

LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN EN EL DESPIDO OBJETIVO TRAS LA LEY 35/2010

ANTONIO COSTA REYES

Profesor T. U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido causas objetivas, Reforma 2010

El estudio pretende un primer acercamiento de fondo a las novedades que la Ley 35/2010 ha introducido en materia de extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y ello a través de un análisis de conjunto de los objetivos y pretensiones que, aún sin referenciarse expresamente en la norma, parecen guiar la determinación de la justificación del despido por tales causas.

En este sentido, si bien se subraya en la Exposición de Motivos que la nueva regulación pretende simplemente llevar a la norma las interpretaciones judiciales al respecto, el estudio intenta poner de manifiesto que esa actuación *a priori* neutral no es tal y que el alcance de la reforma en esta materia es sin duda de mayor calado (condicionando incluso a la relación y operatividad de los instrumentos de flexibilidad interna). A tal efecto, además de recoger las resoluciones del TS que han guiado la orientación del legislador, se señalan tanto de modo general como en relación a cada una de las causas, los cambios operados y la repercusión o alcance que los mismos tendrán a la hora de facilitar la decisión extintiva por tales causas, al punto, concluiremos, de hacer de las decisiones basadas en la conveniencia empresarial un criterio admisible.

ABSTRACT

Key words: Objective cause's dismissal, 2010 Reform

The present study aims to understand all news about the 35/2010 Law which has introduced dismissal for economic, technical, organisation and productive reasons. Also we analyse the objectives and intentions that, even without using the Law as a reference, may determine the dismissal under those mentioned causes. In this sense, if we highlight that the reasons exposed in the new regulation only and simply pretend to take the norm to the judicial interpretations, the study tries to explain that this neutral *modus operandi* a priori is not as it seems to be, and that the scope of the reform in this field is without a doubt deeper than it appears, (and it interferes to relation and operation of internal flexibility instruments). Taking this into account, apart for listing the norm that have guide the legislator, we indicate generally speaking and in detail, the relation to each cause, and we conclude that it is totally fair a business criteria while making certain decisions.

ÍNDICE

1. MARCO GENERAL DE LA REFORMA EN MATERIA DE DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES
2. LA CAUSA ECONÓMICA ¿HACIA UNA NUEVA LÓGICA PREVENTIVA?
3. LAS CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN: ¿DESDE UNA LÓGICA PREVENTIVA A UNA TAMBIÉN OFENSIVA?

1. MARCO GENERAL DE LA REFORMA EN MATERIA DE DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES

De las diferentes reformas operadas en el marco legal laboral, la relativa a las extinciones de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (en adelante, *despidos por causas empresariales*) ocupa sin duda el lugar principal¹, no sólo por lo que a ello se refiere directamente en la norma, sino por el alcance y repercusión que tiene respecto a otras medidas introducidas u objetivos pretendidos (particularmente, instrumentos de flexibilidad interna, reducción de temporalidad, etc.).

A modo de acercamiento general al tema, comenzamos subrayando el hecho de que la Ley 35/2010, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (como ya hiciera el anterior RD-Ley 10/2010), unifica las exigencias causales para los casos de *despidos por causas empresariales*, de manera que ahora sí disponen claramente de una identidad tipológica apoyada en su elemento causal común y su diferenciación conceptual se articula en el actual marco normativo a través de un criterio cuantitativo-temporal. De este modo, las extinciones derivadas de dichas causas hacen referencia a los despidos individuales y plurales del art. 52 c) LET y a los colectivos del art. 51.1 LET (y 64 LC)².

Esa identidad, además de facilitar el entendimiento de la concurrencia de la causa justificativa de la extinción (sea cual fuere el número de trabajadores afectados), abona la necesidad de unificar el orden judicial competente para conocer de estos asuntos, al objeto de dar una mayor congruencia en la jurisprudencia sobre el tema, lo que unido a la ya existente competencia social (en segunda instancia) para el caso de empresas en concurso (art. 64 LC); explica la intención (DA 15ª L. 35/2010) de reformar la compleja y problemática

¹ De la misma opinión, Blasco Pellicer, A., “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010”; AA.VV. La reforma laboral en la Ley 35/2010; Tirant lo Blanch, 2010, pág. 60.

² En todo caso, este procedimiento también es aplicable a los casos de cese de la actividad empresarial por exclusiva voluntad del empresario; *ex* STSJ de 07/09/2006 (TJCE 235), pero no así en los casos en los que las extinciones no derivan de una iniciativa previa del mismo (*v.gr.*, cese definitivo por fallecimiento del empleador), STJ de 10/12/2009 (TJCE 381).

situación existente en el ámbito extraconcursal de dualidad de jurisdicciones competentes: contencioso-administrativo y social, y concluir el proceso iniciado por la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (limitada en su efectividad por la Ley 50/1998) de hacer efectivo el art. 3.2 LPL³.

Entrando en la materia central de este estudio, creemos que pese a los cambios operados, la redacción finalmente dada al art. 51 LET en relación a la justificación de la concurrencia de las causas *empresariales*, mantiene su ordenación sobre una estructura jurídica que podemos diferenciar en dos momentos, si bien, como tendremos oportunidad de señalar, el segundo de ellos tiende a debilitarse en cuanto a su alcance. Así y todo, “en una primera fase (*necesaria pero no suficiente*), la causalidad de los despidos se orienta jurídicamente a la objetivación del interés empresarial (*elemento externo o causal*) (...) Ahora bien, en un segundo momento el interés empresarial y el proyecto de gestión de recursos en que se concreta deben contraponerse a los intereses que giran en torno al empleo” (*elemento interno o finalístico*), imponiendo empresario una *relación causal razonable* entre la motivación, las medidas extintivas y los objetivos a alcanzar⁴.

Confróntese la opción del legislador español de limitar las causas que justifican el sometimiento al procedimiento de despidos colectivos del art. 51 LET con las exigencias comunitarias al respecto (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos). Sobre el particular conviene recordar que el TJ no parece aceptar un concepto restrictivo de despido a los efectos de justificar la apertura del procedimiento de despidos colectivos previsto, hasta el punto de considerar inadecuada la normativa interna que limita el “concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural” o debidos a razones de reducción de la actividad empresarial (por todas, SSTJ, de 12/10/2004, TJCE 376, y de 08/06/1994, TJCE 96 y 97). Esta conclusión nos hace pensar que la misma terminará por alcanzar al regulación española en este punto, más aún como la interpreta la jurisprudencia española, pues llega a afirmar que “para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.1 del LET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción” (SSTS 30/09/2008, JUR 351480; y de 14/05/2008, RJ 4123). De opinión contraria, afirmando la adecuación de nuestro ordenamiento en este aspecto a las exigencias comunitarias, Navarro Nieto, F., Los despidos colectivos; CIVITAS, 1996, págs. 62 y 63.

³ A modo de ejemplo de la problemática que la actual situación implica, *vid.* la SSTS de 23/01/2006 (RJ 2091 y 2294), particularmente el cualificado VOTO PARTICULAR a la misma.

⁴ En extenso, Navarro Nieto, F., Los despidos colectivos; *cit.*, págs. 66 y 67 (la cursiva es nuestra). También, Valdés Dal-Ré; F., “Los despidos por causa económica”; en (AA.VV.) La reforma del mercado laboral. Lex Nova, 1994, pág. 403; y Monereo Pérez/Fernández Avilés, El despido colectivo en el Derecho español; Aranzadi, 1997, particularmente, págs. 93, 102. *Vid.* STS de 29/09/2008 (RJ 5536), en la que recuerda la jurisprudencia al respecto y reitera que también se justifican las extinciones por esta vía cuando la situación económica de la empresa no permite que puedan darse los objetivos legalmente señalados.

La señalada estructura jurídica se contempla, como venimos de indicar, en la nueva redacción que ahora analizamos, como además podemos inferir del importante cambio al respecto en relación a lo previsto en el RD-Ley 10/2010 (que se limitaba a establecer un mero control *mínimo de racionalidad* o de *racionalidad unilateral*)⁵. E igualmente, el tenor literal parecer corroborar además y por otro lado, el objetivo y finalidad a alcanzar con tales extinciones se vincula ahora de manera más clara (y en línea de continuidad reforzada) a la tutela del –mal- llamado interés *objetivo* de la empresa, expresado en el texto legal en términos de *competitividad*⁶.

En definitiva, y a diferencia de la situación originada por el RD-Ley 10/2010 (particularmente, en relación a las causas económicas), se entiende que pese a que en principio la causa se identifica con las *razones* concretas, el texto legal viene reclamando además justificar la razonabilidad de la medida en relación a ciertos *objetivos* que prevé la norma, lo que significa la posibilidad de que el juez entre a valorar el fondo del asunto y la idoneidad de la decisión empresarial⁷.

Ahora bien, creemos que no puede ignorarse que la reforma operada implica un cambio en el alcance del control judicial en el sentido de reducirlo, y consecuentemente, ampliar de discrecionalidad empresarial en este ámbito⁸. Y en este sentido, creemos que la nueva redacción eleva a solución general la conclusión extraída en alguna concreta sentencia respecto a que no incumbe a los Tribunales “tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”⁹. En definitiva, el control judicial no debe ser *de optimización*, sino de limitarse a constatar que al opción en la decisión empre-

⁵ Vid. al respecto de la *automaticidad* con la que conforme al RD-Ley 10/2010 operaba esta causa, Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo”; en AA. VV. (Sempere Navarro, Dir./ Martín Jiménez, Coord.) La Reforma Laboral de 2010; Aranzadi-Thomsom Reuters, 2010, págs. 391 y 392.

⁶ Al respecto, ya con la situación anterior, Monereo Pérez/Fernández Avilés, El despido colectivo...; cit., págs. 115 y sgs.; y Monereo Pérez, J.L., “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”; R.L. 15/2005-II (LA LEY 3898). Reiterando que ya con la anterior regulación existía una interpretación jurisprudencial favorable a esa extensión del interés objetivo de la empresa, Goerlich Peset, J.M., “Contratación laboral, flexibilidad interna y despido: insuficiencias de la regulación y propuestas de reforma”; Papeles de Economía Española; nº 124, 2010, págs. 102 y sgs. Igualmente, en Garate Castro, J., “Racionalidad y medidas empresariales de gestión del trabajo”; en AA. VV. (Camps/Ramírez/Sala, Coords.) Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo; Tirant lo Blacnh, 2010, págs. 220 y 221.

⁷ También, González Biedma, E., “Aspectos clave de la reforma laboral de 2010”; AS 7/2010 (BIB 2010/2178).

⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “El contrato de trabajo en la ley 35/2010”; Diario La Ley 7488/2010 (La Ley 13293); y en “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”; R.L., 21/2010 (LA LEY 13879/2010).

⁹ STS, de 02/03/2009 (RJ 1719).

sarial (despido) es *razonable* en términos de gestión empresarial y no absurda o arbitraria¹⁰.

Y junto a lo que venimos de afirmar, añadiremos que de la nueva redacción dada a las causas en el art. 51 LET (y su similitud en algunos casos con la situación reclamada en caso de medidas de flexibilidad interna, particularmente vía art. 41 LET), parece desprenderse la idea de que la extinción no debe considerarse ya como una excepcionalidad en la gestión empresarial, pues la norma ha procedido “a su normalización (...) como instrumento para favorecer la competitividad de la empresa y, con ello, mejorar su situación”¹¹. Consecuentemente, se admite su uso no sólo en situaciones extremas y graves de la empresa que reclamen suprimir el puesto de trabajo, de manera que ahora esa necesidad no precisa ser imperiosa (para salvar la empresa) ni por tanto debe ser considerada como sinónimo de inevitabilidad¹². A esta conclusión parece que también contribuye el cambio legal en el art. 52, c) y art. 51.6, 2º LET porque, en opinión generalizada, implica una menor exigencia en cuanto a la admisión de las medidas, ya que ahora no es preciso que las mismas sean *necesarias* para los fines previstos¹³.

Ciertamente, no debe perderse de vista que la anterior regulación reclamaba para la procedencia de las extinciones que la empresa se encontrara en una situación de deterioro (esto es, o bien que estuviera comprometida su viabilidad futura o del empleo, o bien, al menos, que existieran dificultades que impidieran su buen funcionamiento), lo que a la postre justificaba el rechazo de la medida extintiva cuando la misma respondía no a tales desequilibrios en el proyecto empresarial, sino a otras iniciativas o anticipaciones del empresario de mera *conveniencia*, que si bien podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión interna, no admitían una respuesta más

¹⁰ Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; en AA.VV. (García-Perrote/Mercader, Dir.) La reforma laboral de 2010; Lex Nova, 2010, págs. 95 y 96.

¹¹ Del Rey Guanter, S., “Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales de los nuevos artículos 51 y 52c) del Estatuto de los Trabajadores según la Ley 35/2010”; Diario La Ley 7488/2010 (La Ley 13225).

¹² Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010”; RL 15/2010 (LA LEY 9228/2010). Sobre la importancia y consecuencias de tales exigencias en la normativa anterior, vid. STS, de 29/05/2001 (RJ 5452). Y en la doctrina judicial, v.gr., STSJ de Extremadura, de 17/10/2005 (AS 3213) y SSTSJ de Murcia, de 25/05/2009 (JUR 2009/291629 y 291630).

¹³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “El contrato de trabajo en la ley 35/2010”; cit., quien además concluye por ello que el despido objetivo “está al servicio de la buena gestión económico-productiva”.

Sobre la relevancia de la necesidad de amortizar; Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; cit., págs. 90-92.

extrema como la extinción del contrato¹⁴. Frente a tal exigencia anterior, ahora se limita a reclamar que de las causas alegadas se deduzca la razonabilidad de la decisión extintiva al objeto de que con la misma se pueda contribuir a similares o idénticos objetivos que requieren las medidas de flexibilidad interna (lo que plantea su admisión no sólo e incluso ante la mera *previsibilidad* –no actual ni real- de tales desajustes, sino también para mejorar lo que se supone no necesariamente funcionaba mal)¹⁵.

Con todo, y pese a la gran similitud literal que en algunos casos veremos existe en la concurrencia de las causas entre el despido por causas empresariales y algunos de los principales instrumentos de flexibilidad interna, creemos que el principio básico de conservación del negocio, unido a las importantes exigencias constitucionales derivadas del derecho al trabajo (art. 35 CE), deben reclamar por parte de nuestros tribunales un diferente tratamiento¹⁶. Ello llevaría o bien a replantear la doctrina judicial que niega considerar a la medida extintiva como última *ratio*, al concluir que al no reclamarse así legalmente, la misma actúa de manera complementaria e incluso alternativa a otras medidas no extintivas de reestructuración de plantilla (modificación sustancial, movilidad geográfica, etc.), por lo que no corresponde al órgano judicial ejercer control de oportunidad alguno, esto es, arrogarse la función de sustituir el empresario en la elección de la medida empresarial óptima¹⁷. O bien, lo que parece más factible y acertado, a diferenciar la situación de la empresa a efectos de admitir unas (reorganización interna) u otras medidas (extinciones)¹⁸, y

¹⁴ Por todas, SSTS de 10/05/2006 (RJ 7694), y de 21/03/1997 (RJ 2615). Más recientemente, STS, de 23/01/2008 (RJ 2552), y jurisprudencia allí citada. También, STSJ de La Rioja, de 01/03/2005 (AS 650).

¹⁵ De cualquier forma, conviene recordar que ya con tal redacción –menos abierta que la actual-, se llegó a concluir por nuestros tribunales que “la viabilidad puede referirse también a la permanencia en el mercado con igual poder competitivo”; de forma que “hay causa técnica, organizativa o de producción cuando, aun con resultados económicos positivos, la organización de los recursos humanos y materiales puede mejorarse”; en Navarro Nieto, F. “Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo”; A.L., 1996-III (LA LEY 2520/2001)

¹⁶ Sobre la diferencia de intereses presentes en la decisión modificativa (libertad de empresa y defensa de la productividad, art. 38 CE) respecto a la extintiva (libertad de empresa -art. 38 CE- vs derecho al trabajo -art. 35 CE-), y por ello, la justificación de poder imponer un distinto grado de limitación a la decisión empresarial, STS de 17/05/2005 (RJ 9696). No obstante, debe igualmente recordarse que la misma establecía el diferente tratamiento (intensidad) a la hora de considerar concurrentes las causas justificativas precisamente en la comparación de la redacción del art. 41 con el del los arts. 51 y 52 LET, pues en estos últimos se reclamaban objetivos más exigentes.

¹⁷ STS de 02/03/2009 (RJ 1719). En la doctrina judicial, STSJ de Castilla-La Mancha, de 05/12/2000 (JUR 2001/34314). Negando esa consideración de *ultima ratio* (salvo que venga impuesta por la negociación colectiva), STS, de 21/07/2003 (RJ 7165) y jurisprudencia en ella citada. Sin embargo, algún pronunciamiento vino implícitamente a considerar así a las medidas extintivas, *v.gr.*, STSJ de Cataluña, de 09/02/2005 (AS 660).

¹⁸ Del Rey Guanter, S., “Sobre las causas...”; cit.

con ello al menos, a reclamar para los casos de extinción la *suficiencia* de la causa, esto es, que se trate de circunstancias cuyas características (importancia y entidad suficiente) reclaman cambios de orden estructural que “justifican el despido como medida razonable, ponderada y proporcionada”¹⁹, pues las exigencias meramente coyunturales deben encontrar otro encaje normativo en la LET (medidas de flexibilidad *interna*, incluida la suspensión del contrato o reducciones de jornada, art. 47 LET). De otro modo, el objetivo general de hacer de las medidas de flexibilidad *interna* una alternativa (para mantener el empleo durante las situaciones de crisis y evitar así el recurso) a las extinciones quedaría más que cuestionado (*vid.* al respecto E.MM II L. 35/2010)²⁰.

Parece pues correcto concluir, como expresamente se deduce de la Ley 35//2010 (E.MM.), que si bien la reforma operada no eliminará los problemas de seguridad jurídica que se le achacaba a los términos legales anteriores (lo puede ser difícil resolverlo definitivamente cuando en la norma priman términos económicos -no jurídicos-), sí facilitará el despido objetivo, particularmente con la ampliación del alcance y operatividad de las causas empresariales, pues el objetivo de los cambios operados en la delimitación de las causas del despido pretende simplemente racionalizar las extinciones (no minorarlas), o en sus propios términos, canalizar su finalización en función de la causa real que motiva su terminación.

Corroboraba aquella conclusión el hecho de que en la nueva formulación de las causas se ha elevado a general unas resoluciones judiciales minoritarias y para supuestos concretos, que eran difícilmente extrapolables²¹. Ciertamente, no puede desconocerse que la nueva redacción legal supone, pese a la aparente *neutralidad* señalada en la E.MM. II, una lectura interesada o al menos simplificada de la jurisprudencia en esta materia, ya que pese a la clara dificultad de identidad en los supuestos de hecho²², la norma eleva a general situaciones que algunas soluciones jurisprudenciales admitieron como justificativas de la extinción en supuestos concretos con perfiles muy delimitados (donde se valoraban hasta el detalle las peculiari-

¹⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Control judicial y despido”; RL 10/2010 (LA LEY 4008/2010)

²⁰ De manera ilustrativa, *vid.* a este respecto el art. 82.3 LET, que considerada una medida de flexibilidad interna, reclama la previsible existencia de *daños* en el proyecto empresarial de no adoptarse la medida (que en todo caso parece exigir algún tipo de deterioro económico), por lo que no parece lógico admitir extinciones cuando no haya al menos un situación de similar o mayor dificultad en la empresa. Así podemos deducirlo igualmente en, Cruz Villalón, J. “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”; RL 21/2010 (LA LEY 13889/2010). Sobre el particular es de interés el AENC de 2010-2012

²¹ También, Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas...; cit., págs. 377 y 378.

²² Llompert Bennàssar, M., “El despido objetivo...; cit.

dades de cada caso y especialmente dimensión de la empresa y número de trabajadores, etc.)²³.

Línea de admisión que se ampliará, con mayor razón, si esos cambios deben ser interpretados según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 CCiv.), y a nadie escapa la mayor admisión por parte de nuestros tribunales de las causas justificativas del despido objetivo en un contexto de crisis como el que vivimos en los últimos años.

En todo caso, esa idea de facilitar el despido como medida de gestión empresarial se ha visto favorecida también porque incluso si ese mayor alcance de las causas “no funcionara satisfactoriamente (o no se quiere exteriorizar la situación económica de la empresa)”, se ha propiciado una reducción sensible del coste del despido objetivo improcedente (no sólo en la cuantía de la indemnización que lleva aparejada)²⁴, tanto en el contrato de fomento de la contratación indefinida y el margen al respecto del art. 56.2 LET –art. 3 L. 35/2010), como también indirectamente y de forma general (aunque provisionalmente), mediante el abono de parte de la indemnización por el FOGASA (DT 3ª L. 35/2010)²⁵. Reducción que no se prevé para los casos de resolución por parte del trabajador ante la adopción de ciertas medidas de flexibilidad interna (art. 40.1, 4º y 41.3 LET), lo que junto con la ya señalada similitud en cuanto a la situación justificativa de la alegación de las causas, sin duda reduce su carácter realmente alternativo frente al despido.

2. LA CAUSA ECONÓMICA ¿HACIA UNA NUEVA LÓGICA PREVENTIVA?

Señala el art. 51.1 LET que dicha causa concurre *cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa*. En definitiva, se trata de una causa que incide sobre la *rentabilidad* de la empresa, de ahí que la misma habrá de ser valorada considerando el conjunto empresarial²⁶.

²³ También, sobre la generalización legal de una jurisprudencia minoritaria, Del Rey Guanter, S., “Sobre las causas y su justificación...”; cit.

²⁴ Sobre los efectos que en esta medida conllevan los cambios en cuanto a la calificación por defectos de forma, vid., Escudero Alonso, J.L., “Nulidad del despido objetivo: jurisprudencia anulada por la Ley 35/2010”; Consell Obert, Nº 255/2010.

²⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La reforma laboral y el dinamismo...”; cit. *Vid.* igualmente, como señala el autor, el papel del futuro Fondo de Capitalización (D.A. 10ª L. 35/2010). Criticando esta opción legal; Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; en AA.VV. (García-Perrote/Mercader, Dir.) La reforma laboral de 2010; Lex Nova, 2010, pág. 107.

²⁶ Por todas, STS de 14/05/1998 (AS 4650). Tratándose de un grupo de empresas a efectos laborales (lo cual no se presume ni tan siquiera por expreso reconocimiento formal del grupo, sino que debe acreditarse), la situación económica negativa ha de afectar al conjunto del mismo, no siendo suficiente que afecte a la concreta empresa; STS de 23/01/2007 (RJ 1910).

Como adelantábamos, la estructura del precepto distingue dos elementos a valorar, por un lado, la concurrencia de causa económica, esto es, *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*. Y por otro lado, justificar la razonabilidad de la medida al objeto de *preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*.

Consecuentemente, en estos casos se viene reclamando la concurrencia de los siguientes requisitos: En primer lugar, *prueba* sobre los resultados económicos negativos alegados (*objetivación* de la situación)²⁷. Respecto al alcance o intensidad de los mismos, de la redacción del precepto parece colegirse que no se requiere *prueba plena* de la existencia en todo caso de una situación de *crisis* (expresión que tradicionalmente ha venido siendo implícitamente equiparada a situación de pérdidas *real, actual, suficiente y objetiva*), pues concurre la causa aunque la situación económica de la empresa no sea realmente de tal gravedad²⁸. Ciertamente, señala el art. 51 LET que concurre esta causa bien ante una situación patológica o de *crisis* económica en la empresa (entendida como resultados deficitarios o *desequilibrios graves en el balance o en la cuenta de resultados*, si bien no hasta el punto de requerir una situación irreversible)²⁹; O bien, y entre otras circunstancias³⁰, ante una situación de *crisis* no actual, sino tan sólo *potencial* (pérdidas deducidas o previstas *ad futurum* de los resultados económicos alegados) o incluso cuando lo que acontece es una mera disminución –aunque persistente– en el nivel de *ingresos*³¹.

²⁷ La prueba de la causa exige que esta se concrete (en datos particulares), sin que la misma pueda referirse de manera genérica; STS, de 30/03/2010 (RJ 2482). Algunos ejemplos de instrumentos para acreditar esa situación, en Llompарт Bennàssar, M., “El despido objetivo: la acreditación de la situación económica negativa”; AL 7/2010 (LA LEY 1688).TS, Sala Cuarta, de lo Social, 30 Mar. 2010 (

²⁸ Sobre la redacción legal, debe tomarse en cuenta la interpretación que al respecto venía realizando la jurisprudencia, pues ya antes no era exigible en todo caso la existencia de pérdidas; v.gr., STS, de 14/07/2003 (RJ 6260). Algunos ejemplos en la doctrina judicial, en DE La Puebla Pinilla/Gómez Abelleira, Memento Experto. Nueva reforma labora; Ed. Francis Lefebvre, 2010, págs. 125 y 126.

²⁹ Por todas, STS de 24/04/1996 (RJ 5297). Véase también, SSTSJ de Asturias, 03/10/2003 (AS 2004/800), y STSJ de Cataluña 10/10/1995 (AS 3982). De “perdidas importantes en los últimos tiempos” hablaba la STSJ País Vasco 09/09/1997 (AS 2847). No obstante, debe recordarse que se aceptaba la concurrencia de la causa cuando pese a que los ejercicios económicos últimos mejoraran los anteriores, no lo era lo suficiente como para eliminar o superar las pérdidas que se venía arrastrando; STSJ de Cataluña, de 20/12/2004 (AS 2005/237), y STSJ de Aragón, de 31/01/2007 (JUR 219314).

³⁰ Otros ejemplos, Blasco Pellicer, A., “La reforma de la extinción del contrato...”; cit., pág. 65.

³¹ Sobre la complejidad y los problemas de redacción y entendimiento del sentido de la disposición legal; vid., a modo de ejemplo, Valdés Dal-Ré, F. “A vueltas con la estructura formal y los reenvíos reglamentarios de la Ley 35/2010”; R.L. 20/2010 (La Ley 13526/2010).

Ante esta diversidad, el legislador, al objeto de aclarar la intensidad en la situación económica negativa requerida en la empresa para justificar la medida extintiva, indica expresamente que la misma debe ser de tal entidad *que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*. Por tanto, aunque no es requisito indispensable la *realidad, actualidad y suficiencia* de las pérdidas, sí parece indispensable la seriedad y entidad de la situación económica negativa en la empresa (esto es, de carácter estructural). Y en este sentido, si bien no parece acertado mantener con la nueva redacción algunas de las anteriores posiciones judiciales (que reclamaban acumulación de –importantes– pérdidas en sucesivos ejercicios), tampoco permite abarcar o considerar que la causa acontece (pese a concurrir *v.gr.*, pérdidas o disminución de ingresos) con la mera y “transitoria disminución de beneficios o incluso de pérdidas coyunturales” (cfr., art. 47.1, c LET)³², pues como reclama la norma, es preciso en todo caso que la causa económica pueda comprometer la viabilidad del proyecto empresarial o su capacidad para mantener el volumen de empleo (se entiende que al menos en un volumen superior al que conllevaría no admitir las extinciones propuestas).

Y en segundo lugar, *razonabilidad* de la medida en relación a los objetivos pretendidos. Se añade así un nuevo requisito a la prueba de la *objetivación* de las circunstancias empresariales: justificar que de tales *resultados* se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva *para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*. En definitiva, se reclama del empresario *argumentaciones suficientes o indicios razonables* (que no prueba) de la conexión de la medida extintiva con respecto a sus efectos en la situación de la empresa, en particular que la misma va a tener incidencia sobre la posición competitiva de la empresa.

Adviértase la desconcertante identificación del *elemento interno o finalístico*, ya que si bien en un primer momento se requiere que la situación económica sea de una intensidad tal que afecte a la viabilidad empresarial o mantenimiento del empleo, su justificación como causa extintiva no exige (*finalidad*) que los despidos “*contribuyan*” a superar ese deterioro o dificultad, si no que los mismos sean razonables para mantener o mejorar la posición competitiva de la empresa (concepto económico y no jurídico que sin duda generará nuevos problemas de seguridad)³³.

³² En esta línea, cobraría actualidad la jurisprudencia anterior que entendía insuficiente un año de pérdidas sin más para justificar la extinción por causas económicas; STS, de 28/02/2005 (RJ 4734).

³³ Igualmente, González Biedma, E., “Aspectos clave de la reforma laboral de 2010”; AS 7/2010 (BIB 2010/2178). Sobre la peligrosidad del término competitividad, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “ERE y ratio ‘afectados/efectivos’: una nueva propuesta interpretativa para una vieja discusión”; AS 6/2010 (BIB 2010\1244)

Los cambios operados en el delimitación del objetivo al que debe servir la extinción hacen que la conexión requerida entre ambos sea menos rotunda para alcanzar el objetivo, ya que antes se exigía que *contribuyan a superar* la situación negativa (centrando pues el problema interpretativo de esa expresión) y ahora simplemente que se *deduzca la razonabilidad* de la medida para alcanzar el objetivo previsto³⁴. Consecuentemente, creemos que se puede concluir ahora que no se exigirá del empresario -aunque sí sería conveniente³⁵- que aporte otras medidas no laborales para alcanzar tal objetivo (pues dicho despido no precisa ahora concurrir con esas otras actuaciones)³⁶, ni mucho menos un *proyecto* de reordenación de recursos sobre cuyas previsiones de futuro deba ser valorada la justificación de la extinción³⁷.

En esta línea, de la dicción legal parece extraerse que esa conexión medios-fines no precisa que la extinción asegure o que sea la única o mejor alternativa para esa finalidad (algo así como la *ultima ratio*), pues ni antes ni ahora se supedita la legitimidad de la resolución contractual al previo agotamiento de las medidas laborales menos traumáticas (*inevitabilidad* del despido)³⁸, ni tampoco se exige la *suficiencia* de la medida extintiva, es decir que ésta permita por sí alcanzar el objetivo³⁹.

En definitiva, se requiere aportar un mínimo indicio de que la extinción es respuesta precisamente a las dificultades económicas (y no a otra razón o motivo ajeno a dicha circunstancia -*arbitrariedad*-), y que la misma es razonable para la competitividad empresarial, de manera que el control judicial lo será respecto a que la medida sea “plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, (que) se ajusta (...) al estándar de conducta de un *buen comerciante*”⁴⁰. Y para ello, dicho análisis judicial se hará “teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe, no solo como límite sino como parámetro del ejercicio del poder de despido”, lo que debe admitir “un margen de apreciación empresarial en el ejercicio de autonomía contractual privada y de la libertad

³⁴ Recuérdese no obstante que el TS admitió la procedencia de las extinciones aunque con las mismas no se contribuyera a superar las pérdidas o la viabilidad de la empresa, pero únicamente en los casos de irreversibilidad de la situación económica empresarial; por todas, STS de 30/09/2002 (RJ 10679).

³⁵ Monereo Pérez/Fernández Avilés, El despido colectivo...; cit., pág. 114. Algunos ejemplos de su utilidad, en Llompарт Bennàssar, M., “El despido objetivo...; cit.

³⁶ Con la situación anterior se llegó a estimar como insuficiente la motivación que sólo alcanzaba a justificar medidas de orden laboral, *vid.* STSJ de Madrid, de 08/11/2005 (AS 3446). *Vid.* Navarro Nieto, F., Los despidos colectivos, cit., págs. 76 y sgs.

³⁷ Tampoco con la regulación anterior se exigía tal *plan*, por todas, STS, de 11/06/2008 (RJ 3468), y jurisprudencia en ella citada.

³⁸ A modo de ejemplo, STS de 21/07/2003 (RJ 7165).

³⁹ Por todas STS, de 11/06/2008 (RJ 3468).

⁴⁰ SSTS de 10/05/2006 (RJ 7694) y de 02/03/2009 (RJ 1719).

de empresa⁴¹.

Ahora bien, sí parece que deba seguir reclamándose, si bien con menor grado de exigencia, rigor o alcance, que la medida extintiva permita razonablemente alcanzar de manera directa y adecuada el objetivo que se persigue, no admitiéndose si la misma lo hace de modo meramente ocasional, tangencial o remoto⁴². Y en este sentido, conviene recordar que, como tuvo oportunidad de señalar el TS, en ciertos casos en los que concurría cualificadamente el *elemento externo*, el *interno* prácticamente se presumía, salvo prueba en contrario, al comportar el despido una disminución automática de los costes (salariales, de Seguridad Social, etc.), que en sí misma permitiría aliviar o al menos a no aumentar la situación de la empresa⁴³. Y por tanto, si bien así se admitía en casos en los que concurrían pérdidas *continuas* y *cuantiosas*, con la nueva redacción, en la que no se reclama contribuir a la viabilidad del proyecto empresarial, sino tan sólo a mejorar o mantener su competitividad, podría plantearse como una solución general extensible también a situaciones menos graves.

3. LAS CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN: ¿DESDE UNA LÓGICA PREVENTIVA A UNA TAMBIÉN OFENSIVA?

Como venía ocurriendo con la regulación anterior, si bien ahora expresado de manera más clara, estas causas se desconectan formalmente de la situación patológica (de *crisis*/perdidas), siendo posible su caracterización diferenciada como instrumento *preventivo*⁴⁴, pues a diferencia de la causa económica, las ahora estudiadas inciden sobre la *eficiencia* de los factores productivos de la empresa⁴⁵. Consecuentemente, basta con que las causas se acrediten exclusivamente en el espacio en el que éstas concurren o se manifiestan y respecto a los

⁴¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Control judicial y despido”; RL 10/2010 (LA LEY 4008/2010)

⁴² SSTS, de 24/04/1996 (RJ 5297); y de 11/06/2008 (RJ 3468). Adviértase en este sentido que ha desaparecido la referencia a un estándar *mínimo* de razonabilidad; Folguera Crespo, J.A., “El despido objetivo individual en la reforma del mercado de trabajo”; Diario La Ley 7488/2010 (La Ley 13252/2010).

⁴³ V.gr., SSTS, de 14/06/1996 (RJ 5162), y reiterada en las de 11/06/2008 (RJ 3468), y de 29/09/2008 (RJ 5536). En esta se matizaba que la mera existencia de pérdidas continuadas no supone una presunción en el sentido de desplazar sobre el trabajador la acreditación de la falta de conexión, sino que de lo que se exige a la empresa es de tener que probar que tal medida por sí permite superar la crítica situación de la empresa, pero en todo caso debe aportar “indicios y argumentaciones suficientes (...)”.

⁴⁴ Altés Tárrega, J.A., “El despido objetivo individual: El ámbito de aplicación del artículo 52.c ET y su delimitación causal”; R.L., 22/2009 (LA LEY 20312/2009)

⁴⁵ También, aunque denominando competitividad a lo que aquí hemos llamado eficiencia; Albiol Ortuño/Blasco Pellicer; “La reforma de la regulación de los despidos económicos”; en AA.VV. (Camps/Ramírez/Sala, Coords.) Crisis, reforma y futuro...; cit., págs. 357 y 358.

puestos por ella afectados⁴⁶; pero por el mismo hecho su alegación, se venía afirmado, debe venir acompañada por una relación causa/efecto en la identificación de esos puestos para servir de justificación a las extinciones⁴⁷.

Señala el precepto que cuando las alegadas son causas no económicas, se exige por parte de la empresa; primero, *prueba plena* de la concurrencia de las causas alegadas. La actual redacción aclara en qué consisten y por ende, cuando concurren las causas que reclama, mediante una fórmula abierta que concreta en una lista ejemplificativa⁴⁸: Las *causas técnicas* suponen la innovación referida, entre otros, a los medios técnicos de producción, que presuponen una inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza la empresa, y que repercuten en los puestos de trabajo directamente vinculados a tales medios. Por su parte, las *causas organizativas* tendrían como contenido, entre otros, la introducción de nuevos criterios de racionalización (sistemas y métodos) del trabajo dentro de la organización productiva, no requiriendo, a diferencia de las causas tecnológicas, inversión alguna en medios productivos. Finalmente, Las *causas de orden productivo* han sido entendidas, entre otros, como una situación de desequilibrio entre la capacidad productiva y la realidad del mercado donde sus productos o servicios pretenden ser colocados, lo que provoca un sobredimensionamiento de la plantilla de la empresa.

Y segundo, la *razonabilidad* de la medida en relación a los objetivos pretendidos. Al igual que lo señalado para las causas económicas, se reclama ahora justificar (*prueba razonable* o indicio) que de tales causas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva, si bien en este caso, *para contribuir a* los objetivos de mejorar la situación de la empresa o prevenir una evolución negativa de la misma. Obsérvese que la dicción legal no requiere para admitir el despido que el mismo tenga lugar ante el desequilibrio o degradación acreditada, real y actual del tejido empresarial por tales causas (y al objeto de contribuir a superar tal situación)⁴⁹.

Pareciera así que con la nueva redacción del art. 51.1 LET la extinción se justifica no sólo para evitar precisamente que se vea afectada la *rentabilidad* (carácter *preventivo*, lo cual era posible con la regulación anterior –v.gr., ante

⁴⁶ A modo de ejemplo, STS, de 13/02/2002 (RJ 3787).

⁴⁷ Así, STSJ de Cataluña, de 02/06/2005 (AS 1336). De opinión contraria respecto a la nueva regulación (basándose en la actual referencia a la prevención de la evolución negativa); Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas...”; cit., pág. 394. Con dudas, Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; cit., pág. 89 (nota 28).

⁴⁸ Podría considerarse en buena medida que el legislador se ha limitado en este caso a trasladar a la norma la interpretación judicial en esta materia; a modo de ejemplo, Altés Tárrega, J.A., “El despido objetivo individual...”; cit.; y Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas...”; cit., págs. 384-386.

⁴⁹ También, Cruz Villalón, J. “La flexibilidad interna...”; cit.

la pérdida de beneficios, cuota de mercado sin efectos económicos, etc.)⁵⁰;- sino que incluso parecen adoptar un carácter *ofensivo* (como parece acontecer en algunas de las medidas de flexibilidad *interna*), esto es, admitir extinciones cuando con ello se mejore lo que puede que incluso ya funcione bien, de forma que una empresa en fase expansiva, con beneficios, podría justificar su utilización⁵¹. Adviértase al respecto que la norma no precisa la finalidad de los cambios, sino de las medidas extintivas, por lo que corresponde al empresario valorar y decidir su incorporación, lo cual puede obedecer tanto a una estrategia de mera conveniencia como a la necesidad de garantizar la viabilidad del proyecto empresarial.

Dicho de otro modo, la nueva regulación abre la posibilidad de que la decisión empresarial de introducir alguna de tales medidas responda no sólo a *necesidades* sino también a *conveniencias* empresariales. Ahora bien dicha conveniencia debe entenderse en términos de eficiencia, esto es, constituyendo una “medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”⁵². Y con ello admitir como causa justificativa la “mejora organizativa, productiva y de competitividad que lleve a la reducción de personal «sobreaabundante» cuando se trate de «una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva» que contribuya al incremento de la productividad y la competitividad”⁵³.

La pregunta que de inmediato puede surgirnos es que si con la nueva regulación cabría admitir extinciones fundándose en la mera reducción de costes que ello comportaría respecto a otras opciones posibles. Así pudiera inferirse del precepto, tanto más, si como ya concluyera el TS interpretando la anterior regulación, la reducción o ajuste de costes “*no es una cuestión de beneficio, rentabilidad o resultado final de la empresa, sino en primer lugar y antes que otra cosa una cuestión de eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial*”⁵⁴. Y en este sentido, sí parece facilitarse el despido por causas empresariales en el supuesto en el que la empresa tenga la intención de que las funciones del puesto a extinguir sean prestadas por terceros (externalización/descentralización), siempre y cuando concurren las causas y en su caso, los objetivos señalados en el precepto (lo que no siempre acontece

⁵⁰ *Vid.* al respecto SSTS, de 14/06/1996 (RJ 5162), y de 31/06/2006 (RJ 3971). Algunos ejemplos, De La Puebla Pinilla/Gómez Abelleira, Memento Experto; cit., págs. 126 y sgs.

⁵¹ *Vid.* EMM II (Cap. II) L. 35/2010, que expresamente configura estos instrumentos de flexibilidad interna para *permitir a las empresas mejorar su competitividad*.

⁵² Se trata pues de generalizar la posición extraída de pronunciamientos como las SSTS de 21/03/1997 (RJ 2615), 0/09/1998 (RJ 7586), y de 11/10/2006 (RJ 7668).

⁵³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Control judicial y despido”; RL 10/2010 (LA LEY 4008/2010)

⁵⁴ STS de 31/05/2006 (RJ 3971),

por la mera externalización)⁵⁵, por cuanto que ahora, recordamos, no se exige la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, ni que la decisión empresarial responda a dificultades acreditadas en la empresa⁵⁶.

En definitiva, la argumentación debe centrarse en estos casos en torno a criterios de racionalidad técnica, organizativa o de producción eficiente de servicios; y la prueba de un sobredimensionamiento de la plantilla por tales causas que justificará el no mantenimiento de contratos de trabajo ahora innecesarios⁵⁷.

A mayor abundamiento sobre tal conclusión, creemos que sí puede igualmente deducirse de la identidad de la concurrencia de la causa en casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 LET), y de este modo una interpretación literal del mismo podría llevar “a pensar que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas”⁵⁸. Es más, y salvo una interpretación correctora y gradual de las medidas, podría entenderse incluso ahora menos exigentes los términos del art. 51 LET, ya que a diferencia del art. 41 LET -que reclama que *las medidas contribuyan* a los objetivos previstos-, se precisa meramente que *se deduzca la razonabilidad de la medida* extintiva *para contribuir* a esos mismos objetivos.

⁵⁵ Altés Tárrega, J.A., “El despido objetivo individual...”; cit.

⁵⁶ Sobre la amplitud con la que llegó admitirse el despido por externalización conforme a la situación legal anterior, *vid.* STS, de 31/05/2006 (RJ 3971) y crítica al mismo en el Voto Particular que la acompaña.

Sobre el alcance y límite que en la justificación de la medida empresarial de despido y su control judicial implicaba la necesidad de la amortización (al objeto de excluir situaciones de mera conveniencia o de un control de la actuación como buen comerciante); *vid.* Salinas Molina, F., “Despido objetivo y jurisprudencia social: incidencia de las medidas par la reforma del mercado de trabajo”; TS, 59/2010, pág. 72.

⁵⁷ Adviértase que así llegó a aceptarse con la anterior redacción, si bien y de manera más centrada en los casos en los que la afectada era la Administración pública o en entidades sin afán de lucro, pues a ellas resultaba de difícil prueba los requisitos causales del art. 51.1 LET. Por todas, STSJ de Andalucía, de 16/07/2008 (JUR 2009/30613).

⁵⁸ En relación al referido art. 41 LET, STS, de 17/05/2005 (RJ 9696). No obstante, algunas sentencias venían reclamando en la empresa situaciones de dificultad o problemas de gestión para admitir la concurrencia de las causas; recientemente, STSJ de Galicia, de 30/10/2009 (AS 3014).

