



Trabajo Fin de Grado

EL DESPIDO COLECTIVO TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN ESPAÑA:

La flexibilización de las causas y su respuesta
judicial

Autor/es

Cristina Giménez Galindo

Director/es

Vicente Pedro Lafuente Pastor

FACULTAD de DERECHO

Curso 2013/2014

ÍNDICE

Abreviaturas

1. Introducción

2. Normativa

2.1. Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral.

2.2. Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral

2.3. Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de los Despidos Colectivos

2.4. Normativa modificada

a) Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

b) Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

c) Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social.

3. El despido colectivo. Consideraciones generales.

3.1. Concepto de Despido Colectivo

a) Elemento cuantitativo. Los grupos de empresas.

b) Elemento temporal

3.2. Transitoriedad en la aplicación de la Reforma

4. El despido colectivo. Causas.

4.1. Reforma del 2010

4.2. Reforma del 2012

a) Causas económicas

b) Causas técnicas, organizativas y de producción

c) Fuerza mayor

4.3. Comparativa europea

5. El despido colectivo. Especial referencia a las Administraciones Públicas

5.1 Concepto

5.2. Causas

a) Causas económicas

b) Causas técnicas u organizativas

6. El despido colectivo. La respuesta Judicial

6.1. Calificación del despido colectivo

6.2. ¿Eliminación del juicio de funcionalidad?

6.3. Análisis jurisprudencial

a) Causas económicas

I. Pérdidas actuales

II. Descenso del nivel de ingresos o de ventas

II. Previsión de pérdidas

b) Causas técnicas, organizativas y de producción

I. Causas técnicas

II. Causas organizativas

III. Causas de producción

7. Conclusiones

8. Bibliografía

9. Anexos. Jurisprudencia.

ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

ET: Estatuto de los Trabajadores

FOGADA: Fondo de Garantía Salarial

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

OIT: Organización Internacional del Trabajo

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo estudiará la nueva regulación de los despidos colectivos, materia que se enmarca dentro del área de conocimiento del Derecho Laboral. El planteamiento metodológico para desarrollarlo lo he basado en tres aspectos: la lectura de bibliografía de ciencia jurídica, el análisis jurisprudencial y el análisis de derecho comparado.

Toma como base la Reforma Laboral llevada a cabo en España en el año 2012 y se centra en la nueva regulación de los despidos colectivos, prestando una mayor atención a la flexibilización de las causas con respecto a la normativa anterior y a la respuesta que ha suscitado en los Tribunales.

Hace tan solo dos años desde que entró en vigor la Reforma Laboral pero ya son muchas las sentencias que interpretan la nueva normativa resultante de la misma. Aunque la mayor parte de ellas se refieren al novedoso procedimiento establecido para los despidos colectivos, también encontramos bastantes referidas al estudio de sus causas, objeto de este trabajo.

La Ley 3/2012 amplía los supuestos en los que concurren causas económicas al incluir el supuesto de descenso de las ventas e introducir presunciones legales que parecen tener una condición "iuris et de iure", sin descartar otros. Además, se ha pretendido eliminar el criterio de proporcionalidad o finalidad, tal y como se deduce claramente del Preámbulo de la Ley, lo que supondría que para calificar el despido colectivo como "ajustado a derecho" bastaría la concurrencia de la causa sin que, en principio, el Juez pudiera entrar a valorar si la medida adoptada es proporcionada o no.

El legislador no ha incorporado, ni puede hacerlo, todos los supuestos, problemas y dificultades que respecto a la causa que lo motiva podemos encontrarnos en un procedimiento por despido colectivo. Es por ello que los tribunales tienen que desarrollar una labor necesaria de interpretar y aplicar la Ley, de acuerdo con la Constitución y los instrumentos internacionales que nos vinculan. Constructos como los principios generales del Derecho, la justicia social que aparece en el frontispicio del nacimiento del Derecho del Trabajo, e instituciones civilísticas polémicas en su aplicación a nuestra disciplina como el «*pacta sunt servanda*», la buena fe y el abuso del derecho, cobran en la actualidad una importancia inusitada.

Respecto al papel del Juez a la hora de calificar el despido mucho se ha debatido desde la entrada en vigor de la norma, dando lugar a dos posturas que parecen claramente diferenciadas: la de aquellos que apoyan la reforma y con ello, la imposición de un menor margen de interpretación del Juez, y la de los más críticos con la Ley por considerar fundamental el juicio de proporcionalidad para su calificación. Cabe reseñar que la Exposición de Motivos de la Ley señala sobre el control judicial de los despidos que "debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas", por lo tanto, parece eliminar la exigencia de que la medida sea proporcionada.

Por un lado, la primera postura defiende que los jueces no pueden entrar en juicios discretionales sobre el funcionamiento de una empresa privada. Es decir, se sostiene que su papel no es el de enjuiciar la medida adoptada por el empresario, que es quien debe decidir cómo organizar su empresa para lograr los objetivos que tenga fijados. Únicamente deberá comprobar que se ha respetado el procedimiento y, respecto a la causa que motiva la adopción de la medida, que sea empíricamente verificable y que se trate de uno de los supuestos establecidos en la ley, sin entrar a valorar mediante un juicio de proporcionalidad si la medida adoptada es adecuada para el fin.

Por otro lado, y partiendo de la base indiscutible de que la Ley ha restado poder de apreciación a los jueces en la valoración de juicios de oportunidad sobre la gestión empresarial o proyecciones finalistas sobre la necesidad de garantizar la viabilidad de la empresa o el mantenimiento del empleo, la segunda postura del debate defiende que en nuestro sistema los límites constitucionales y principios generales del derecho deben estar siempre presentes y el Juez que conozca del asunto tiene que velar porque no se sobrepasen en los despidos colectivos. De igual modo encontramos juicios de valor ineludibles en la Carta Social de la Unión Europea, como son el de proporcionalidad, adecuación o razonabilidad así como las exigencias promulgadas por la Organización Internacional del Trabajo. Por lo tanto, aunque la Ley pretenda privarles del poder de realizar juicios de valor, sí deberán velar en todo caso por que las causas se adecuen y sean proporcionales a las medidas tomadas mediante los juicios de ponderación pertinentes. Existe, en fin, un modelo constitucional de relaciones laborales que impide que sea válida cualquier opción del legislador ordinario que contravenga nuestra naturaleza de Estado social, y el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE.

Uno de los objetivos que pretendo abordar con el posterior análisis es, tras argumentar en base a la ciencia jurídica y a criterios jurisprudenciales, cuál de estas dos posturas considero más acertada y por tanto si la reforma fue acertada o si por el contrario ha supuesto un retroceso normativo.

Los despidos colectivos se regulan en el marco del Derecho Laboral, que hemos de recordar se trata de un Derecho Social, concepto que se desprende de la propia definición de nuestro estado como democrático y social. Si echamos la vista atrás y observamos la evolución que ha experimentado el Derecho Laboral a lo largo del tiempo, podemos afirmar que ha existido una tendencia a equilibrar las dos figuras del esquema: empresario y trabajador. O lo que es lo mismo, equilibrar dos derechos consagrados en nuestra Constitución: el derecho a la libre empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el derecho al trabajo (art. 35 CE). Otra pregunta que se tratará de resolver en este trabajo es si la reforma laboral sigue persiguiendo ese equilibrio entre las partes o si por el contrario, como parece obvio incluso antes de entrar en un estudio más profundo, la balanza ha quedado claramente decantada en favor del empresario.

2. NORMATIVA

2.1. Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral.

La normativa que introdujo en España la última reforma laboral fue el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral.

En su Exposición de Motivos se justifica la reforma en base a la crisis económica que atraviesa España desde el año 2008 que *"ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español"*. Tras un análisis de los datos de desempleo, haciendo especial hincapié en los relativos a determinados sectores de la población, como los jóvenes o los mayores de 50 años, señala que *"los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos. Las cifras expuestas ponen de manifiesto que las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformadas fallidas."*

El legislador, por lo tanto, justifica la adopción de las severas medidas por *"la gravedad de la situación económica y del empleo descrita"* que *"exige adoptar una reforma inmediata que proporcione a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo"*.

Los objetivos que persigue el Real Decreto-Ley son *"crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores"*.

Una frase de este texto que resulta cuanto menos polémica, en un país donde la tasa del desempleo ronda el 25% de la población activa, donde la tasa de paro entre los jóvenes

menores de 25 años supera el 50% y donde las previsiones no vislumbran un futuro a corto plazo más prometedor, ni aún tras dos años desde la entrada en vigor de la Reforma y tras sucesivos cambios normativos en materia laboral, es en la que se afirma que *"El Gobierno encarna y sirve a los intereses generales y tiene la obligación de garantizar y satisfacer los intereses de todos aquellos que estén buscando un empleo"*, motivo por el cual *"la reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social"*.

Además, se contesta a una de las preguntas que se han planteado en la introducción, si se mantenía el equilibrio entre las dos partes afectadas, trabajador y empresario, al señalar que *"esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos"*. El objetivo pues es concretar si esto es cierto, o como todo apunta, no.

En lo relativo al tema que nos ocupa, la nueva regulación de los despidos colectivos, en la Exposición de Motivos que estamos analizando señala que *"la caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. De ahí seguramente la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consultas como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, ello se ha hecho muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de lo legalmente previsto para este despido. Se desnaturaliza así, en buena medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos."*

2.2. Ley 3/2012 de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral

Con fecha 7 de julio de 2012, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 3/2012 de 6 de julio de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral que venía a sustituir al mencionado anteriormente Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, manteniendo por lo general su contenido pero con algunas salvedades. En lo que al presente trabajo respecta, la novedad más importante es que se perfila, dentro de la causa económica, que la disminución persistente se producirá “*si el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*” quedando modificado el art. 51 ET en estos términos.

La justificación de la modificación normativa que contempla esta Ley tiene la misma base que el anterior Real Decreto-Ley, la acusada crisis económica del país y en especial, la elevada tasa de desempleo. La finalidad y las medidas adoptadas en la Ley se recogen en los párrafos que se reproducen a continuación del Preámbulo de la misma.

“La reforma laboral que recoge esta Ley es completa y equilibrada y contiene medidas incisivas y de aplicación inmediata, al objeto de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país.

La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc. El objetivo es la flexiseguridad. Con esta finalidad, la presente Ley recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, reformando aspectos relativos a la intermediación laboral y a la formación profesional (capítulo I); fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por PYMES y de jóvenes (capítulo II); incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III); y, finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo (capítulo IV).”

2.3. Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de los Despidos Colectivos

Tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012 existía la necesidad de regular el nuevo procedimiento previsto para los despidos colectivos. La tramitación de los mismos no es a priori objeto del presente trabajo por lo que la única referencia que haremos al Reglamento será en la regulación que introdujo en los despidos colectivos en las Administraciones Públicas.

2.4. Normativa modificada

Fueron varias las normas que sufrieron modificaciones con la entrada en vigor de la expuesta Ley, pero en el presente trabajo atenderemos a tres de ellas:

a) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)

Aunque fueron muchos los artículos que se modificaron tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, el artículo que más nos interesa para el objeto de nuestro trabajo es el 51 que versa sobre los despidos colectivos, que en el siguiente apartado se desarrollará atendiendo a las modificaciones experimentadas tanto en el año 2010, momento en el que se introdujo una primera reforma laboral y, especialmente, en el año 2012 con la reforma que nos ocupa.

b) Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

El aspecto más importantes que resultó modificado y que afecta al objeto del presente trabajo fue la modificación del artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyos apartados relativos a los despidos colectivos quedaron redactados del siguiente modo:

"Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

1. La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes.

2. La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos: a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita. b) Que no se ha respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores. c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

5. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión de despido colectivo adoptada por el empresario al finalizar el período de consultas del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores

7. Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma al empresario demandado y le requerirá para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo.

En ese mismo requerimiento, el secretario judicial ordenará al empresario que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia.

En caso de negativa injustificada del empresario a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de tres días, con apercibimiento de que de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán las medidas a las que se refiere el apartado 5 del artículo 75, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante. Al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará recabar de la Autoridad Laboral copia del expediente administrativo relativo al despido colectivo.

10. Una vez firme la sentencia, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones, a los efectos previstos en la letra b) del apartado 11 de este artículo. La sentencia firme se

notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso."

La Disposición Transitoria Undécima señaló su aplicabilidad para "*los despidos colectivos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto ley.*"

Se trata de una modalidad procesal nueva que por ser relativa al procedimiento de tramitación de los despidos colectivos no se enmarca dentro del concreto objeto del presente trabajo por lo que no analizaremos su novedad y repercusión, dejando únicamente señalada la nueva redacción dada al mencionado artículo.

El otro aspecto más importante que se modificó con la introducción de la Ley 3/2012 fue que el control de los despidos colectivos se encomienda a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, sin que resulte necesaria la conciliación ni la reclamación previa, pudiendo plantearse de este modo la demanda directamente ante el órgano jurisdiccional.

Tal medida se recoge en los nuevos artículos 64.1 y 70.1 de la Ley Regulador de la Jurisdicción Social, que quedaron redactados, respectivamente del siguiente modo:

"Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores."

"Se exceptúan del requisito de reclamación previa los procesos relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores."

c) Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social.

La novedad más importante respecto de esta Ley en lo que a despidos colectivos se refiere fue la modificación mediante la Disposición Final Cuarta de la Ley 3/2012 de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011 por la cual se exige una

aportación económica al Tesoro Público a las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 años o más.

La Disposición Transitoria Duodécima establece la transitoriedad de esta medida del siguiente modo: *"Las empresas afectadas por la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que hayan realizado despidos colectivos ya autorizados por la autoridad laboral antes de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, únicamente deberán efectuar las aportaciones económicas a que se refiere dicha disposición cuando las resoluciones que hayan autorizado las extinciones afecten, al menos, a 100 trabajadores."*

El cambio más importante es el umbral de trabajadores, que desciende desde una plantilla mínima de 500 hasta los 100. Además, se concreta la obligación de la aportación en caso de que con anterioridad a la extinción contractual se hubiesen llevado a cabo expedientes de regulación de empleo y se indica también como se ha de realizar el cálculo de dicha aportación.

3. EL DESPIDO COLECTIVO. CONSIDERACIONES GENERALES.

1. Concepto

El art. 51 del Estatuto de los Trabajadores define el despido colectivo como sigue: "*A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:*

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.*

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas."

Por tanto, de la norma se desprende que son dos los criterios necesarios para que un despido sea considerado como colectivo, además de la concurrencia de una de las causas mencionadas en el artículo: el elemento cuantitativo y el elemento temporal.

a) Elemento cuantitativo. Los grupos de empresas.

Para la determinación del elemento cuantitativo, en el mismo artículo se señala que "*Para el cómputo del número de extinciones de contratos [...] se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, cinco.*"

La cuestión principal a la hora de cuantificar el número de despidos es determinar cuál ha de ser la unidad de cómputo del número de trabajadores afectados para sobre esa base fijar cuál es la dimensión del despido colectivo. El artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores menciona el término *empresa*. Por su parte, la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, fija claramente que el cómputo de los trabajadores para determinar un despido colectivo será el *centro de trabajo*.

Si tenemos en cuenta que como se señala en el propio preámbulo de la mencionada Directiva, su finalidad es "*la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los despidos colectivos*" y que, según su artículo 5, "*la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados Miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores*", hemos de entender que dicha Directiva tiene el carácter de contenido mínimo, mejorable por las legislaciones estatales en favor del trabajador.

La conclusión que se desprende de tal circunstancia, apoyada por la STS de 18 de marzo de 2009, rec. 1878/08, es que la unidad de cómputo para los despidos colectivos será la empresa, que será la unidad organizativa sobre la que se contabilizará la plantilla para realizar el cómputo.

En el mismo sentido se pronunció la SAN de 25 de julio de 2012, nº 30/2012, que declaró la nulidad de un expediente de regulación de empleo, así como de los otros dos ERES aprobados en dos centros de trabajo de la misma empresa, puesto que no se respetó el cómputo de la plantilla total de la empresa, y la SAN de 28 de septiembre de 2012 nº 106/2012, al señalar que "*si el grupo de empresas que funciona con caja única y tiene pérdidas en las condiciones exigidas en el convenio, la empresa real las tiene en esas condiciones, pues si toda la construcción del grupo de empresas tiene por objeto adecuar a los términos reales, económicos y organizativos la efectividad del empresario, levantando el velo de la ficción jurídica, es obligado seguir el mismo criterio a la hora de calificar la marcha económica de la empresa*".

Sin embargo, el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de los Despidos Colectivos, parece recoger la posibilidad de opción de la empresa al respecto al señalar en su art. 27.2 que "*cuando el procedimiento afecte a varios centros de trabajo, deberá concretarse si la negociación se realiza globalmente para la totalidad de los centros de trabajo de la empresa o de*

manera diferenciada por centros de trabajo" (art. 27.2). Sin embargo, en el art. 28.3 se establece que "si el procedimiento afectase a varios centros de trabajo y se hubieran formado tantas comisiones negociadoras como centros afectados, se considerará que se ha alcanzado acuerdo en el periodo de consultas únicamente en los centros de trabajo donde haya votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora de cada centro". La conclusión parece clara: el ámbito de cómputo será la empresa en su conjunto y no el centro de trabajo de forma aislada.

En este sentido y para clarificar ante qué supuestos nos encontramos, resulta interesante hacer una sucinta referencia a los «grupos de empresas», que no cuentan con una regulación específica en nuestro ordenamiento y sin embargo, en la normativa que estamos manejando, se hace referencia directa a los mismos al regular, entre otros, los despidos colectivos, por lo que las dificultades aplicativas que de ello se derivan resultan evidentes.

Según el art. 42.2 del Código de Comercio *"existe un grupo cuando un sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta."*

La jurisprudencia social, sin embargo, ha venido sosteniendo que la existencia de un grupo mercantil no tiene por qué constituir por sí mismo un grupo de empresas. En este sentido se pronunciaba en la STS de 30 de enero de 1990 RJ 1990\233 al señalar que *"no es suficiente que concorra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales."*

Debemos recordar que la teoría del grupo de empresas laboral o patológico es un construcción jurisprudencial. Los criterios que se ha utilizado para determinar la existencia de un grupo laboral han sido los siguientes¹:

- Unidad de dirección, que concurrirá en aquellos casos en los que las sociedades que conforman el grupo no actúan de forma independiente, sino dirigidas por la sociedad dominante.
- Confusión de plantillas, prestando los trabajadores de forma habitual simultánea o sucesiva sus servicios para varias empresas del grupo lo que implica además una facturación cruzada.
- Creación de empresas sin sustento real con el fin de evitar responsabilidades laborales.
- Confusión de los patrimonios y propiedades de las integrantes.
- Apariencia externa de unidad empresarial.

Estos criterios serán los que deban ser teniendo en cuenta a la hora de calificar si nos encontramos ante un supuesto de grupo de empresas con la repercusión que ello tiene en el cómputo de trabajadores a tener en cuenta para tramitar los despidos colectivos.

b) Elemento temporal

En cuanto al elemento temporal, según se establece en el primer apartado del art. 51 ET, “se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días...”. El período de tiempo a tener en cuenta será “un período de noventa

¹ STS de 10 de julio de 2008, Rec. 139/2005 (RJ 2008/4446)

días" que se computará por períodos sucesivos fijando un día concreto en el que se inicie tal cómputo «*dies a quo*», que coincidirá con la fecha de extinción del primer contrato de trabajo, y respecto de éste se fijará el posterior en noventa días «*dies ad quem*» o día final del plazo.

En el último párrafo del artículo 51.1 ET se añade un inciso al señalar que "*cuando en periodo sucesivos de noventa días [...] con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.*"

Numerosas sentencias han estudiado pormenorizadamente la cuestión del fraude de ley en el cómputo de los noventa días que establece el artículo 51 ET. El criterio jurisprudencial definitivo parece ser el que se recoge, entre otras, en la STS de 23 de abril de 2012 nº 4641/2012, según la cual "*para delimitar lo que llama despido colectivo y obligar a la tramitación de un expediente de regulación de empleo, dado que el precepto citado [art. 51 ET] no establece como debe hacerse ese cómputo: si hacia atrás, esto es mirando a lo acaecido en el periodo de tiempo anterior; si mirando hacia el futuro, esto es iniciando el cómputo el día de la extinción hacia adelante o si cabe el cómputo simultáneo hacia el pasado y hacia el futuro, siempre que se computen noventa días y que todas las extinciones contractuales, sobre todo las controvertidas, queden dentro de ese periodo o si finalmente, deben computarse los noventa días anteriores al despido y posteriores*" y por tanto, interpretando de forma lógico sistemática el artículo en controversia, la regla general sobre el cómputo temporal del número de extinciones contractuales producidas será "*en un periodo de noventa días*".

Según concluye la citada sentencia en relación con el último inciso mencionado del art. 51.1 ET "*la norma antifraude del último párrafo del art. 51-1 ET no puede fundar su éxito de la acción ejercitada por el actor porque, conforme al último inciso de la misma, sólo se consideran fraudulentas y nulas las "nuevas extinciones", esto es, las posteriores al cese del actor, las correspondientes al periodo de noventa días que empezó a correr cuando se extinguió su contrato. Esta solución es lógica porque hasta que no se producen "nuevas extinciones" no se superan los límites que determinan la*

calificación del despido como colectivo, razón por la que la norma sólo sanciona con la nulidad las extinciones que se demoraron para no superar los umbrales dichos, siempre que, además, no se justifiquen por otras causas".

Por lo tanto, la conclusión a la que debemos llegar es que serán declaradas en fraude de ley y por tanto se calificarán como nulas, aquellas extinciones contractuales que se demoren premeditadamente en el tiempo para evitar coincidir en el período de referencia de noventa días con otras extinciones, que de sumarse a éstas, superarían los umbrales previstos para el despido colectivo y por tanto deberían sujetarse a los trámites del mismo.

2. Transitoriedad en la aplicación de la reforma

Según se establece en la Disposición Transitoria Décima de la Ley 3/2012 "*1. Los expedientes de regulación de empleo para la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, o para la reducción de jornada que estuvieran en tramitación a 12 de febrero de 2012 se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio. 2. Los expedientes de regulación de empleo para la extinción o la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada, resueltos por la Autoridad Laboral y con vigencia en su aplicación a 12 de febrero de 2012 se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente."*"

Nos encontramos por lo tanto ante tres supuestos diferenciados por el momento temporal en los procedimientos de despidos colectivos:

1. Los despidos colectivos que ya estuvieran tramitándose antes del 12 de febrero de 2012, que se regirán por la normativa vigente en el momento que se inició la tramitación del procedimiento.
2. Los despidos colectivos sobre los cuales ya hubiera recaído resolución de la Autoridad Laboral a 12 de febrero de 2012, que se regirán por la normativa en vigor en el momento de la resolución del expediente.
3. Los despidos colectivos iniciados con posterioridad al 12 de febrero de 2012, a los cuales se les aplicará la normativa estudiada modificada tras la Reforma Laboral de 2012.

4. EL DESPIDO COLECTIVO. CAUSAS.

El empresario puede fundar su decisión extintiva, ya sea colectiva o individual, en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Las causas económicas se vinculan con la rentabilidad de la actividad en su conjunto, mientras que las restantes se refieren a la productividad o eficiencia de la empresa, entendiendo productividad como aquella capacidad de optimizar los recursos de los que disponga de forma que el uso dado a los mismos sea el mejor posible. Las causas técnicas y productivas toman como referencia unidades productivas fácilmente delimitables, mientras que las organizativas pueden tener su origen desde organización empresarial en su conjunto hasta un puesto individualizado de trabajo pasando por sectores o departamentos aisladamente considerados dentro de la empresa.

A las causas económicas y productivas se las considera causas pasivas por cuanto aparecen independientemente de la voluntad del empresario y por tanto sin tener en cuenta si la gestión empresarial ha sido o no deficiente, salvo fraude de Ley. Las causas técnicas y organizativas se consideran activas puesto que responden a una decisión empresarial de cambio en la organización o de introducción tecnológica.

Desde el 12 de febrero de 2012 la definición dada a las causas cambió, lo que supuso una profunda reformulación de los conceptos anteriores. Las principales novedades fueron la eliminación de los elementos valorativos y finalistas que se incorporaban necesariamente a su calificación, así como del sometimiento de la decisión extintiva a un juicio de razonabilidad.

Tras la Reforma ya no se persiguen con los despidos objetivos futuros sino que se permite al empresario adecuar la plantilla a una situación actual de la empresa, situación que como hemos visto toma en consideración períodos relativamente cortos, incluso coyunturales o de una entidad muy pequeña, que en muchas ocasiones difícilmente justificarían las medidas adoptadas, especialmente cuando hablamos de despidos colectivos que afectan a un número importante de trabajadores. Es por ello que se hace necesaria una adecuación de los jueces en la constatación y valoración de la causa, no sólo formal, sino también material, y su aplicación no antijurídica o antisocial. Debe haber un gradiente en el que el nivel de exigencia para las medidas extintivas sea superior al de la adopción de medidas de flexibilidad interna.

La Ley defiende que el cómo afecten las extinciones colectivas de contratos de trabajo a la organización o economía de la empresa es una cuestión de estrategia empresarial que el legislador expresamente desea eliminar de la supervisión e interpretación judicial.

4.1. Reforma de 2010

La reforma laboral que tuvo lugar en España en el año 2010 fue introducida por el RDL 10/2010. Al igual que ha ocurrido con la estudiada reforma de 2012, la de 2010 ya introdujo novedades importantes en cuanto a las causas legalmente establecidas para la tramitación de los despidos colectivos y sobre la prueba de la funcionalidad de la medida.

El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores hasta su modificación en el año 2010 definía la concurrencia de causas alegables para la tramitación de un despido colectivo como sigue: *"Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo [causas alegables para la tramitación de un despido colectivo] 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."*

La novedad fundamental del Real Decreto-ley 10/2010 fue el nivel de exigencia de justificación de la causa alegada, que era mayor cuando aquélla era económica. Hasta su entrada en vigor, la redacción normativa al respecto señalaba que la causa alegada tenía que superar una situación económica negativa de la empresa y tras la reforma se exigía que la empresa tuviera que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deducía mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva.

La situación de concurrencia de causas económica, tras numerosas críticas durante la fase de tramitación de la Ley por su ambigüedad y carácter abstracto, quedó definida del siguiente modo en aquella reforma: *"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."

Por lo tanto, la definición de las causas supuso una tipificación tasada de tres supuestos por los que una empresa podía justificar con base económica el despido colectivo: pérdidas actuales, pérdidas previstas y disminución persistente del nivel de ingresos.

Muy importante y acertada fue la explícita exigencia de razonabilidad de la decisión extintiva, lo que implicaba un necesario juicio de proporcionalidad entre la causa alegada y la medida adoptada, exigencia que como ya hemos apuntado con anterioridad y como veremos a continuación con más detalle ha desaparecido formalmente en la normativa actual. Y aun con ello, deberemos analizar si esa desaparición del derecho positivo supone, consiguientemente, su erradicación del Derecho del Trabajo, o simplemente ello no es posible

La mayor novedad en la redacción del precepto era la introducción a la referencia de las pérdidas previstas y por lo tanto futuras, lo cual supone en cierto modo un contrasentido, puesto que se exige justificación fehaciente de la causa alegada y a su vez se permite alegar un hecho futuro que será difícil de probar.

En cuanto a la disminución persistente del nivel de ingresos cabe señalar que se hacía referencia a la facturación de la empresa y no necesariamente a la disminución de los ingresos, supuesto que sí era contemplado en la normativa anterior en la que se hablaba de disminución de los beneficios.

La causa que alegase el empresario no podía ser indeterminada ni genérica, y como indicaba la doctrina unificada en este punto *"no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota"*².

En los despidos colectivos basados en causas económicas, el empresario tenía que cargar con la prueba de la concurrencia de una situación económica negativa de forma efectiva en el juicio y de no ser así, el despido debía calificarse como improcedente, sin necesidad de continuar con la valoración de funcionalidad o proporcionalidad.

² STS de 30 de marzo de 2010, rec. 1068/2009 y STS de 30 de septiembre de 2010, rec. 2268/2009

Algunos expertos como Javier Rubio³ o Miguel Rodríguez Piñero⁴ consideraban que los supuestos contemplados legalmente como causa económica abarcaban toda situación empresarial excepto la de beneficios constantes. La flexibilización de las causas ya fue en el 2010 tremadamente importante y sentó las bases de la ahora estudiada reforma de 2012. Pero a diferencia de ésta última, sí que se requería razonabilidad en la medida adoptada mediante la justificación de la misma, pero el grado de exigencia disminuyó también de forma notable en ese punto, puesto que en la normativa anterior se exigía acreditar que el despido contribuía a superar una situación negativa de la empresa y no solo a que era razonable llevarlo a cabo.

Respecto del ámbito material en el que debía demostrarse la situación económica negativa, cuando la empresa estaba constituida por un único centro de trabajo no presentaba problemas, pero la Ley no era clara cuando esta situación se daba en un grupo de empresas. La doctrina entendía en estos casos que el ámbito referencial era el conjunto de la empresa y no el centro de trabajo de forma aislada, de igual modo que como ya se ha apuntado con anterioridad, se entiende en la normativa vigente.

En cuanto a las causas técnicas, organizativas y de producción las novedades fueron menores, y la redacción de la Ley definía su concurrencia del siguiente modo: *"Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzca cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistema y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda."*

³ Rubio Arribas, J. "Consecuencias sociales y laborales de la desregulación del mercado de trabajo". Revista Nómadas: revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Complutense de Madrid. Vol. 38. 2013

⁴ Rodríguez Piñero, M. "La aplicación de la Reforma Laboral". Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica". Vol. 12. 2013.

Respecto de las causas recogidas legalmente que no necesitan acreditar una existencia de situación económica negativa, el criterio jurisprudencial necesario para que pudiera tramitarse un despido colectivo por esta vía era que existieran problemas de gestión o una pérdida de eficiencia en las áreas de la empresa en las que pudiera probarse una posibilidad real de mejora.

Como ya se ha comentado, con anterioridad al 2010 el texto legal no recogía los elementos necesarios para la realización de un juicio de causalidad formal. Sin embargo, la doctrina sostenía que la causa que motivaba el despido no eran los cambios técnicos, organizativos o de producción sino las dificultades que estos cambios generaban en la gestión de la plantilla de la empresa.

La prueba de estas causas resultaba más compleja puesto que mientras una situación económica negativa es fácilmente demostrable mediante documentación contable, la prueba de problemas de gestión o eficiencia de los recursos humanos de la empresa era mucho más complicada. La jurisprudencia, como ya venía defiendo antes de la entrada en vigor de la norma en 2010, entendía que los problemas debían ser "*actuales, perceptibles y objetivables en el momento de la extinción y no meramente hipotéticos*"⁵.

En la STS 10.05.2006, rec. 725/2005 se señalaba al respecto que la concreción de los problemas de gestión u organización empresarial "*se reflejan normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado en los productos o servicios, etc.*"

El ámbito de referencia en el que debían probarse los problemas de gestión u organización, a diferencia de en los supuestos en los que se alegaba una causa de tipo económico, era el centro de trabajo o incluso sector dentro de éste en el que existían los problemas según doctrina unificada.

Una vez quedaba probada la concurrencia de causa legal, fuera del tipo que fuera, había que acreditar la necesidad de amortizar los puestos de trabajo. Es decir, no bastaba con que concurriera causa legal sino que además la medida adoptada debía ser necesaria para el mantenimiento de la actividad empresarial.

⁵ STS de 17 de mayo de 2005, REC. 2363/2004

4.2. Reforma de 2012

Además de en asuntos procedimentales, donde los trámites para llevar a cabo un despido colectivo han sufrido importantes cambios tras la Reforma del 2012, sin duda el otro aspecto más novedoso ha sido la flexibilización de las causas legalmente establecidas para llevarlo a cabo.

Como ya se expuso en la introducción, el presente trabajo tiene como objetivo principal determinar si tal flexibilización es acorde con los objetivos que se fijan en la Exposición de Motivos de la Ley que la introdujo, estos son, mejorar la pésima situación actual del mercado laboral en España y disminuir las cifras de desempleados, algo que en principio parece contrario a una flexibilización externa como la promulgada.

La necesidad de justificar la adopción de la medida adoptada por parte del empresario ha desaparecido de la redacción normativa, pero ello no implica que tal exigencia haya desaparecido de entre las apreciaciones a realizar por el Tribunal que conozca del despido colectivo. Por lo tanto, el empresario no queda exonerado de demostrar que los hechos en los que se funda la extinción son verídicos, puesto que en caso de no quedar suficientemente acreditada la concurrencia de causa legal la sentencia declarará no ajustada a derecho la extinción.

a) Causas Económicas

De la nueva redacción de la causa económica se deduce que han tratado de objetivarse al máximo los supuestos, eliminando ciertos elementos incluidos en la redacción anterior que podían dotar de cierta incertidumbre a la decisión empresarial, lo que a su vez flexibiliza en gran medida las causas y limita la discrecionalidad judicial.

En la redacción actual de la Ley se establece que *"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 ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre en inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior."* Como ya hemos visto en el apartado anterior, en la redacción dada a este precepto tras la reforma de 2010, a la hora de hablar de la

disminución de ingresos se hacía referencia a aquella *"que pueda afectar a su viabilidad o su capacidad de mantener el volumen de empleo."*

Aunque en principio el precepto puede ser entendido como una lista cerrada de supuestos en los que cabe entender que existe una situación económica negativa, la expresión *"en casos tales"* que la precede parece oponerse a esta idea. Por lo tanto, cabe deducir que el listado legal tiene carácter ejemplificativo y no taxativo, aunque resulta difícil de imaginar otros supuestos no subsumibles en los contemplados en los que se apreciase una situación económica negativa.

Si atendemos a la función de la medida extintiva podemos encajar los tres supuestos enumerados en dos finalidades: mientras que en los casos de pérdidas actuales o de disminución persistente del nivel de ingresos o de ventas la finalidad de las extinciones contractuales es reactiva a una situación actual, la que se persigue en caso de previsión de pérdidas futuras es preventiva, para tratar de paliar una situación previsiblemente peor de la existente en el momento de adoptar la medida.

El primer elemento cuya existencia se requiere para amparar un despido colectivo en la existencia de causas económicas es que la empresa atraviese por una situación económica negativa. La principal novedad a este respecto, es que ya no se exige que la situación económica negativa de la empresa afecte a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo que tenía, ni que tenga que acreditar los resultados alegados y justificar que de la medida adoptada se deduce razonabilidad en la decisión extintiva para preservar su situación en el mercado o para mejorar su competitividad. Se ha querido desvincular absolutamente la extinción y la finalidad de supervivencia de la empresa, aunque la reciente STC 16 julio 2014 rec. 5603/2012, curiosamente, para legitimar la constitucionalidad de la reforma laboral, en recurso de constitucionalidad 5603-2012, promovido por el Parlamento de Navarra, alude a que dichas medidas estas justificadas en tanto que facilitan la supervivencia de la empresa y el mantenimiento del empleo, con lo que indirectamente descalifica el contenido del Preámbulo de la Ley 3/2012.

Sin embargo, el hecho de que la empresa atraviese una situación económica negativa no puede ser por sí solo legitimador del despido colectivo. La justificación, según entendió el TSJ Madrid en su sentencia de 9 de marzo de 2013, se tiene que realizar mediante tres pasos y tiene que encaminarse a comprobar la veracidad y entidad de la causa alegada

así como de la funcionalidad de la medida adoptada: a) la acreditación de la existencia de la situación económica negativa; b) la evidencia de que esa situación tiene la entidad necesaria como para afectar al volumen del empleo, y que resulta imprescindible la extinción de los contratos de trabajo o bien el cese total de la actividad y c) probar que la medida adoptada es adecuada a la necesidad.

Según señala la Magistrada Segobiano Astaburuaga⁶ "con la nueva redacción parece que el legislador ha pretendido que dicho control [el judicial] se limite a examinar si concurren los requisitos formales y las causas alegadas, sin consideración alguna acerca de si la medida es o no razonable para preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado, o para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa, o a mejorar la situación de la misma, a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado, o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. No podemos olvidar, sin embargo, que al hablar de las causas económicas la norma dispone que se entenderá que concurren las mismas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa [...] por lo que el control judicial también habrá de referirse a este extremo."

En el mismo sentido, la también Magistrada Arastey Sahún⁷ "se pretende así una objetivación de las causas que se confunde, en el espíritu, con la automaticidad de la calificación del despido. Es éste un punto de la reforma que ya apunta al fracaso de uno de sus objetivos, puesto que no hay duda de que a la voluntad de intervenir en ese control judicial no puede admitirse nunca en detrimento de la tutela judicial y que, solicitada ésta, la función del juez no será nunca la del mero estampillado de la decisión empresarial. Todo análisis sobre la causa, o sobre los hechos que constituyen la causa, llevará implícito un juicio de razonabilidad de la misma."

La segunda novedad es la aclaración de lo que se entiende por disminución en el nivel de ingresos o ventas, que según se ha determinado legalmente, se entenderá que concurre si se produce durante tres trimestres consecutivos, si bien aclara que el nivel de ingresos tenidos en cuenta será el de los ordinarios y que la comparativa se realizará

⁶ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. "Jurisprudencia tras la reforma laboral", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm.12, 2013.

⁷ ARASTEY SAHÚN, L. "El procedimiento de despido colectivo y su control judicial", *Ciclo de debates laborales*. Barcelona, 03 de junio de 2013.

trimestralmente tomando como referencia el mismo trimestre el año anterior. De ese inciso cabe deducir que el hecho de que la empresa obtenga beneficios no impide que su situación económica pueda ser calificada como negativa si sus cifras de negocios descienden de forma persistente o se auguran pérdidas futuras.

Por lo tanto, en este sentido, la flexibilización de la causa ha sido importante al acoger el nuevo precepto una noción amplia de las causas económicas en las que se puede fundamentar un despido colectivo, hasta el punto de no ser necesaria la concurrencia de resultados negativos, bastando una reducción continuada de los ingresos ordinarios o de las ventas, incluso una previsión de pérdidas. De cualquier modo esas pérdidas, ya sean presentes o futuras, deberán probarse y evidenciar un decrecimiento del nivel de ingresos o ventas. Ahora bien, especialmente cuando la decisión extintiva se ampare en la previsión de pérdidas futuras, será difícil probar su prueba, pudiendo el empresario aprovechar la laxa redacción del precepto para su conveniencia empresarial y conseguir aumentar su beneficio a costa de una reducción de empleo fácilmente englobable en la Ley.

b) Causas técnicas, organizativas y de producción

Tanto en el precepto anterior como en la redacción actual se señala que concurren causas técnicas "*cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.*"

La diferencia radica en que con anterioridad a la Reforma, se añadía en dicho precepto que "*A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de algunas de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a la exigencias de la demanda.*"

Por lo tanto, la delimitación de las tres situaciones descritas se ha mantenido de idéntica forma con la salvedad de que ya no se exige tampoco en estos supuestos que la empresa justifique que de las mismas se deduce razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir un empeoramiento de la situación de la empresa o para mejorar, con tal medida, una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición en el mercado aumentando su competitividad o suponga una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Parece razonable en este supuesto también, valga la redundancia, exigir razonabilidad en la medida y probar la necesaria conexión de funcionalidad.

Según señaló el Magistrado Desdentado Bonete en varias de sus sentencias⁸, para que el despido pueda ser aceptado, y aunque legalmente no se requiere, la justificación debería basarse en tres aspectos:

- a) Acreditar que existe una innovación técnica u organizativa
- b) Acreditar que esa innovación hace innecesario un determinado número de trabajadores, y
- c) Acreditar que la innovación introducida tiene una justificación en términos de gestión empresarial.

Sobre la causa productiva señala que él la considera una causa económica, por cuanto consiste en una disminución de la demanda de los productos de la empresa que repercute inevitablemente en sus ingresos, pero también en su nivel de producción, lo que reducirá el número de trabajadores necesarios en la empresa. Por lo tanto, y sosteniendo que sigue siendo necesaria la justificación de la medida también en este punto, señala que para considerar razonable la medida habrá que acreditar además de la caída de la demanda, la caída en el nivel de empleo.

c) Fuerza mayor

Los requisitos que han de darse para que la fuerza mayor sea causa alegable para dar inicio a un procedimiento de despido colectivo son los siguientes:

⁸ STS de 26 de abril de 2012, rec. 3734/2011 y STS de 14 de mayo de 2013, rec. 1459/2012

- a) Que el hecho que haya generado la fuerza mayor haya tenido un carácter extraordinario.
- b) Que tal hecho haya sido de inevitable producción para el empresario, deslindándole de toda voluntad de iniciar el procedimiento. Se excluyen como supuestos constitutivos de fuerza mayor la imposibilidad provisional y la temporal o coyuntural.
- c) Que la fuerza mayor sea constatada por la Administración para desplegar eficacia en el ámbito jurídico laboral.

Hay dos tipos tradicionales de fuerza mayor: la fuerza mayor propia que es aquella causada por un agente externo imprevisible o previsible pero inevitable, como los fenómenos meteorológicos extremos tales como inundaciones, y la fuerza mayor impropia, que obedece a factores internos a la actividad empresarial pero ajenos a la voluntad del empresario, como pueden ser entre otros una huelga salvaje, una avería de gran entidad o la falta de suministro prolongada en el tiempo. En ambos tipos de fuerza mayor se mantiene la necesidad de autorización administrativa previa para tramitar un despido colectivo por esta causa.

La causa de fuerza mayor está siendo prácticamente inexistente en los procedimientos judiciales por despidos colectivos, quizá precisamente porque la flexibilización de las causas ha sido tan amplia que cualquier situación empresarial, exceptuando casi únicamente la de unas ganancias espectaculares, cabe en los otros supuestos, bien sea por motivos económicos o bien por causas técnicas, organizativas o de producción.

Por ello es que el análisis de esta causa se basará únicamente en una mención de supuestos que a lo largo de los años han sido calificados por la jurisprudencia -no únicamente social- como casos de fuerza mayor, y otra de supuestos que aunque pudieran alegarse como tales, no se han sido calificados de tal modo.

Por un lado, han sido calificados como causa de fuerza mayor que justifica las extinciones de los contratos laborales:

- a) Catástrofes naturales como incendios, salvo que sean previsibles en atención a la naturaleza de la actividad y pudieran haberse evitado con las oportunas medidas de seguridad⁹
- b) Liquidación judicial de una empresa¹⁰
- c) Denuncia sobre la concesión otorgada para la apertura de una cafetería en una estación de RENFE sin posibilidad de recolocación en otro lugar¹¹

Por otro lado, no se apreció situación de fuerza mayor como causa extintiva en los siguientes supuestos:

- a) Terminación de una concesión administrativa¹²
- b) Pérdida del cliente principal de una empresa¹³
- c) Fallecimiento del titular de la empresa¹⁴
- d) Fin del plazo de un contrato de arrendamiento de local en el que se desarrolla la actividad empresarial¹⁵

4.3. Comparativa europea

La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de junio de 1998, referente a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros sobre despidos colectivos, es la norma básica sobre la regulación de los despidos colectivos, que todos los estados de la Unión Europea debían transponer en sus legislaciones nacionales y es el fundamento de que necesariamente se encuentren aspectos comunes en los diferentes países marcados por esta Directiva.

En una sociedad como la actual y en un país como España, inmerso en un contexto europeísta y amarrado de pies y manos a órdenes y controles supranacionales, parece interesante realizar una comparativa de las circunstancias por las cuales se admitirá la

⁹ TS cont-adm de 28 de octubre de 1998, 30816/1998

¹⁰ TSJ Castilla la Mancha de 27 de diciembre de 2013

¹¹ TS cont-adm de 16 de mayo de 1995

¹² TS cont-adm de 19 de octubre de 1994, 12125/1994

¹³ TS cont-adm de 7 de marzo de 1995

¹⁴ TS cont-adm de 9 de febrero de 1999, 3619/1999

¹⁵ TS por unificación doctrina de 8 de julio de 2008, núm. 1857/2007

decisión extintiva colectiva en diferentes países europeos: Alemania, principal motor de la economía europea; Francia, nuestro vecino más próximo, e Italia, país europeo de entre los que de forma más acusada están sufriendo la crisis actual, al igual que España.

En los cuatro países analizados rige el principio de causalidad del despido aunque de las causas legales establecidas se desprenden diferencias notables por lo que a continuación se muestran brevemente las exigencias normativas en cada uno de estos estados miembros.

En principio cabe destacar que la legislación **española** resultante de las reformas de 2010 y 2012 del Estatuto de los Trabajadores, es la más extensa respecto a la concreción de la causa. Como ya hemos señalado y como se manifiesta en la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se ha pretendido despojar a los jueces de su facultad de apreciación y se apuesta por una defensa de estos despidos como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, técnicos, organizativos, o de producción.

Teniendo, por un lado, el establecimiento de *causas económicas* cuando los resultados de la empresa la ubiquen en una situación económica negativa (ya sea por pérdidas actuales o previstas, o por la disminución en el nivel de ventas o ingresos, calculados durante tres trimestres consecutivos, en relación al mismo trimestre del año anterior). Por otro lado, por *causas técnicas* debemos entender los cambios producidos en el ámbito de los medios o instrumentos de producción. Por *causas organizativas* se atienden a los cambios producidos en los sistemas y métodos del trabajo personal, o en el modo de organizar la producción. Finalmente, por *causas productivas*, concebiremos aquellas variaciones en la demanda de productos o de servicios que pretenden colocarse en el mercado.

En contraposición la normativa **alemana** (*Kündigungsschutzgesetz de 25 de agosto de 1969 y arts. 112 y 112a Betriebsverfassungsgesetz, de 21 de septiembre de 2001*), exige para poder llevar a cabo un despido colectivo que se prueben las «necesidades empresariales urgentes». Por tanto, a diferencia del ordenamiento español, no cabría en el sistema alemán una extinción a causa de cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, de los sistemas o métodos de trabajo del personal, en el modo de organizar la producción o en la demanda de bienes o servicios, excepto si dicho despido colectivo se acredite que tuviera la consideración de urgencia.

Por tanto, se evidencia que la normativa española es más permisiva que la alemana en este campo si bien se deja un importante margen de apreciación en el juez en la legislación alemana respecto a la “urgencia” de la medida extintiva en torno a las causas económicas. Por tanto, cabe alegar una decisión organizativa del empresario por necesidades empresariales urgentes, pero que no se concretan en la normativa por lo que el espectro de situaciones puede ser muy amplio.

Los umbrales que exige la Ley alemana para que un despido tenga la consideración de colectivo son muy similares a los fijados en la Ley española. Así, se entenderá por despido colectivo el que afecte en un período de 30 días (en este punto sí que hay diferencia, frente a los 90 días tomados como base en nuestra normativa) a 5 trabajadores en empresas que empleen entre 20 y 60 trabajadores; al 10% de los trabajadores en empresas que empleen a más de 60 y menos de 500; y al menos a 30 trabajadores en empresas de más de 500.

Por otra parte, la determinación del despido colectivo en **Italia** (*Artículo 24 de la Legge 223/1991, de 23 de julio, Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altri dispostizioni in materia di mercato del lavoro*), es ligeramente más genérica, ya que sólo prevé que podrán llevarse a cabo extinciones de contratos como consecuencia de una reducción, transformación o de la cesación de la actividad empresarial. Al igual que cabe destacar que toda la normativa en materia de despidos colectivos no es de aplicación a las empresas de menos de 15 trabajadores.

Tendrá la consideración de despido colectivo en Italia aquel que afecte en un período de 120 días como mínimo a 5 trabajadores en empresas de más de 15. Se separa la normativa italiana en este punto de la fragmentación de los umbrales atendiendo a la plantilla de la empresa recogida en los sistemas español y alemán.

Del mismo modo el ordenamiento **francés** (*Arts. L-1233 y siguientes del Code du Travail*), contiene una definición de las causas del despido colectivo considerablemente abstracta, indicando en su Código de Trabajo que las dificultades económicas o las mutaciones tecnológicas podrán justificar la extinción de contratos. Siendo destacable la particularidad de que entra en consideración el rechazo por parte de diez o más trabajadores sobre las modificaciones que el empleador pretenda introducir en los contratos con las mismas causas. Al igual que se exige que como «condición previa», la

empresa haya hecho «todos los esfuerzos de formación y de adaptación del trabajador» y que no sea posible la recolocación en el seno de la empresa.

Al igual que en la norma de Italia, no se fragmenta por umbrales según el número de trabajadores de la empresa sino que independientemente de éste, se considerará despido colectivo aquel que afecte en un período de 30 días como mínimo a 10 trabajadores.

5. EL DESPIDO COLECTIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

5. 1. Concepto

La DA20^a del Estatuto de los Trabajadores que fue añadida por el Real Decreto Legislativo contempla la aplicación del despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público. Tanto en el RDL como en la Ley 3/2012 se hace referencia al incluir esta modalidad en las Administraciones Públicas al art. 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, en el cual se señalan las categorías de entes, entidades y organismos que gozan de carácter público y por tanto son éstos los que pueden acogerse a esta figura de extinción colectiva.

Según se establece en el art. 35 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, se entiende que nos encontramos ante un despido colectivo dentro de una Administración Pública en aquellos casos que, en un periodo de noventa días, tal extinción afecte, al menos, a:

- a) Diez trabajadores, en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la Conserjería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que éstas determinen, entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes y organismos dependientes de ellas, que ocupen al menos a cien trabajadores.
- b) El 10% de la plantilla en los Departamentos Ministeriales, entes u organismos dependientes de la Administración General del Estado o vinculados a ésta, en la Conserjería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que éstas determinen, entes y organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la Conserjería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que éstas

determinen, entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Para la computar el número de trabajadores se tendrán en cuenta a la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente.

Una cuestión importante en la regulación de estos despidos es que se contempla una prioridad de permanencia, aunque se añade que solo cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades en los que se va a llevar a cabo la extinción. Los posibles beneficiarios de la prioridad de permanencia serán los trabajadores del personal laboral fijo que hubieran adquirido esa condición de acuerdo con los principios de capacidad, mérito e igualdad mediante un procedimiento de selección convocado para tal fin.

5.2. Causas

a) Causas económicas

Se entenderá que concurren causas económicas que puedan dar lugar a un despido colectivo en una Administración Pública cuando se produzca en la misma una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. La situación de insuficiencia presupuestaria existirá, en todo caso, cuando se prolongue durante al menos tres trimestres consecutivos.

Para determinar la existencia de causa económica para los sujetos incluidos en el art. 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurre insuficiencia presupuestaria cuando se den los siguientes presupuestos:

- a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, organismo, ente o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario
- b) Que los créditos del Departamento de Transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo, entidad o sus créditos, se hayan

minorado en un 5% en el ejercicio corriente o en un 7% en los dos ejercicios anteriores.

Deberán tenerse en cuenta tanto las minoraciones efectuados en el Presupuesto Inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria.

La documentación que deberá aportar la Administración Pública para probar la existencia de causa económica será la siguiente:

- Memoria explicativa de las causas económicas que acrediten la situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes.
- Presupuestos de los dos últimos ejercicios, en los que deberán constar los gatos de personal y si los hubo, las modificaciones de los créditos presupuestarios.
- Una certificación del responsable de la oficina presupuestaria u órgano contable donde conste que concurre la causa alegada.
- Una relación de la plantilla de personal laboral del organismo o ente del que se trate.
- El Plan de Ordenación de Recursos Humanos, si se trató.
- Cualquier otra medida que justifique la medida extintiva adoptada.

b) Causas técnicas u organizativas

Por su parte, se entenderá que concurren causas técnicas en una Administración Pública cuando se produzcan cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, entre otros. Concurrirá causa organizativa cuando se produzcan cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público, entre otros.

En caso de que la causa alegada sea técnica u organizativa, el único documento que se deberá presentar para probar la existencia de la misma será una memoria explicativa que acredite la concurrencia de la causa esgrimida.

5.3. Valoración

Sin entrar a estudiar el procedimiento del despido colectivo en las Administraciones Públicas, materia que no se corresponde con el objeto propio del presente trabajo centrado en las causas legalmente establecidas para iniciar tal medida extintiva, sí que considero relevante apuntar un aspecto que me parece importante respecto a la especial tramitación de este tipo de despidos en las Administraciones Públicas.

Tal aspecto ya fue fuertemente criticado por los Sindicatos en el trámite de alegaciones al Real Decreto que introdujo el Reglamento mencionado y lo ha sido también tras su entrada en vigor por otros sectores. Se trata de la presunción que se otorga a la Administración Pública por la que se parte de la premisa de que la extinción es inevitable por partir de una Administración. Sin embargo, existe más formalidad y son mayores las garantías para los trabajadores en el sector público que en el privado. Además, se han fijado unos criterios relacionados con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esa condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Dos sentencias destacables que resuelven sobre despidos colectivos tramitados en el Sector Público son la del ente Telemadrid¹⁶, que se analiza posteriormente dentro del análisis de la jurisprudencia por causas económicas, y la del ente de RTVV Valenciana¹⁷. En la primera de ellas, confirmada por el Tribunal Supremo, se declararon los despidos no ajustados a derecho porque, según el Tribunal, la reducción presupuestaria de entre el 5% y el 10% que era el principal factor alegado para llevar a cabo los despidos, no era adecuado ni podía justificar de modo alguna la extinción de 925 contratos de trabajo y por tanto no quedó acreditada la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. En la segunda, la sentencia declaró la medida nula *“al haberse adoptado la medida con vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas”*, lo que supuso posteriormente el cierre de la televisión pública Canal 9 al considerar el Gobierno valenciano que no podía hacer frente al impacto económico que suponía readmitir, tal y como exige la sentencia al declarar la nulidad de las actuaciones, a los más de mil trabajadores que fueron despedidos.

¹⁶ TSJ de Madrid de 9 de abril de 2013, nº 191/2013, rec. 24/2013; 23/2013; 18/2013

¹⁷ TSJ de Valencia de 4 de noviembre de 2013, nº 2338/2013, rec. 17/2012

6. EL DESPIDO COLECTIVO. RESPUESTA JUDICIAL

6.1. Calificación del despido colectivo

La teoría del Derecho Laboral ha sostenido desde siempre que son cuatro los juicios que debe valorar el Juez de lo Social que conozca de un despido -independientemente de la modalidad de extinción contractual que se trate- para calificarlo y estimar o no su procedencia.

El primero de ellos es el *Juicio de Constitucionalidad*. Si en la tramitación del despido o en las causas que lo motivaron se infringieron preceptos constitucionales o se vulneraron derechos fundamentales, el Juez tendrá la necesaria obligación de no admitir su procedencia. En principio, éste es el juicio que tiene que realizar en primer lugar puesto que si el despido atenta con lo establecido en la Constitución, el resto de calificadores son innecesarios puesto que su inobservancia comportará necesariamente su nulidad.

En segundo lugar, el juicio a llevar a cabo por el Juez es el *Juicio de Formalidad*, esto es, comprobar que se ha cumplido en su tramitación con los requisitos legalmente exigidos, como son la presentación de una carta de despido, la suficiencia en contenido y plazo de la misma, el trámite de audiencia y la materialización del expediente disciplinario en su caso, requisitos contemplado en el art. 60.2 ET.

Si se han respetado tanto los preceptos constitucionales como la forma, habrá que entrar a valorar la motivación del despido mediante un *Juicio de Causalidad*. Supone el análisis de la existencia de un motivo que sea real y actual en el momento de la extinción, y que además, esta causa se aadecue a la legislación. Además, el empresario deberá acreditar la existencia de la misma suficiente y fehacientemente.

El cuarto juicio que siempre ha sido fundamental en la calificación de toda clase de despidos es el que precisamente se ha querido hacer desaparecer con la entrada en vigor de la nueva normativa. Podía darse el caso de que existiera causa, que ésta fuera legal y que además el empresario la hubiera probado de forma fehaciente y que, aún así, el despido pudiera calificarse como no ajustado a derecho. Esto ocurría si mediante el análisis del *Juicio de Proporcionalidad o Funcionalidad*, y habiendo sido probada la

concurrencia de la causa, en aplicación de la teoría gradualista la medida adoptada por el empresario no se consideraba proporcional o si bien el fin de los despidos no respondía a la causa que se acreditaba como motivación de la medida.

Probar la funcionalidad de la medida supone demostrar la necesidad de amortización de los puestos de trabajo, requisito que ha sido objeto de una prolífica doctrina jurisprudencial interpretativa y que con la nueva normativa parece haber sido eliminado del derecho positivo, permaneciendo sin embargo el debate de si también los jueces deben prescindir de dicha conexión de funcionalidad.

Un quinto juicio estrictamente necesario en toda relación jurídica, no solo laboral, es la apreciación de *fraude de ley o abuso de derecho*, figuras contempladas en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil dentro de la teoría general de los contratos e igualmente válidos para declarar la improcedencia de los despidos.

Una vez analizados estos juicios, el Juez procederá a dictar sentencia dentro de los cinco días posteriores a la celebración del juicio calificando el despido colectivo como ajustado a derecho, no ajustado a derecho o nulo. La sentencia será recurrible en casación ordinaria.

El despido colectivo se calificará como *Ajustado a Derecho* cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 ET, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

Será *No Ajustada a Derecho* aquella decisión extintiva en la que el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación que extinga las relaciones laborales. La cuestión es determinar, si bien la nueva normativa como ya se ha comentado no contempla que la medida adoptada tenga que ser proporcionada a la causa, si la falta de proporcionalidad puede en algún supuesto motivar la calificación como no ajustado a derecho.

Por último, el despido será calificado como *Nulo* y la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo cuando:

- a) El empresario no haya realizado el período de consultas.
- b) El empresario no haya entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET

- c) El empresario no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 ET.
- d) El empresario no haya obtenido autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en los que está legalmente previsto.
- e) Cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

6.2. ¿Eliminación del juicio de funcionalidad?

Parece que el legislador de la Ley 3/2012 ha querido acabar con la dogmática tradicional que exigía la realización de un juicio de funcionalidad a la hora de calificar un despido, bastando la mera concurrencia de la causa sin necesidad de acreditar que la medida adoptada era proporcionada a la situación por la que atravesaba la empresa y necesaria para su mejora.

En la exigencia de este requisito reside el control judicial de los despidos que con su eliminación deja de ser una garantía para los trabajadores para pasar a ser una carta blanca para el empresario que pueden plantearse despedir por simple conveniencia. Los jueces ya no pueden valorar la proporcionalidad de la medida a la causa, sino únicamente valorar si se han cumplido con los requisitos y trámites legales, siguiendo la interpretación literal de la norma, expresada en la Exposición de Motivos. Veremos como en opinión de una parte destacada de la doctrina judicial esta conexión de funcionalidad y proporcionalidad reaparece en el control de la causa desde una perspectiva material, no solo formal, e incluso acudiendo a instituciones civiles como la buena fe y el abuso del derecho, pasando por el recurso a los principios generales del derecho, y al marco constitucional e internacional comprometido.

Sin embargo, y atendiendo a la numerosa jurisprudencia al respecto, y aunque es evidente que con la nueva redacción dada a la norma se ha pretendido despojar a los jueces de su función de apreciación en este punto, lo cierto es que en los Tribunales se sigue analizando la adecuación a la medida para calificar la procedencia o improcedencia del despido que se trate.

La exigencia de una proporcionalidad entre la causa alegada y la medida adoptada se encuentra recogida en numerosos instrumentos normativos vinculantes para España y por tanto, aunque en la legislación española se haga desaparecer tal exigencia de la redacción normativa, no implica que este necesario control desaparezca.

La Carta Social de la Unión Europea es el estándar básico en materia de derechos sociales en la que se fijan todos los derechos, valores y principios así como los niveles mínimos de protección o garantía para los derechos que en ella se contienen, que deberán respetar los estados miembros. Es cada vez más frecuente que los tribunales de lo social utilicen la Carta Social Europea como fuente de emisión de sentencias dado el valor que el Tribunal Constitucional le otorga a este instrumento, que fue ratificado por España y posteriormente publicado en el BOE el 26 de junio de 1980, con todos los efectos que se prevén en los arts. 10.2 y 96 de nuestra Constitución.

El primer de ellos reza “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, entre los que se encuentran tanto la Carta Social de la Unión Europea como los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Por su parte, el art. 96 establece que “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*”

El art. 24 de la Carta sobre el derecho a protección en caso de despido establece que “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento, o del servicio y el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.*”

Por su parte, el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajador, sobre extinción de la relación de trabajo por voluntad del empleador aboga por una necesaria adecuación entre guardar las causas y las medidas resultantes. Este Convenio vincula

directamente a España desde que lo ratificara el 26 de abril de 1985 y por lo tanto la normativa nacional vigente vulnera el principio de proporcionalidad señalado en los siguientes artículos.

Según el art. 4 “*No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.*” Además, en su artículo 30 se recoge la tutela de los trabajadores ante los despidos injustificados por parte de los jueces y tribunales, lo que indudablemente incluye el análisis de la necesidad de la medida.

Por su parte, el apartado primero del artículo 9 señala que “*Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio [Tribunales u órganos de arbitrio] estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.*”

En el apartado tercero de este mismo artículo añade que “*En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio*”.

Por tanto, en ambos instrumentos internacionales se hace expresa referencia a la exigencia de una necesidad de justa causa y por tanto a una proporcionalidad entre la medida adoptada y la situación de la empresa.

Incluso podría sostenerse que la intención del legislador de despojar a los Jueces de lo Social de esta capacidad de control sobre la adecuación de la medida sería contraria a la Constitución y por ello, si se mantiene la constitucionalidad de la norma, no puede defenderse que tal exigencia haya desaparecido. El derecho al trabajo contenido en el art. 35 CE implica necesariamente como garantía para su defensa una causalidad, una formalización y un control judicial en caso de extinción de la relación laboral. En el art. 40 CE se exige a los poderes públicos que realicen una política social y económica

orientada "*hacia el pleno empleo*", orientación que sería discutible si se está realizando debidamente favoreciendo la flexibilidad externa.

En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2013 rec. 11/2013 se dice al respecto que "*no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados.*"

La conclusión que se desprende de la misma es que la función de los órganos jurisdiccionales no es la de sustituir al empresario en la toma de decisión sobre las medidas más adecuadas que debe adoptar para el buen funcionamiento de su empresa, lo que presupondría una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada. Pero aunque se haya visto limitada, sigue teniendo capacidad para realizar un juicio de adecuación mediante el cual se compruebe la existencia de la causa alegada; la pertenencia de esta causa a alguno de los tipos legales recogidos en el art. 51 ET así como la idoneidad de la medida en términos de gestión empresarial para justificar la decisión extintiva.

Según se desprende de la doctrina aplicada por el Tribunal Supremo, ya no cabe por tanto identificar las causas con los hechos, quedando facultado el Juez únicamente para valorar si la medida adoptada es plausible en una gestión empresarial que se adecua a la conducta del buen comerciante.

El control del juez sobre el despido colectivo llevado a cabo se concretará en la verificación de la existencia de la causa alegada, en la entidad suficiente de la causa como justificación a las extinciones para descartar la posibilidad de alegación de la causa a modo de excusa para despedir y en la apropiación de la medida para hacer frente a la situación empresarial.

Sin embargo, lo más llamativo de esta sentencia es que se incorporan 5 votos particulares que defiende la aplicabilidad del principio de proporcionalidad para determinar la existencia de la causa justa del despido objetivo aunque, según se sostiene

en uno de los votos, la sentencia mayoritaria “*indique que el rechazo lo es en su sentido técnico-jurídico, pretendiendo sustituirlo por el principio de idoneidad en los términos de gestión empresarial.*”

Los Magistrados que presentan votos particulares defienden que debe tenerse en cuenta la reiterada doctrina constitucionalidad y que a la hora de calificar un despido necesariamente deberán tenerse en cuenta la finalidad de la medida adoptada; la idoneidad de la medida, eso es, la aptitud o adecuación para conseguir la finalidad pretendida y la necesidad de la medida, lo que supone la ausencia de una alternativa más moderada o menos gravosa de la que se pudiera obtener una igual eficacia. La conclusión a la que se debe llegar es que la medida tiene que mantener un equilibrio con la causa y además tiene que reportar más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros valores o bienes en conflicto.

Defienden todos ellos que la interpretación que se ha dado en esa sentencia es contraria al principio constitucional de proporcionalidad y que entran en conflicto derechos, valores e intereses que son dignos de protección y por tanto exigibles en toda la aplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

6.3. Análisis jurisprudencial.

a) Causas económicas

I. PÉRDIDAS ACTUALES

• Caso Telemadrid

La primera sentencia que me parece interesante analizar ha sido una de las más mediáticas y que más ha dado que hablar en los medios de comunicación. Me refiero a la sentencia del caso Telemadrid, cuyo expediente de despido colectivo afectaba a 925 trabajadores del Ente Público Radio Televisión Madrid. Su fundamento causal era económico pero fue declarado mediante la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 como

"no ajustado a derecho" y posteriormente, el día 26 de marzo de 2014, la improcedencia fue confirmada por el Tribunal Supremo¹⁸.

La cuestión principal de esta sentencia era determinar si cualquier situación económica negativa, y más concretamente la que se presentaba como situación del ente en el momento de tramitación del expediente, podía *"por sí misma justificar los despidos, o bien se tienen que valorar, además de hechos propiamente dichos, otras situaciones"*.

En respuesta a esta cuestión, la sentencia señala que *"Una situación económica negativa, cualquiera y por sí misma, no basta para justificar los despidos de 925 trabajadores de una plantilla total de 1.161"*. El Tribunal considera que *"es necesario acreditar algo más: que esa situación, que no es nueva, actúe sobre la plantilla de la empresa creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos, o provocando un cese total de la actividad, y que las medidas extintivas responden a esa necesidad"*.

La situación económica de pérdidas se señala que ha quedado suficientemente acreditada pero que no es ni nueva ni sobrevenida porque existe una gran deuda desde tiempo atrás, que era de 260 millones de euros a finales de 2012. Concluye que *"no hay causa económica que ampare la destrucción de empleo cuando la misma solo se basa en la conveniencia empresarial de obtención de una mayor beneficio y no en pérdidas, presentes o futuras, o en detrimento evidente de ingresos que dificulten su sostenibilidad futura."*

La causa alegada para la extinción no persigue los objetivos para los que está prevista la figura del despido colectivo sino para *"conseguir un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización"* al externalizar servicios y por tanto entiende el Tribunal que *"no existe una insuficiencia presupuestaria sobrevenida, sino una insuficiencia presupuestaria estructural, que se ha venido cubriendo con aportaciones extraordinarias"*.

En la sentencia se señala también, en relación con la supresión del juicio de finalidad, que *"La Sala no desconoce la nueva redacción del art. 51 del ET y el deseo del legislador de eliminar los elementos de incertidumbre y que los tribunales emitamos juicios de oportunidad en relación con la gestión de las empresas. El legislador quiere*

¹⁸ STS de 26 de marzo de 2014 rec. 158/2013, EDJ 2014/80027

que el control judicial quede limitado a la valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas, porque, en suma, se trata de un despido objetivo, debiendo ser posible valorar las causas y los hechos de forma objetiva. Lo que es objetivo es objetivo y sencillo de demostrar y no precisa subjetivismo judicial pero tampoco empresarial."

A continuación, pone de manifiesto que *"los trabajadores pueden ser despedidos de forma colectiva por justas causas objetivas pero esta objetividad y la limitación del control judicial a la concurrencia de unos hechos expresamente deseada y querida por el legislador con la reforma no reduce sino que incrementa el rigor en las condiciones de fondo y de forma exigible porque, como señala la STS de 29 de noviembre de 2010, es lo "más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa".*

La conclusión a la que llega el Tribunal es que una reducción presupuestaria de entre el 5% y el 10% no puede justificar por sí misma la adopción de una medida de extinción laboral colectiva que afecte al 80% de la plantilla y que por tanto, aunque la situación económica de la entidad pueda englobarse en la definición dada a las causas económicas, no es bastante para calificar los despidos como «ajustados a derecho», y por tanto el juicio de finalidad sigue siendo imprescindible para su calificación.

- **STSJ de Galicia, de 6 de julio de 2012, núm. 3967/2012**

Por su parte, la STSJ de Galicia, de 6 de julio de 2012, señaló en relación con la prueba de la situación económica negativa que *"la norma únicamente exige que de los resultados de la empresa se desprenda (y desprender, como sinónimo de inferir, significa sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa, o bien, ocasionar, conducir a un resultado) una situación económica negativa, debiendo el empresario acreditar los resultados alegados para despedir y justificar que de ellos se deduce "mínimamente" la razonabilidad de la medida.*

De este modo, la norma, aunque se refiere expresamente a los resultados de la empresa (como medio de acreditación), y aunque sigue utilizando la expresión "situación económica negativa", ha sustituido el verbo "contribuir" por la expresión "se desprenda", permitiendo así extinguir los contratos cuando existan tanto pérdidas

actuales (que no tienen que ser necesariamente continuadas ni cuantiosas, bastando con una situación económica negativa meramente coyuntural) como una disminución persistente del nivel de ingresos, que afecte a su viabilidad o al mantenimiento del volumen de empleo".

Concluye la sentencia que la demanda debe ser desestimada y el despido colectivo llevado a cabo declarado ajustado a derecho puesto que, según señala en el último párrafo de sus fundamentos jurídicos “*no corresponde al juzgador enmendar o corregir lo decidido por el legislador, sino aplicar en su medida la norma establecida, y si lo que ahora se exige son pérdidas actuales o previstas, o la disminución de ingresos o ventas, que se entienden se producen cuando ello sucede durante tres trimestres consecutivos, la situación de la empresa recogida en el hecho probado sexto es concordante con lo requerido en la norma*”.

Considera la Sala que la nueva redacción dada el art. 51 ET no impide mantener la doctrina anterior del Tribunal Supremo según la cual “*basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas para estimar que la amortización de puestos de trabajo contribuye a superar la situación de crisis económica. Y no corresponde a la empresa la carga de probar que la medida adoptada era suficiente para superar la crisis, ni que se adoptaban otras medidas que garantizaban la superación de la crisis.*”¹⁹

Según se señala en la STSJ, “*sigue bastando con acreditar la existencia de pérdidas continuadas (y no necesariamente cuantiosas), quedando la empresa excusada de probar que la extinción del contrato de trabajo contribuye a la superación de situaciones económicas negativas, ya que esa presencia de pérdidas continuadas ocasiona una situación económica negativa, lo que a su vez permite deducir «mínimamente» la razonabilidad de la decisión extintiva.*” Es decir, no ha desaparecido de forma absoluta la exigencia de una vinculación entre la medida y la superación de la crisis económica, lo que ha cambiado es la intensidad probatoria que se requiere.

II. DISMINUCIÓN DE LOS INGRESOS O LAS VENTAS

¹⁹ STS de 11 de junio de 2008, rec. Núm. 730/2007 EDJ 2008/111405

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 27 de marzo de 2013, nº 249/2013 señala que “cuando se alegue como causa justificativa del despido, la disminución persistente de ingresos, no basta con que se aprecie dicha persistencia, esto es, que la misma, haya ocurrido durante tres trimestres consecutivos, sino que además, es necesario que se cumplan otros requisitos, esto es, que la referida disminución, se produzca sobre los ingresos ordinarios y que resulte de comparar cada trimestre, con el correlativo del año anterior, de modo que sólo podrá considerarse la disminución de ingresos ordinarios durante tres trimestres consecutivos, si durante el mismo lapso temporal, los ingresos de la empresa fueron superiores.”

Según señala el Tribunal, la interpretación literal que ha de darse a la nueva norma “conduce a entender que los órganos jurisdiccionales, únicamente, están habilitados para constatar la concurrencia de los hechos, es decir, las causas alegadas para la adopción de la medida empresarial, dejando al margen cualquier valoración sobre la razonabilidad o la proporcionalidad de la misma, tal como se expone en el propio preámbulo del RDL (apartado V), que luego se reitera en el preámbulo de la L 3/2012, cuando establece que «... Ahora queda claro que el control judicial de los despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas». Debe considerarse que el preámbulo de las citadas normas, hace expresa mención a que lo que se trata de evitar, es que los tribunales realicen juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa.”

A continuación añade que “una cosa es que admita que el órgano jurisdiccional competente, declare un despido injustificado, porque considere que sea posible la adopción de una medida menos traumática y otra, que el nuevo tenor literal del precepto, impida todo tipo de control, sobre la razonabilidad de la misma, ya que un juicio de despido, no puede versar, única y exclusivamente, sobre los hechos, sino que ha de demostrarse que estos, tienen cierta consistencia. La modificación del precepto, supone una nueva concepción de los requisitos que se venían exigiendo para la justificación del despido objetivo pero no excluye que deba acreditarse, al menos, mínimamente, una conexión de funcionalidad entre la medida adoptada y la situación de crisis empresarial.”

De la lectura de esta sentencia se desprende la misma conclusión que de las anteriores: también en el supuesto de disminución de las ventas y de los ingresos, y con más lógica

todavía, cabe realizar un control por parte del Tribunal para determinar si existe conexión necesaria entre la medida adoptada y la crisis de la empresa.

III. PREVISIÓN DE PÉRDIDAS

Lo primero que hay que señalar sobre la posibilidad de alegar causa económica por previsión de pérdidas es que el art. 51.1 ET no concreta el lapso temporal en el que cabe esperar pérdidas. Tampoco se exige una determinada entidad o continuidad en el tiempo.

Según se dictamina en la SAN de 18 de diciembre de 2012 nº 166/2012, rec. 257/2012, es factible que la situación de pérdidas previsibles venga determinada por una disminución continuada en la facturación puesto que en tal supuesto concurren las causas legalmente determinantes de situación económica negativa. De este modo considera acreditada tal situación al señalar que *“aunque el grupo consolidara unos beneficios de 46.000 euros en el ejercicio 2011, puesto que se ha acreditado cumplidamente, a nuestro juicio, que ha tenido reducciones millonarias de ingresos o ventas ordinarias en el período 1-10-2011 a 30-06-2012, en relación con el período 1-10-2010 a 30-06-2011 (hecho probado quinto), acreditando, así mismo, unas pérdidas previsibles de 7.600.000 euros en 2012 y de 26.000.000 en el ejercicio 2013, como no podría ser de otro modo, puesto que ha perdido a sus principales clientes.”*

En esta sentencia se hace una larga argumentación sobre la necesidad de justificación finalista en el sentido defendido en el presente trabajo del modo que sigue:

“Como vemos, han desaparecido las justificaciones finalistas de la regulación precedente, que obligaban a la empresa a demostrar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar su posición competitiva en el mercado, cuando la causa era económica, o contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, cuando la causa era técnica, organizativa o de producción.

Sin embargo, la modificación legal no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

Así pues, la justificación del despido económico o productivo exigirá la superación de tres fases por las empresas:

- a. - Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado.*
- b. - Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir.*
- c. - Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.*

Por consiguiente, la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. - Por el contrario, deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.

La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.”

b) Causas técnicas, organizativas y de producción

I. CAUSAS TÉCNICAS

Las causas técnicas pueden alegarse como fundamento de una extinción laboral, ya sea individual o colectiva, cuando se introducen en la empresa innovaciones en los medios de producción que hacen innecesarios esos puestos de trabajo. Han sido consideradas causas técnicas a tal fin, entre otras, las siguientes:

- a) La renovación de maquinaria que implique reducción en la mano de obra para una igual productividad²⁰
- b) La informatización del trabajo que anteriormente era realizado por trabajadores²¹
- c) La implantación de nuevos sistemas²²
- d) La habilitación del sistema RED de la Seguridad Social, que en la actualidad permite realizar trámites online que con anterioridad se realizaban personalmente²³
- e) Instalación de un operador telefónico automático que realiza la función que con anterioridad realizaba un trabajador²⁴

²⁰ TSJ C. Valenciana de 20 de septiembre de 2011,

²¹ TSJ Madrid de 28 de noviembre de 2008, nº 876/2008, rec. 4330/2008

²² TSJ Castilla la Mancha de 26 de febrero de 2010, nº 306/2010, rec. 1420/2009

²³ TSJ C. Valenciana de 29 de mayo de 2004

²⁴ TSJ C. Valenciana de 22 de octubre de 2010, nº 2874/2010, rec. 2271/2010

f) Instalación de un sistema de control de acceso y vigilancia electrónico en una empresa²⁵

g) Adquisición de un camión de recogida de basuras que disminuye el número de trabajadores necesarios para la recogida²⁶

Lo frecuente es que esta causa se suele alegar junto con la existencia de causas económicas o causas productivas.

La STSJ Madrid, de 17 de febrero, núm. 122/2014, confirma la sentencia de instancia en la que se señala que *"se han introducido cambios en el DATA CENTER modernizándolo. Se realizan en la actualidad menos operaciones al haber menos equipos y las necesidades de acceder y el número de funciones son inferiores"*, por lo que considera que *"nos hallamos ante la introducción de novedades o reformas de orden tecnológico en el sistema operativo que, según la empresa, reduce el trabajo a realizar, lo que afecta al actor, técnico de soporte informático, extremo fáctico que este no cuestiona, pues la argumentación básica está referida a que la demandada incurre en error en la denominación de la causa como organizativa, cuando, efectivamente, es técnica"*.

Se trata de un supuesto en el que se incurrió en un error en la denominación de la causa, no siendo causa organizativa como se alegaba sino que concluye el Tribunal que nos encontramos ante una causa técnica. A este respecto, señala a continuación que *"lo esencial y determinante es que en la carta de despido se expresen con claridad y suficiencia las causas del despido a fin de que el trabajador pueda contar con los medios de defensa necesarios, previo conocimiento cabal de las mismas, para contrarrestar la decisión extintiva, y si en la exposición inicial de la carta consta que las causas son organizativas, basta con que la empresa demuestre los hechos alegados en la misma, aunque propiamente se trate de causas técnicas, para justificar la acomodación a derecho del despido, lo que impone referir el debate a las concretas circunstancias que se expresan en la carta"*. Por lo tanto, un error denominativo no tiene efectos si las causas reales de la empresa aparecen claramente definidas.

²⁵ TSJ Galicia de 2 de noviembre de 2010, nº 4910/2010

²⁶ TSJ Granada de 28 de septiembre de 2011, nº 2178/2011

II. CAUSAS ORGANIZATIVAS

En ocasiones resulta difícil delimitar ante qué tipo de causa nos encontramos, como se ha visto en la última sentencia invocada, porque tanto las causas técnicas, las organizativas y las de producción suelen estar estrechamente relacionadas y además, probablemente sean las originarias de una causa económica añadida. En cualquier caso lo fundamental es que el empresario pruebe que existe una situación de crisis empresarial, pudiendo alegar el epígrafe completo de «causas técnicas, organizativas y de producción».

En la SAN de 14 de septiembre de 2012 núm. 136/2012 se pusieron de manifiesto las diferencias entre una causa organizativa y una de producción en el supuesto concreto alegado. Así, se señala en la sentencia respecto al caso concreto tras una extinción colectiva, que *"la pérdida de la contrata supone incuestionablemente un cambio en la demanda de los servicios, que la empresa pretende colocar en el mercado, puesto que produjo una pérdida importante de negocio, que se había mantenido desde el 1 de diciembre de 2008, subsumiéndose por consiguiente en la causa productiva."*

Sin embargo, el Tribunal consideró que *"la extinción de una contrata, que en cualquier otra actividad supondría normalmente la concurrencia de causa productiva, deba relacionarse aquí con la emergencia de nuevas contratas, puesto que las segundas equilibran, de una u otra manera, la pérdida de las primeras"*. Por lo tanto, sostiene que no concurre una causa productiva como tal y califica la situación como causa organizativa por la imposibilidad de recolocación de los trabajadores afectados.

Según la sentencia del TSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2013 nº 992/2013, rec. 1799/2013, concurren causas organizativas cuando se producen cambios en la estructura empresarial o en los métodos de trabajo del personal, así como en la forma de organizar la producción cuyo resultado sea un exceso de plantilla necesaria. Pero además, según esta sentencia, el resultado de un exceso de trabajadores tras la reestructuración debe ser el objetivo perseguido por la empresa.

El supuesto de encomienda a otro trabajador de la empresa de las funciones que realizaba el trabajador afectado por la extinción no constituye una causa organizativa puesto que la necesidad de seguir realizando tales tareas continua, no existiendo por

tanto el fundamento de esta causa que es precisamente la necesidad de realización de ese trabajo²⁷

Algunos supuestos en los que se ha considerado la existencia de una causa de organización que justifique las extinciones laborales han sido los siguientes:

- a) La reordenación de un departamento para conseguir un mejor aprovechamiento de los recursos disponible, y la consecución de este fin es requisito imprescindible para justificar las extinciones²⁸
- b) Cierre del centro de trabajo, a pesar de que la empresa tenga otros centros en la misma localidad²⁹
- c) Reorganización tras una fusión de empresas³⁰
- d) Centralización de los servicios con reducción de los departamentos periféricos³¹
- e) Cambio de la actividad de la empresa con el consiguiente cambio de su estructura directiva³²

III. CAUSAS PRODUCTIVAS

La sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de julio de 2013, núm. 1333/2013, en el análisis de la causa productiva establece que para acreditar su concurrencia “*ha de tratarse de cambios generados en ese concreto ámbito, que provoquen la necesidad de reajustar el volumen del empleo, precisándose, igualmente, esa conexión de funcionalidad entre las extinciones de contrato adoptadas y el problema productivo que la empresa trata de solucionar.*” Seguidamente y mediante un estudio de los datos de la empresa aportados como medio de prueba de la causa alegada, establece una serie de criterios para determinar su existencia o no:

²⁷ TSJ de Asturias de 15 de julio de 2011, nº 2051/2011, rec. 1491/2011

²⁸ TSJ C. Valenciana de 9 de septiembre de 2009, nº 2582/2009, rec. 1634/2009

²⁹ TS de 21 de diciembre de 2012, rec. 199/2012

³⁰ TSJ Aragón de 11 de junio de 2013, nº 287/2013, rec. 209/2013

³¹ TSJ de Galicia de 30 de junio de 2011, nº 3339/2011, rec. 1323/2011

³² TSJ País Vasco de 21 de junio de 2011, rec. 1519/2011

- Si la empresa en un pasado cercano reestructuró su plantilla por la misma causa alegada se sobreentiende que el ajusto que se realizó en ese momento ya solventó la necesidad de una adecuación en el sistema productivo y con ello en la mano de obra utilizada y por tanto el descenso productivo que habrá de tenerse en cuenta para justificar el despido colectivo es el ocurrido con posterioridad a esa reestructuración anterior.
- El número de despidos deberá guardar proporción con el descenso de la producción, lo que no ocurre en el caso analizado por la sentencia puesto que la bajada productiva es del 4% y la reducción de la plantilla del 27% de los trabajadores.
- En el sector secundario, industria, la pieza clave como base justificativa de las extinciones laborales colectivas será la del número de horas de producción por puesto de trabajo ya que es éste el dato que mide la necesidad de trabajadores en plantilla.

La sentencia declara la procedencia de un determinado número de despidos pero no de todos por considerar que la medida pretendida no guarda relación de proporción con la disminución de la producción de la empresa.

Respecto de la necesidad de que el empresario acredite que la extinción colectiva es la medida más adecuada para superar la crisis empresarial, la sentencia señala lo siguiente:

“La reforma ha eliminado, ciertamente, el control judicial sobre la oportunidad de la decisión empresarial, como también queda fuera de su alcance un extremo que, en realidad, ya descartaba la jurisprudencia sentada en aplicación de la redacción anterior del precepto, como era que el empresario probara que no procedían otras medidas distintas a la extinción para lograr el reajuste del exceso de plantilla (básicamente, suspensión temporal de contratos de trabajo o reducciones de jornada). Aunque la reforma laboral instrumentada primero mediante el RDL 3/2012 EDL 2012/6702 y luego con la Ley 3/2012 facilita el uso empresarial de medidas de otro tipo (incluido ahora, de manera expresa en el art. 41.1 d ET EDL 1995/13475, las

modificaciones en la cuantía del salario), en modo alguno impone que deban seguirse primeramente éstas o que resulte preferente su aplicación en los casos en los que la necesidad de reajuste de mano de obra generada por las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas sobrevenidas no se revele inequívocamente como meramente coyuntural.

El control judicial se limita a comprobar la existencia de las causas, pero éstas no reducen su alcance a las circunstancias alegadas por el empresario, sino que también se extienden a constatar que éstas (los malos resultados económicos o los cambios técnicos, productivos u organizativos alegados) generan una necesidad de reajuste de plantilla y, por último, que la decisión extintiva guarda conexión de funcionalidad con esa necesidad de reajuste (esto es, que es una medida eficiente y proporcionada para hacer frente a esa necesidad de reajuste: por ejemplo, si el cambio invocado es la traída de una nueva máquina que suprime el trabajo que antes desarrollaban tres trabajadores especialistas, lo que no cabrá es despedir, con este amparo, a diez especialistas o a auxiliares administrativos). En definitiva, que estamos ante un despido justificado por necesidades del funcionamiento de la empresa.”

La clave de esta argumentación es que aunque legislativamente se prevea que el control judicial deba limitarse a comprobar la existencia de causas, no se trata únicamente de acreditar las circunstancias alegadas sino también que éstas generan la necesidad de llevar a cabo las extinciones y por tanto es necesaria una conexión funcional entre causa y medida.

7. CONCLUSIONES

La Reforma Laboral de 2012 supuso un aumento importante de la judicialidad en materia de despidos, tanto individuales como colectivos, cuyos primeros pronunciamientos tras su entrada en vigor declararon casi de forma sistemática la nulidad o improcedencia de los despidos colectivos analizados, principalmente por cuestiones procedimentales. Sin embargo ya durante el segundo año tras la modificación normativa, la tendencia se está invirtiendo y cada vez son más las sentencias declarando la procedencia o su ajuste a derecho. La explicación que parece más acertada es que tanto los empresarios como los operadores jurídicos han podido asimilar mejor los nuevos requisitos exigidos legalmente, lo que ha implicado a su vez que hayan aumentado los procedimientos de fondo en detrimento de los procedimientos por la forma.

Las normas que se vieron modificadas con la Reforma Laboral actúan directamente contra los elementos fundamentales del derecho al trabajo, reduciendo los límites legales y colectivos al poder unilateral del empresario, ampliando sus márgenes, reduciendo el trabajo a coste de producción y flexibilizando las causas para facilitar la organización y gestión empresarial sin tener en cuenta los perjuicios causados en el trabajador.

Parece claro que el equilibrio entre las dos partes de un contrato laboral, empresario y trabajador, por el cual se ha luchado desde los inicios del Derecho Laboral ha quedado - aún más que después de la Reforma de 2010- balanceado a favor de la parte que resulta claramente victoriosa tras la entrada en vigor de esta legislación, el empresario. No hay motivos para defender ni un atisbo de protección del consagrado constitucionalmente derecho al trabajo en la cuestión analizada y sin embargo, vemos como al empresario se le ha facilitado utilizar el recurso del despido colectivo en supuesto que bien podrían servir a intereses más allá de la supervivencia empresarial.

Tras realizar el estudio objeto del presente trabajo, la flexibilización de las causas en el despido colectivo, parece desprenderse la conclusión de que la ampliación de los supuestos subsumibles en la Ley para dar trámite a un despido de este tipo no responde en absoluto a la justificación dada en la Exposición de Motivos de la Ley 3/20102 según

la cual la adopción de medidas estaban destinadas a *"crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores"*.

Hoy podemos afirmar que la Reforma Laboral no ha conseguido los objetivos que perseguía, al menos a medio plazo, 2 años y medio desde su entrada en vigor. La tasa de desempleo a principios del año 2012 era del 22,85% y en el mes de junio del actual año rozaba el 25% de la población activa. Mientras que desde el Gobierno se sostiene que gracias a la reforma se ha frenado la destrucción de empleo, la realidad es que no solo no se ha generado empleo sino que, además de continuar con su destrucción, tanto el ya existente como el generado se han precarizado al disminuir la contratación indefinida y aumentar la temporalidad.

Parece claro, además, que ampliarle los márgenes al empresario para que pueda llevar a cabo despidos colectivos en más supuestos y con menos exigencias probatorias de la situación de la empresa no aporta en absoluto seguridad al trabajador. Recordemos que se da el absurdo de que incluso en una situación empresarial de beneficios (con descenso de las ventas o de los ingresos) los trabajadores puedan ver extinguido su contrato de trabajo de forma colectiva amparada tal extinción plenamente por la Ley.

Los cambios legales que han supuesto las dos últimas grandes reformas laborales, pero especialmente la de 2012, han tratado de dar un rotundo giro al papel del Juez, al querer acabar con la dogmática tradicional y eliminar cualquier control externo a la decisión empresarial sobre la justificación de las extinciones, limitando el control judicial únicamente en la concurrencia de las formalidades previstas.

La legislación actual infringe los principios de proporcionalidad, adecuación y razonabilidad consagrados tanto en la Carta Social de la Unión Europea como en el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Aunque de la jurisprudencia analizada se desprende que un juicio de adecuación de la medida a la causa sigue siendo estrictamente necesario, hemos visto en la sentencia analizada del 20 de septiembre de 2013 como se deja notar una ruptura en el Tribunal Supremo en lo que a la defensa del principio de proporcionalidad consagrado por la Constitución se refiere, y por tanto, aparecen en la propia sentencia las dos posturas a las que se hace referencia ya en la introducción.

Sin embargo, como sostiene la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad es un criterio a considerar de manera necesaria por los Tribunales en caso de controversias en las que se denuncie la lesión de un derecho constitucional, como es el consagrado derecho al trabajo, mediante normas, medidas o actuaciones que a su vez están respaldadas constitucionalmente, en este caso por la extinción de un contrato laboral siguiendo los trámites del despido colectivo.

Como se establece en el art. 117.3 CE, la función de los Jueces y Tribunales, y sólo la de éstos, es "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado". Y juzgar no significa únicamente revisar cuestiones formales de tipo procedural y aplicar automáticamente lo previsto en las leyes. Es interpretar el derecho, entrar a valorar caso por caso tanto los hechos como las causas y las consecuencias que de tales se derivan, función de la que en ningún caso se les podrá privar.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARASTEY SAHÚN, L. "El procedimiento de despido colectivo y su control judicial", *Ciclo de debates laborales*. Barcelona, 03 de junio de 2013.
- BAYLOS GRAU, A. *La desconstitucionalización del trabajo en la Reforma Laboral de 2012*. Editorial Bomarzo. 2013.
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C. MARCOS GONZÁLEZ, J. I. MOLINA NAVARRETE, C. *Primeras interpretaciones judiciales de la Reforma Laboral 2012. ¿Aplicación o recreación?* Madrid. Thomson Reuters Aranzadi. 2012.
- CAPITÁN PÉREZ, L. *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*. Madrid, Aranzadi. 2013.
- FALGUERA BARÓ, M. Á. *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la Reforma Laboral*. Albacete. Editorial Bomarzo. 2013.
- LAFUENTE PASTOR, V. P. *Novedades laborales del legislador de urgencia. La aplicación jurisprudencial de la Reforma Laboral*. "Jornada Informativa de CEZ y AEAL: Novedades Laborales y de Seguridad Social en 2014 para las empresas". Zaragoza, 7 de marzo de 2014.
- ROCA TRIAS, E. AHUMADA RUIZ, M. Á. "Conferencia trilateral Italia/Portugal/España". *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia española*. Roma, de 24 a 27 de octubre de 2013.
- "Suplemento Especial Reforma Laboral 2012". *La opinión de los expertos*. Thomson Reuters. Aranzadi.

- TOLOSA TRIBIÑO, C. *Despido*. DAPP Publicaciones Jurídicas. 2012.
- YSÀS MOLINERO, H. *Aproximación al despido colectivo en Europa: una breve comparación de los casos español, francés, alemán e italiano*. Instituto de Estudios del Trabajo, Universidad Autónoma de Barcelona. 2013.