo que suponía además de una duración poco adecuada para este tipo de conflictos, problemas de delimitación con la jurisdicción social, pues esta

⁸³ STS de 26 de julio y 26 de diciembre de 2005 (Rec. 760/2004 y 239/2005), y 27 de junio de 2007 (Rec. 1008/2006).

⁸⁴ Así *stock options* (STS de 26 de enero de 2006, Rec. 3813/2004; 16 de mayo de 2008, Rec. 527/2007), *bonus* (STS de 28 de febrero de 2006, Rec. 121/2005); salario en especie (STS de 7 de febrero de 2006, Rec. 3850/2004) o distinto cálculo de la antigüedad (STS de 13 de noviembre de 2006, Rec. 3110/2005). O si fue dado el cálculo por válido por el Juzgado de lo Social (STS de 24 de abril de 2000, *RJ* 4795).

⁸⁵ Así el calcular sobre jornada reducida por cuidado de hijo (STS de 24 de noviembre de 2006, Rec. 2154/2005), aunque tras la ley de igualdad de 2007 debería ya considerarse como inexcusable. O cuando se atendió a la categoría profesional del momento del despido y luego se reclamó categoría superior (STS de 17 de diciembre de 2009, Rec. 957/2009).

⁸⁶ STS de 1 de octubre de 2007 (Rec. 3794/2006).

⁸⁷ STS de 25 de enero de 2005 (*RJ* 2844), 23 de abril de 2001 (*RJ* 4878), y 8 de marzo de 1999 (*RJ* 2117).

⁸⁸ STS de 21 de diciembre de 2005 (*RJ* 5928/2006).

seguía siendo competente en materias relacionadas con el ERE (inclusiones, indemnizaciones, etc.)⁸⁹.

Por ello se ha planteado en ocasiones la unificación competencial en la jurisdicción social del conocimiento de los despidos colectivos, es decir, dejar el procedimiento en manos de la negociación de los representantes de ambas partes, con un control judicial posterior.

En efecto, como punto de partida, hay que establecer que la exigencia de autorización administrativa para proceder a la resolución de los contratos de trabajo no viene impuesta ni por la normativa internacional⁹⁰, ni por la normativa comunitaria⁹¹, ni por ningún precepto constitucional, con lo cual, su supresión no se encontraría con ninguno de estos dos escollos, estrictamente jurídicos, sino, como señala la doctrina, la cuestión se debe situar en términos de política jurídica⁹². En la gran parte de los países de nuestro entorno la intervención de la Administración se limita a un papel de colaboración en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos, formulando propuestas de acuerdo, determinando medidas de empleo y de protección social para los afectados por el despido y a lo sumo, vigilando y controlando la regularidad del procedimiento, pero no tiene efectos autorizatorios y, en ningún caso, afecta al poder empresarial de extinción de las relaciones laborales⁹³. Así, el mantenimiento de la exigencia se ha justificado con argumentos proteccionistas a favor de la parte más débil, el trabajador, que le garantiza una mayor estabilidad en el empleo⁹⁴ y la tutela de los intereses generales⁹⁵. En contra, se argumenta el carácter complejo de la autorización administrativa y su disfuncionalidad, actuando como un factor artificial de dilatación del proceso extintivo⁹⁶.

En cualquier caso, las propuestas de supresión de la referida autorización administrativa parecen presuponer que la ausencia de intervencionismo facilitaría la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, en la práctica, aún cuando pueda resultar paradójico, las experiencias en países donde se

⁸⁹ Véase BLASCO PELLICER, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Valencia, 2007.

⁹⁰ Convenio 158 de la OIT.

⁹¹ Directiva CEE 98/59, de 20 de julio.

⁹² SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A.: «La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia», en *AL*, núm. 8, 2009, pág. 2.

⁹³ Vid. GOERLICH PESET, J. M.: «Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria», en *AL*, núm. 11, 1993, pág. 171 y sigs.

⁹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica», en *RL*, Tomo I, 1994, pág. 23.

⁹⁵ CASAS BAAMONDE, M. E.: «Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva», en *RL*, núm. 19, 1996, págs. 5 a 8.

⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, 1996, pág. 225, y DESDENTADO, A.: «El despido económico: ámbito, forma, causas, efectos y control», en *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995, págs. 256 y 257.

ha implementado ya esta medida, parece desmentir el vínculo entre la supresión del control administrativo y una mayor flexibilidad en el despido. Así, por ejemplo, en el caso francés, la desaparición de la autorización administrativa ha abocado en un control judicial más intenso de las prerrogativas empresariales, exigiendo la jurisprudencia, de forma progresiva, nuevas obligaciones a los empresarios⁹⁷.

De otra parte, pese a que no se ha modificado el procedimiento contemplado en el artículo 51 del ET, lo que probablemente hubiera sido deseable, ni su norma de desarrollo el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, aunque se prevé en la Disposición Adicional 3.ª 4., la unificación de los conceptos tanto para el despido individual como para el despido colectivo puede traer consigo alguna novedad como la de unificar también el alcance del control⁹⁸, pese a que en un caso interviene, en su caso, el juez y en el otro necesariamente debe producirse la intervención de la autoridad laboral⁹⁹. Sin embargo, la intervención sólo en el segundo caso de los representantes legales de los trabajadores puede traducirse en diversas formas de valoración, en este caso por los representantes, que indudablemente condicionan la intervención de la autoridad laboral en la valoración de la razonabilidad, adecuación e idoneidad de la medida.

En consecuencia, la rebaja del «estandar» que vienen aplicando los Tribunales, sin ofrecer a cambio ningún criterio comparativo para esa razonabilidad de la que habla la norma para verificar la misma, se extiende también al despido colectivo. El objetivo es claro: dejar en manos de la empresa la determinación de la justificación de las medidas de forma subjetiva y limitar por esta vía las posibilidades de control efectivo tanto por parte de la autoridad laboral como de los propios Tribunales. Además, lejos de garantizar la estabilidad en el empleo, como declara la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 10/2010 y de la ley de reforma laboral, se viene a desdibujar el despido como último recurso al que podía acudir la empresa para garantizar su viabilidad, pudiendo elegir libremente el empresario entre modificaciones en las condiciones de trabajo o el cese en el mismo del trabajador ante meros intereses de mejora empresarial. Con el agravante añadido de que la nueva medida afecta no sólo a los futuros contratos que se vayan a celebrar desde su entrada en vigor, sino también a los anteriores ya existentes¹⁰⁰.

⁹⁷ GIL Y GIL, J. L.: «Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado», en *Aportaciones al debate comunitario sobre «Flexiseguridad»*, Madrid, 2007, pág. 162.

⁹⁸ En este sentido, BLASCO PELLICER, A.: «La reforma...», *op. cit.*, pág. 58.

⁹⁹ Alcance que puede extenderse a los ERES que a la entrada en vigor de la reforma de 2010 se encuentren en trámite (Disp. Trans. 4.ª del RDL 10/2010).

¹⁰⁰ GUALDA ALCALÁ, F. J. y GUALDA ALCALÁ, M. A.: «Principales novedades del Real Decreto Legislativo 10/2010, de 16 de junio de 2010 (BOE 17-6-10), sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo», en *RDS*, núm. 50, 2010, págs. 220 a 223.

La ley de reforma laboral también ha rebajado algunos plazos del ERE. Así cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de siete días naturales (antes 15 días naturales), autorizando la extinción de las relaciones laborales y dando traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a la entidad gestora de la prestación por desempleo.

Cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida en los términos señalados en el apartado 1 de este artículo. La ley de reforma introduce una simple modificación técnica o mejora de redacción. Frente a la redacción anterior de que «la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado 1 de este artículo» mientras que ahora se dice que se «desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida».

La reforma laboral, aunque no ha abordado modificaciones importantes en los despidos colectivos ni una modificación del procedimiento del artículo 51 del ET, fuera de los puntos concretos que se acaban de comentar, ni se ha replanteado el tipo de control de la medida (administrativo, como hasta ahora, o judicial), sin embargo, prevé una modificación del Real Decreto 43/1996, para hacerlo más ágil y operativo¹⁰¹ y un cambio en la competencia jurisdiccional en caso de recursos, la definitiva atribución al orden social de la revisión de las autorizaciones en materia de despidos colectivos, tal como venía reclamando con insistencia la doctrina más autorizada, con argumentos convincentes y fundados¹⁰². Y así la Disposición Adicional 15.^a de la ley de reforma laboral prevé que en el plazo de seis meses el Gobierno apruebe un proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de

¹⁰¹ En su Disposición Adicional 3.^a 4, la ley de reforma laboral prevé que «con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno aprobará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, un Real Decreto para la modificación del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, para su adaptación a lo dispuesto en esta Ley, con particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad».

¹⁰² CRUZ VILLALÓN, J.: «El control judicial de los actos de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones social y contencioso-administrativa», en *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, 1991, pág. 221 y sigs.

relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante hay que ser cauteloso porque un mandato similar ya se preveía en el artículo 2 de la LPL de 1995¹⁰³, cuando se previó en este caso un plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número 2, esto es, de las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con ciertas excepciones y las relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Este proyecto nunca se ha llegado a elaborar en estos años¹⁰⁴.

De otra parte, la Disposición Adicional 15.^a de la ley no es necesaria, pues el gobierno puede perfectamente elaborar el proyecto de ley sin más, sino que únicamente se trata de buenos propósitos, de compromisos adoptados a partir de enmiendas propuestas al proyecto de ley, pero está por ver si se cumplirán.

Una vez se aborde ese cambio jurisdiccional, se suprimirá el actual recurso de alzada, como requisito previo e imprescindible a la vía judicial, recurso, que, como destaca la doctrina¹⁰⁵, es absolutamente disfuncional y, en última instancia, únicamente sirve para alargar innecesariamente el procedimiento administrativo, contrario a los intereses de agilidad y rapidez que necesitan las empresas para adoptar decisiones inmediatas, de las cuales pueden depender incluso la propia subsistencia de la empresa.

Respecto de las modificaciones introducidas en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, la reforma de 2010 persigue dotar al procedimiento de mayor agilidad y eficacia. Y entre ellas se prevé una solución legal para los supuestos en que no existan representantes de los trabajadores en la empresa con quienes negociar y se potencia la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias establecidos a través de la ne-

¹⁰³ La Disposición Adicional 5.^a de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dio una nueva redacción al artículo 3 de la LPL, en este sentido, atribuyendo al orden jurisdiccional social la revisión de los actos administrativos en materia laboral y, muy en particular, las autorizaciones en materia de despidos colectivos, no obstante, posteriormente, como se sabe, la Disposición Adicional 24.^a de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un nuevo párrafo al artículo 3 de la LPL, pospuso la efectividad de esa medida a la promulgación de una nueva Ley que determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución de esta nueva competencia.

¹⁰⁴ Véase, BLASCO PELLICER, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Valencia, 2007, pág. 34 y sigs.

¹⁰⁵ SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A.: «La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia», en *AL*, núm. 8, 2009, pág. 4.

gociación colectiva. Lo mismo cabe decir respecto de los procedimientos de descuelgue del artículo 82 del ET.

Antes de la reforma laboral de 2010 se planteaban muchos problemas procedimentales en estos supuestos: si habían de intervenir directamente los propios trabajadores de la empresa y no sólo los afectados por los ceses, aunque puede ser difícil determinar los interlocutores cuando la plantilla es muy numerosa; qué tipo de representación sería esa, si es una representación legal *ad hoc*, con capacidad para suscribir acuerdos de carácter colectivo y vinculantes durante el período de consultas, elegida por el conjunto de los trabajadores de la empresa o una suerte de representación voluntaria, que exige el consentimiento específico de cada trabajador interesado en el expediente.

No se entendía por ello por qué no abordar este supuesto de ausencia de representantes legales de los trabajadores también en los ERES extintivos e indirectamente a los suspensivos. A ello procede la ley de medidas urgentes o ley de reforma laboral que modifica el apartado 2 del artículo 51 del ET para contemplar un mecanismo similar al de los artículos 41.4 y 82.3 del ET.

Por todo ello en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET.

IV.2. Diferencias entre el despido improcedente y el despido fraudulento

La reforma laboral de 2010 no sólo deja intacto el procedimiento de despido del artículo 56.2 del ET, no ha recuperado el control judicial de la causa y los salarios de tramitación¹⁰⁶, sino que además ha mantenido la ampliación al despido objetivo del contrato para el fomento de la contratación indefinida (de ahora en adelante CFCI) llevada a cabo por la Ley 43/2006, despejando ahora con una nueva redacción cualquier género de dudas, con lo que ha trasladado al despido objetivo de CFCI la problemática suscitada en el despido disciplinario sobre el despido «expres» o despido reconocido unilateralmente como improcedente introducido por la Ley 45/2002, que ha supuesto de hecho, como reconoce el propio gobierno, no sólo una desjudicialización del despido sino también una descausalización.

Ese deslizamiento no claramente previsto por la reforma de 2002 no tenía más objetivo que abaratar los costes de tramitación del despido cuando la empresa no tuviera mucho interés en acudir a la vía judicial, en caso de poca antigüedad del trabajador, de dificultades probatorias de los incumplimientos

¹⁰⁶ Véase la enmienda 106 de Esquerra/IU/Iniciativa en la tramitación del proyecto de ley de reforma laboral.

del trabajador, o bien para evitar el riesgo o incertidumbre que tiene toda resolución judicial y sus costes ¹⁰⁷, o situaciones de conflicto con el trabajador o, finalmente, para establecer la fecha del cese como de comienzo de la prestación por desempleo. Sin embargo, como ya se ha señalado ¹⁰⁸, ello no suponía que el reconocimiento de la improcedencia no llevara a la necesidad de justificar, si no de manera plena, sí, al menos, mínimamente una cierta causalidad de manera que no se pudiera utilizar en supuestos donde la causa alegada sea totalmente inexistente o inventada, que ha sido lo que ha pasado a ser la costumbre aceptada como legal y normal, por lo que la causa se convierte en algo irrelevante.

De este modo, las causas para poder despedir de este modo pueden no ser ni siquiera disciplinarias sino empresariales, sean individuales o colectivas, pudiendo desvirtuarse el propio concepto y el procedimiento de los despidos colectivos.

De este modo, algunas sentencias ¹⁰⁹ entienden que la tramitación de un ERE, según el artículo 51 del ET, no es una obligación empresarial ineludible cuando debe afrontarse un despido colectivo sino como un derecho o facultad en orden a poder despedir con una indemnización menor, derecho renunciabile si a cambio se abona la máxima indemnización legal, la del despido disciplinario improcedente.

En algún caso más complejo ¹¹⁰ se ha mantenido la doctrina según la cual el empresario puede o no acogerse a la modalidad de despido colectivo con independencia de que se superasen o no los umbrales, siempre que se acuerden los ceses con los trabajadores y se les abonase la indemnización por despido disciplinario reconociendo el empresario la improcedencia del despido. Pasa a efectuar un «goteo» de despidos disciplinarios improcedentes pactados con los trabajadores afectados y formalmente reconocidos como improcedentes en el trámite de conciliación administrativa previa, en algunos casos incluso pactado con el Comité de Empresa con el que se acordó entre un proceso de regularización de plantilla afectando a un número que hubiera obligado seguir el régimen de los despidos colectivos, pero con la condición de que se haría voluntariamente, es decir, que los despidos serían pactados con los trabajadores que quisieran causar baja en la empresa, con el pago de la indemnización correspondiente al despido improcedente.

¹⁰⁷ Lo que lleva a una jurisprudencia con argumentos complicados a que en caso de que los costes reconocidos fueran muy inferiores a los que se reconozcan luego en sentencia en caso de recurso del trabajador se reabra la opción entre indemnización y readmisión (STS de 18 de diciembre de 2009, Rec. 71/2009).

¹⁰⁸ AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El denominado “despido improcedente” como alternativa a la extinción por causas objetivas y al despido colectivo: reflexión crítica y límites», en *RDS*, núm. 48/2009, pág. 51.

¹⁰⁹ TSJ de Galicia, de 10 de marzo de 2003; Baleares, de 14 de octubre de 2004 (Rec. 37/2004), y País Vasco, de 23 de marzo de 2006 (Rec. 311/2006).

¹¹⁰ STSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2009 (Rec. 8063/2008).

Nos encontramos con una empresa que, o bien promueve ella el proceso de regularización o pudiendo darse el caso incluso que lo promueva el Comité de empresa, pero que en ambos supuestos se trata de una reestructuración de plantilla por medios no traumáticos, dada la voluntariedad en la aceptación de este sistema por quienes iban a ser despedidos, y que asegura al trabajador la indemnización máxima legal prevista en nuestro ordenamiento jurídico de 45 días de salario por año trabajado con un tope de 42 mensualidades de indemnización, muy superior a la prevista en los despidos objetivos procedentes, o a la establecida en los despidos colectivos, salvo negociación al alza, e idéntica a los despidos objetivos declarados improcedentes, en el mejor de los casos.

En las primeras sentencias se acaba devaluando claramente la propia institución del ERE y lo que representa. Desconoce la implicación sindical y de los intereses colectivos en una ERE. No es una simple cuestión cuantitativa o economicista sobre las indemnizaciones. Por eso en su momento se invalidó una modificación sustancial en masa para evitar mediante contratos individuales el procedimiento colectivo del artículo 41 del ET en STC 105/1992 al sustraer la modificación colectiva de la negociación con los representantes de los trabajadores.

Se ha intentado neutralizar esta desviación hacia la descausalización, esta especie de despido libre indemnizado a través de diversas vías interpretativas. Se trata de que no sea el empresario el que determine el régimen aplicable al despido sino que dependa de la causa efectiva. Se trata de distinguir jurídicamente el despido del desistimiento, que no precisa de causa. La necesidad de que el despido sea causal con derecho a la tutela judicial vendría exigida por el convenio 158 de la OIT, pues al descausalizarse se convierte en desistimiento lo que vulnera el citado convenio¹¹¹. Otra vía ha sido el derecho al trabajo (art. 35 de la Constitución) como derecho fundamental y el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹². Finalmente se ha planteado recurrir de nuevo a la aplicación de la teoría del fraude de ley resucitando la figura si bien en términos diversos a los planteados en otra época para declarar nulidades de despido, es decir, aplicando la norma que se trata de eludir por esta vía¹¹³, o bien la necesaria sujeción del despido a condiciones de fondo y forma (STC 22/

¹¹¹ Voto particular a la STSJ de Cataluña, de 15 de octubre de 2004 (Rec. 2821/2004), y DÍAZ RABAGO, M.: «Visión crítica de las causas de extinción del contrato de trabajo», en AA.VV.: *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2006; GUALDA CATALÁ, F.: «Calificación del despido y estabilidad en el empleo. El despido sin causa y el despido reconocido como improcedente por el empresario», en *Observatorio Jurídico Socio-Laboral*, núm. 3, 2009, págs. 10-11.

¹¹² BAYLÓS GRAU, A. J., y REY PÉREZ, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009, ed. Trotta, y BAYLÓS, A.: »Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo», en *RDS*, núm. 46/2009, págs. 11-31.

¹¹³ AGUSTÍ MARAGALL, J.: *op. cit.*, pág. 65; GUALDA, F.: «Calificación del despido...», *op. cit.*, pág. 19 y sigs.

1981 y 192/2003), o bien entendiendo que el despido si bien no carece de forma, sí de la forma que permita al trabajador defenderse y ejercer su derecho a un proceso con garantías (STC 47/1985, de 27 de marzo).

Esto es así, porque en la actualidad, de *lege data*, no existe una explícita previsión normativa genérica del despido fraudulento o si se prefiere, arbitrario, en la regulación común del despido. Es cierto que, en un primer momento, se entendió que ello no impedía, en principio, la aplicación supletoria del artículo 6.4 del Código Civil, como norma genérica vigente y así, de este modo, con base al referido precepto la jurisprudencia en una primera época elaboró la doctrina de la sanción de nulidad radical en los supuestos de despido fraudulento, con la consecuencia de la readmisión del trabajador en las mismas condiciones de trabajo¹¹⁴. No es menos cierto, como se sabe, que debido a la falta de previsión expresa del despido fraudulento en la normativa reguladora del despido disciplinario y su remisión explícita en los despidos colectivos y objetivos únicamente a los supuestos de elusión fraudulenta del empresario de las mayores exigencias del procedimiento del despido colectivo, frente al individual, esto es, artículos 51.1 del ET y 122.1.d) de la LPL, la evolución de la jurisprudencia abocó en la doctrina actual, que estima que los supuestos de nulidad están enumerados en la Ley de forma taxativa o cerrada, artículos 108.2 de la LPL y 53 y 55 del ET y, por ende, en el estado actual del Ordenamiento, el despido radicalmente nulo por fraude de ley carece de todo apoyo legal. De tal forma que no tiene cabida ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral¹¹⁵.

El argumento de la vulneración del principio de igualdad ante la ley entre los trabajadores con derecho a salarios de tramitación y aquellos a los que se aplique un despido exprés, ha sido rechazado por la STC 84/2008, de 21 de julio, por considerarse como una opción del legislador ordinario en materia de despido, como ya se sostuvo en STC 58 y 69/1983, de 29 de junio y 26 de julio.

El deslizamiento hacia el despido disciplinario como forma habitual de ajuste de plantillas se debe también a que el coste máximo del despido sin causa (despido improcedente) no es desproporcionadamente elevado respecto al coste del despido por crisis. El abaratamiento del despido sin causa no haría más que enquistar un tipo de gestión de la mano de obra y de las crisis de empresa que resulta totalmente incompatible con el tipo de empresa que postula la estrategia *post* Lisboa¹¹⁶.

¹¹⁴ A título de ejemplo, véanse las SSTS de 11 de abril, 16 de mayo y 5 de junio de 1990 (RJ 3462, 4332 y 5107) y 30 de noviembre de 1991 (RJ 8425).

¹¹⁵ STS de 2 de noviembre de 1993 (RJ 8346) y 19 de enero de 1994 (RJ 352).

¹¹⁶ CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M. A.: «Informe sobre el empleo, 2010», en *MTIN*, 2010, pág. 60.

No obstante, cuando el despido «exprés» se refiere a despidos objetivos, incluidos en los CFCI, a diferencia del despido disciplinario, su utilización como forma de reducir plantillas por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, sin acudir al despido del artículo 51 ó 52 del ET, ya no sería posible por lo que la calificación como despido fraudulento aquí no encontraría tantas dificultades. El CFCI, pese a que pueda reconocerse como improcedente por el empresario, sigue sujeto a los límites cuantitativos del artículo 51 del ET en relación con el artículo 52.c), es decir, no puede utilizarse para eludir los procedimientos de despidos colectivos. Fuera del CFCI no cabe utilizar la figura del despido objetivo reconocido como improcedente por el empresario¹¹⁷, ni siquiera tras la reforma laboral de 2010, que suprime la calificación de nulidad por incumplimiento de los requisitos de forma, salvo el del preaviso.

Sin embargo, sí puede utilizarse el despido objetivo exprés para supuestos disciplinarios en que el despido «exprés» resultaría más caro (45 días por año frente a 33 y con diversos topes) lo que redundaría en un fraude para el trabajador y para terceros (ahora también para el FOGASA, como se verá). Para evitar esto, la ley de reforma laboral, si bien no aporta medios que impidan un uso inadecuado del despido objetivo, al menos permite al trabajador que alegue el fraude de ley demandar contra el despido objetivo «exprés» para eludir el mayor coste de la indemnización por despido disciplinario. Así «cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión». Se abre así una vía abierta para poder controlar el despido exprés aunque sólo sea para el objetivo, no para el disciplinario. Las consecuencias de la impugnación no se prevén, no se contempla una nulidad del despido para estos supuestos, con lo que podemos encontrarnos de nuevo con un simple cambio del tipo de despido, no de la calificación de improcedencia.

¹¹⁷ STS de 30 de marzo de 2010 (Rec. 1068/2009).