

# REFLEXIONES SOBRE LOS DESPIDOS POR CAUSAS EMPRESARIALES

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ<sup>1</sup>

## ÍNDICE

1. Encuadramiento a partir de la modificación legal
2. El nuevo contexto de despido por causas empresariales; 2.1. La diferencia ontológica a partir del número de trabajadores afectados; 2.2. La empresa como centro de imputación; 2.3. La problemática delimitación del referente causal; 2.3.1. Causas económicas; 2.3.2. Causas técnicas, organizativas y de producción; 2.3.3. Causalidad y onus probandi. 2.4. La combinación tiempo-número de despidos como freno al intento fraudulento de cambiar las causas empresariales colectivas en objetivas
3. El despido por causas objetivas de la empresa; 3.1. El limitado avance en la búsqueda de un perfil característico para el art. 52 c) ET. 3.2. Elementos causales y materiales de identidad propia

## 1. ENCUADRAMIENTO A PARTIR DE LA MODIFICACIÓN LEGAL

Desde que surgen los debates acerca de las exigencias de cambios en la normativa laboral a resultas de las alteraciones acaecidas en la estructura económica y de producción, los empresarios han venido clamando por la necesidad de introducir cambios significativos en el régimen legal del despido<sup>2</sup>; demandas de flexibilización del despido por causas económicas<sup>3</sup> y empresariales que, en esencia, pretendían afectar a sus dos aspectos prácticos de mayor

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

<sup>2</sup> Dado que existen varias modalidades de despido, los "distintos terminológicos del ET en este punto, aparte su nula utilidad práctica, no parecen jurídicamente fundados", MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Madrid, 1999, págs. 462-463.

<sup>3</sup> ANTONMATTEI, P.H.: "Le motif économique de licenciement" y FAVENNENC-HERY, F.: "Les acteurs du contrôle des motifs", en AA.VV. (TEYSSIE, B., Dir.): *Les motifs de licenciement*, París, 1995, págs. 91 y ss. y 105 y ss.

importancia: el procedimiento de adopción de las medidas de reducción de empleo y el coste económico<sup>4</sup> derivado<sup>5</sup>.

La variación legal quiso así poner en manos de los empresarios un instrumento extintivo ágil y moderadamente costoso, que evitara el uso desviado — tan abundante hasta entonces — del despido disciplinario improcedente para eludir las complicaciones de los expedientes de regulación de empleo; quiso al tiempo, y también, eludir las bajas anticipadas onerosas. Ahora bien, los resultados de la nueva regulación de la amortización de puestos de trabajo por la vía del despido objetivo no parecen corresponder a las intenciones del legislador, siendo general la opinión conforme a la cual “la aplicación judicial viene minimizando los efectos de la reforma en esta materia, efectos que — en la concepción del legislador — debían servir para amortizar puestos de trabajo sin las complicaciones excesivas de los despidos colectivos y sin los costes rigurosos del despido disciplinario improcedente”<sup>6</sup>.

A la postre, los fundamentos de la ordenación jurídica de los despidos motivados por vicisitudes de funcionamiento de la empresa, en términos generales, no parecen ser otros distintos a una conjugación entre los principios de continuidad y viabilidad de la empresa y el de estabilidad en el empleo<sup>7</sup> o de protección del trabajador<sup>8</sup>, siempre “en fricción antinómica”, requiriendo una composición o equilibrio continuos al que debe dar respuesta el marco normativo de referencia<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Los costes indemnizatorios del despido estaban concebidos, bien para empresas de grandes dimensiones que podían asimilarlos dentro de sus cifras globales, o bien para empresas cuyo panorama fuera el cierre definitivo. TOHARIA CORTES, L. y MALO OCAÑA, M.A.: “Las indemnizaciones por despido: su origen, sus determinantes y las enseñanzas de la reforma de 1994”, *DL*, núm. 51, 1997, págs. 13 y ss. o JIMENO, J.F. y TOHARIA CORTES, L.: “El despido y sus costes: ¿qué reformas?”, *Economistas*, núm. 55, 1992, págs. 243 y ss.

<sup>5</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos*, Granada, 1999, pág. 333.

<sup>6</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Cara y cruz de la estabilidad en el empleo”, en AA.VV.: *Jornadas sobre el presente y el futuro del sistema español de relaciones laborales*, Murcia, 1997, págs. 20-21.

<sup>7</sup> Conforme advirtiera RIVERO LAMAS, J.: “Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español”, *RPS*, núm. 70, 1966, pág. 200, el sentido de tal principio, es el siguiente: “El empleo se somete a una protección jurídica especial, para lo cual — desde un punto de vista positivo — se configuran derechos y expectativas del lado del trabajador para la conservación del mismo; correlativamente, aparecen para el empleador unas limitaciones a sus derechos originarios sobre los puestos de trabajo y la organización de la empresa”. Al respecto, STSJ Galicia 30 diciembre 1996 (*AL*, T. I, 1997, pág. 468).

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1994, págs. 26 y ss.

<sup>9</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa”, en AA.VV.: *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo*, cit., pág. 380.

Las transformaciones de mayor calado habidas en esta materia se producen a partir de la reforma legislativa de 1994. La “reconceptualización” causal del despido por necesidades empresariales<sup>10</sup> es un claro reflejo de los intereses preponderantes fomentados por el legislador, utilizando fórmulas abiertas y capaces de generar, por tanto, numerosas opciones y reflexiones hermenéuticas<sup>11</sup> que no son sino reflejo técnico de la ductibilidad normativo-laboral (la facilitación para crear despidos por exigencia o crisis empresarial), buscada de intención como nuevo valor en alza a proteger dentro del bloque normativo en cuestión, introduciendo cambios significativos en cuanto afecta al procedimiento del despido, a las causas justificativas, al coste económico, a la diferenciación de tratamiento entre pequeña y gran empresa, y otros objetivos del mismo sentido.

Con todo, el núcleo de las medidas adoptadas ha girado fundamentalmente alrededor de los supuestos de extinción de las relaciones laborales por causas vinculadas con el funcionamiento de la empresa<sup>12</sup> (expresión en último término del “poder de gestión empresarial”<sup>13</sup>). Se trata de afrontar la crisis de empresa y la “reorganización” permanente de su aparato productivo, pero dentro de un marco jurídico que no se encamina exclusivamente a regular situaciones patológicas de corte crítico (por ejemplo, situaciones de quiebra, suspensión de pagos o insolvencia), sino también a establecer un régimen que favorezca y pondere la propia reorganización empresarial como “interés protegido”<sup>14</sup>. Desde el punto de vista legal trata de garantizar el quimérico “interés objetivo

<sup>10</sup> Utilizando los términos de RIVERO LAMAS, J.: “La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa”, en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80. III Coloquio sobre relaciones laborales*, Zaragoza, 1983, págs. 323 y ss.

<sup>11</sup> HART, L.A.: *El concepto de Derecho*, México, 1980, págs. 155 y ss. o ENGLISH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, pág. 139.

<sup>12</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Madrid, 1995, págs. 107-122; MENDOZA, M.: “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A., Dir.): *La reforma laboral de 1994*, Cuenca, 1996, págs. 189-204; ÁVILA ROMERO, M.: “La extinción de la relación laboral en la reforma”, *RL*, 1995, T. II, págs. 315 y ss.; GIL Y GIL, J.L.: “Extinción del contrato de trabajo en la ley 11/1994, de 19 de mayo”, *TS*, núm. 55, 1995, págs. 28-36 o CRUZ VILLALÓN, J.: “Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, 1996, págs. 11-32.

<sup>13</sup> Por extenso TOPO, A.: *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padua, 1996, especialmente págs. 15 a 23. Una visión actual de las muchísimas aportaciones en Italia al respecto en PERULLI, A.: *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milán, 1992, especialmente, págs. 22 ó 95 y ss.

<sup>14</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo...”, cit., pág. 381.

de la empresa”, con independencia de los sujetos que están implicados dentro de la organización productiva<sup>15</sup>.

## 2. EL NUEVO CONTEXTO DE DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES

La nueva redacción del art. 49.1 i) ET acoge la extinción del contrato de trabajo “por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado”. Instituye, de este modo, una nueva causa extintiva —desarrollada en el art. 51 ET y en el RD 43/1996, de 19 de enero—, la cual, sin embargo, viene a ocupar una parte del espacio de la antigua causa 9ª (aun cuando para algunos supone una extensión “a supuestos más fisiológicos y cotidianos; la admisión legal de reducción de las plantillas de las empresas”<sup>16</sup>) que, no es preciso recordarlo, configuraba una extinción contractual por causas económicas o motivos tecnológicos, de la cual fundamentalmente quedaban excluidos algunos supuestos de carácter estrictamente individual.

“Sin plantear una fórmula puramente desreguladora, en la que se eliminen o queden gravemente limitadas las garantías legales de la posición individual de los trabajadores”, la reforma pretendía, según reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, dotar de mayor flexibilidad a las decisiones empresariales de adaptación de la plantilla a la coyuntura económica. Tal objetivo encuentra materialización práctica, sin embargo, de forma limitada y confusa, a través de las prescripciones introducidas por el nuevo art. 51.1.2º ET para su justificación, sin por otra parte conseguir los objetivos de flexibilización con carácter general<sup>17</sup> (a lo sumo “ablandar” los mecanismos para la adaptación de las plantillas a las necesidades de la empresa<sup>18</sup>) y tampoco corregir de forma significativa el proceso de dualización mediante un mayor equilibrio entre la de entrada y la de salida<sup>19</sup>.

Las dificultades para prever la discrecionalidad administrativa en los despidos colectivos, la lentitud (hasta el momento —en espera de que se de cumplimiento a la disposición adicional 2ª de la Ley 58/1998, de 30 de

<sup>15</sup> SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del Lavoro*, Nápoles, 1994, pág. 486 y FERGOLA, P.: *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milán, 1985, pág. 322.

<sup>16</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *TL*, núm. 44, 1997, pág. 32.

<sup>17</sup> BENTOLILLA, S.: “Las decisiones judiciales sobre despidos en España: una perspectiva económica”, *Fundación Empresa Pública*, mayo, 1996, pág. 13.

<sup>18</sup> ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Las nuevas contrataciones tras extinciones por causas empresariales. Incidencia del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo”, *AL*, núm. 53, 1997, pág. 1017.

<sup>19</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DURAN HERAS, A.: “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, en AA.VV.: *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Madrid, 1996, págs. 68-70.

diciembre—) de su control por el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción y el fomento de las extinciones negociadas en el procedimiento de consultas han actuado encareciendo el ajuste mediante el aumento de las indemnizaciones acordadas<sup>20</sup>. Ante tal realidad, el legislador, además de eliminar la autorización administrativa en los despidos colectivos “menores”, ha establecido determinados criterios para poder interpretar el alcance extintivo de las causas y algunas modificaciones —relativas— en el procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos.

El marco normativo procura introducir, además, mecanismos a partir de los cuales asegurar una relativa composición de los intereses confrontados; en tal sentido, cobra singular relieve el momento de “autogobierno colectivo”<sup>21</sup> para una gestión concertada y participada del personal en la empresa como vía de legitimación de las opciones empresariales, especialmente aquellas situaciones en las cuales se pone en cuestión la vicisitud jurídica del contrato de trabajo más dramática: la continuidad de la relación contractual.

### 2.1. La diferencia ontológica a partir del número de trabajadores afectados

Por lo demás, el desdoblamiento del régimen de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en dos categorías: los despidos colectivos y los individuales o plurales<sup>22</sup>. Introduce así una diferenciación “ontológica” en el género despido<sup>23</sup> que, compartiendo una causa

<sup>20</sup> Bien directamente en la negociación durante el período de consultas, bien a través del recurso a los despidos disciplinarios, VALDÉS-DAL RE, F.: “Intervención administrativa y despidos colectivos: funciones, disfunciones y tópicos”, *RL*, 1994, T.I, pág. 22 o CRUZ VILLALÓN, J.: “Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J, Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, cit., págs. 12-15.

<sup>21</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Pamplona, 1997, págs. 198 y ss.

<sup>22</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, Madrid, 1996, especialmente págs. 113 y ss.; VALDÉS DAL-RE, F.: “Los despidos por causa económica”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, págs. 396-429; DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV.(VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, Mª.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, págs. 167-220; DURÉNDEZ SÁEZ, I.: “El despido objetivo por crisis”, en AA.VV.: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Meigar en sus veinticinco años de catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1997, págs. 155-184 o ARCE GÓMEZ, J.C.: “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas. Régimen jurídico y aspectos procesales”, *RTSS (CEF)*, núm. 41, 1996, págs. 47-76.

<sup>23</sup> DEL PUNTA, R.: “Verso il tramonto della tesi dell' autonomia 'ontologica' del licenziamento collettivo”, *RIDL*, 1987, T. II, pág. 594 y PERSIANI, M.: *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Milán, 1995, pág. 81.

común<sup>24</sup>, y afectando o pudiendo hacerlo ambos a una pluralidad de trabajadores, encuentran único criterio diferenciador en el número de los implicados<sup>25</sup>.

Tal delimitación de índole cuantitativa provoca, no obstante, ciertas consecuencias de carácter cualitativo<sup>26</sup>, pues mientras, por una parte, los despidos colectivos quedan sujetos a una serie de garantías en el procedimiento, entre ellas la prestada por la intervención de la representación social<sup>27</sup>, el papel activo de control de los sindicatos<sup>28</sup> y —con carácter subsidiario<sup>29</sup>— el control administrativo<sup>30</sup>; por otra, los despidos individuales o plurales aparecen recondu-

<sup>24</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", *AL*, 1995, T. III, págs. 559 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: "Las causas económicas y empresariales de despido", en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, cit., págs. 33 y ss. o SELLAS BENVINGUT, R.: "Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican la extinción del contrato de trabajo. Su concurrencia y requisitos para su estimación", *RTSS*, núm. 22, 1996, págs. 29-64.

<sup>25</sup> Al igual que en otras experiencias de Derecho comparado, según muestran en Italia, por ejemplo, SANTORO PASARELLI, G.: *Flessibilità e mercato del lavoro*, Turín, 1996, pág. 86 o ALESSI, V.: "Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina", *RGLPS*, 1995, T. I, pág. 241.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas "flexibilizadoras" de la relación laboral*, Madrid, 1998, págs. 418 y ss.

<sup>27</sup> HAEHL, J.Ph.: *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, París, 1981 o PIROVANO, A.: *Changement social et Droit negocie. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, París, 1988, págs. 140 y ss.

<sup>28</sup> EVANS, S., et altri.: "Unfair dismissal Law and changes in the role of trade unions and employer's associations", *Industrial Law Journal*, núm. 14, 1985, págs. 2-3.

<sup>29</sup> Pues el propósito —no se oculta— es limitar la discrecionalidad administrativa, "para huir de la fórmula arbitral integradora y de equidad, primando, en su lugar, la consecución de los acuerdos colectivos de regulación de empleo", RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.L.: "Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales", en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, Pamplona, 1997, pág. 249.

<sup>30</sup> PRADOS DE REYES, J.: "Despidos colectivos", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Dir.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994, págs. 225-246; DESDENTADO DAROCA, E.: "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. Coord.): *La reforma laboral de 1994*, cit., págs. 205-229; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, págs. 371-402; GOERLICH PESET, J.M.: "La iniciación del procedimiento de regulación de empleo por los representantes de los trabajadores: nuevos y viejos problemas", *RTSS*, núm. 14, 1994, págs. 7-26; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores", *AL*, 1995, T. II, págs. 357 y ss.; SERRANO CARVAJAL, J.: "El despido de

cidos al régimen legal de la extinción por causas objetivas, asentada en una decisión unilateral del empresario sin necesidad de período de consultas ni autorización administrativa, sometida tan sólo al control judicial posterior<sup>31</sup> (con lo que ello supone de pérdida de posiciones tanto de la Administración como de los representantes de los trabajadores, siempre interesados en poder ejercer un contrapeso lo más intenso posible en los despidos producidos en la empresa). De hecho, un abstencionismo de los actores sociales en esta cuestión no hace sino reforzar el ya de por sí excesivo protagonismo judicial en el sistema español de relaciones laborales.

La redefinición legal de despido colectivo trae como consecuencia la reducción del espacio vital asignado a los expedientes de regulación de empleo, al tiempo de provocar un efecto-expulsión de numerosas extinciones por causas económicas o reorganizativas por una dualidad de trato [art.51/art. 52 c)] con fundamento último en el hecho de que el supuesto de los despidos colectivos conlleva una situación de gravedad generalizada que obliga a la adopción de medidas de alcance global; de ahí la implantación de límites cuantitativos mínimos en el art. 51 ET, porque la crisis económica u organizativa es tan profunda como para poder llegar a afectar indistintamente a todos los estamentos productivos de la misma, o bien de forma sectorial, pero igualmente global y abstracta, sin consideración a concretos puestos de trabajo<sup>32</sup>. Por el contrario, en el caso del despido objetivo es preciso descender pormenorizada

colectivos mayores: procedimientos y efectos" y CALVO IBARLUCEA, M.: "Procesos de despido de colectivos menores y mayores", ambos en AA.VV.: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar...*, cit., págs. 213-226 y 227-248, respectivamente o NORES TORRES, L.E.: "El desarrollo reglamentario del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores: el procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, de 19 de enero", *AL*, 1996, T. I, págs. 353 y ss.

<sup>31</sup> DURÉNDEZ SÁEZ, I.: "El despido objetivo por crisis", en AA.VV.: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar...*, cit., págs. 155-184; SENRA BIEDMA, R.: "Los despidos individuales y plurales: incidencia de la nueva regulación", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *La reforma laboral de 1994*, cit., págs. 247-296; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, cit., págs. 355-370; MARZAL MARTÍNEZ, O.: "Los despidos objetivo y disciplinario en la reforma de 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo)", *TS*, núm. 46, 1994, págs. 17-30; TOVILLAS ZORZANO, J.J.: "Reflexiones sobre el despido objetivo por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción", *RL*, 1995, T. II, págs. 345 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo", *RL*, núm. 12, 1996, págs. 1-11; GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, M.A.: "Algunas consideraciones sobre la amortización de puestos de trabajo por causas económicas [art. 52.c) del ET] a la luz de los tribunales", *TS*, núm. 70, 1996, págs. 5-15 o DE LA VILLA DE LA SERNA, L.E.: "Consideraciones prácticas acerca del despido objetivo", *DL*, núm. 48, 1996, págs. 121-136.

<sup>32</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Empresa y despido: mecanismos extintivos...", cit., págs. 400-401.

e individualmente al análisis del concreto puesto de trabajo a amortizar para que tal decisión guarde una proporcionada relación de causa-efecto con la dificultad o crisis económica invocada, o bien con la necesidad reorganizativa<sup>33</sup>.

Sólo en parte se ha mantenido, por tanto (para los despidos colectivos), el requisito de autorización administrativa (si bien con una tramitación simultánea y no sucesiva de las fases de consulta y solicitud de autorización), atendiendo a las exigencias contenidas en la Directiva 75/129/CEE (revisada por Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio —“para incorporar nuevos contenidos a la vista de las transformaciones que se vienen produciendo en el sistema productivo de las economías europeas”<sup>34</sup>—, a partir de una compleja labor integrador de lo establecido en el anterior art. 51 ET, de las previsiones del RD 696/1980, de 14 de abril, y de las normas europeas cuyo contenido, por cierto —y en apretada síntesis—, únicamente se sitúa en el ámbito de introducción de reglas de “procedimentalización de los poderes empresariales”<sup>35</sup>). Como reflexión procede tener en cuenta —con la mejor doctrina— que el simple hecho de “procedimentalizar” el ejercicio del poder empresarial conduce a su tramitación sustantiva, sobre todo cuando la intervención de los representantes y/o, en su caso, la autorización administrativa son previas a la efectividad de la decisión extintiva empresarial, proporcionando a estos sujetos un poder de influencia real sobre la gestión empresarial<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa”, *RL*, núm. 10, 1998, pág. 6, criticando que “el eje de los razonamientos haya puesto el acento más en la supresión material del puesto que en la existencia de una sobra o exceso de mano de obra”.

<sup>34</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *TL*, núm. 44, 1997, pág. 29. Sobre la reforma francesa de 1986, que supone la desaparición de la autorización administrativa, ROCELLA, M.: “Despidos individuales y colectivos: los caracteres del modelo europeo”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, Pamplona, 1997, págs. 49 y ss. o TREU, T.: *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Padua, 1995, pág. 327.

<sup>35</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, cit., pág. 36 o CRUZ VILLALÓN, J.: *La aplicación de la Directiva...*, cit., págs. 32 y 57 y ss.

<sup>36</sup> KRAVARITOU-MANITAKYS, P.: “La proposition de Directiva de la Commission sur les licenciements collectifs et les mesures de protection des travailleurs”, *Revue du Marché Commun*, núm. 173, 1974, pág. 137; LÓPEZ LÓPEZ, J.: “La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: la Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos”, *REDT*, núm. 27, 1986, pág. 356. Con carácter general, y entre otros muchos, especialmente sugestivas las apreciaciones al respecto de OVIEDO ÁVALOS, A.: “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España”, *RL*, núm. 21, 1993, págs. 7 y ss. o MUT GONZÁLEZ, F.: “Adecuación de la legislación española a la normativa comunitaria sobre despidos colectivos”, *TS*, núm. 41, 1994, págs. 36 y ss.

## 2.2. La empresa como centro de imputación

El contexto propio de actuación del fenómeno extintivo es, además, la empresa<sup>37</sup>, no el centro o centros de trabajo eventualmente afectados por la medida<sup>38</sup>. El legislador opta así por entender que la situación de crisis debe ser abordada desde la globalidad; desde el conjunto de relaciones integrantes de la propia empresa como un todo<sup>39</sup>. No falta, sin embargo, quien haya sostenido la posibilidad de aplicar de forma alternativa las dos unidades de cómputo, en atención a la incidencia preferente de la propia causa extintiva<sup>40</sup>; incluso quien, con evidente realismo, postula acudir a unidades trascendentales —más allá de aquella unidad jurídica simple— para alcanzar al espacio económico ocupado por los grupos de empresas<sup>41</sup>, traspasando no sólo las fronteras regionales<sup>42</sup>, sino también las nacionales y las europeas<sup>43</sup>, a riesgo de provocar por medio de la descentralización fenómenos de *dumping* interno y de permitir apreciar las distintas causas que posibilitan el despido colectivo de forma más favorable al capital, facilitando que la sociedad dominante “pueda jugar a hacer aparecer cuentas en dificultad”<sup>44</sup>. Las referencias a los centros de trabajo aparecen más bien dentro del ámbito de representación de los intereses de los trabajadores, proporcionando así carta de naturaleza a la participación de las organizaciones sindicales siempre y cuando cumplan determinados presupuestos de implantación en la unidad productiva superior.

## 2.3. La problemática delimitación del referente causal

Precisamente la indeterminación legal a la hora de incluir el elemento causal en la definición de despido colectivo exige más que nunca la interven-

<sup>37</sup> Como consideran GOERLICH PESET, J.M.: “Los despidos colectivos”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 121 o NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Madrid, 1996, págs. 99-101.

<sup>38</sup> STSJ Castilla y León/Burgos 27 junio y 21 julio 1997 (Ar. 2473) y Cantabria 5 mayo 1997 (Ar. 1550).

<sup>39</sup> SSTSJ Castilla-La Mancha 27 junio 1995 (Ar. 2600) y Cataluña 19 julio 1995 (Ar. 3118).

<sup>40</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, cit., págs. 102 y 103.

<sup>41</sup> URBAN, Q.: “Le licenciement pour motif économique et le groupe”, *DS*, núm. 3, 1993, pág. 279.

<sup>42</sup> DUVAL, G.: “Smart: novateur, mais risqué”, *Alternatives Economiques*, noviembre, 1997, págs. 54 y ss.

<sup>43</sup> SAVATIER, J.: “Délocalisations d'activités et cause réelle et sérieuse de licenciement”, *DS*, núms. 7-8, 1993, pág. 648.

<sup>44</sup> MAURIN, L.: “Les prix de cession: petit jeu pour grandes entreprises”, *Alternatives Economiques*, enero, 1996, pág. 56.

ción de los interlocutores sociales y convierte, indudablemente, a la negociación colectiva en un marco idóneo para que los representantes de trabajadores y empresarios delimiten y especifiquen (doten de mayor seguridad jurídica, a la postre), respecto a una concreta organización o sector productivos, los supuestos precisos en los cuales se entiende concurren las causas habilitantes para utilizar del instituto extintivo<sup>45</sup>.

En tal intento, y desde el punto de vista de los ámbitos materiales afectados, las causas económicas parecen encontrar acabada expresión en los resultados de la explotación; las técnicas, en los medios o instrumentos de producción; las organizativas, en los sistemas y métodos de trabajo del personal y las productivas, en los productos o servicios ofrecidos por la empresa<sup>46</sup>. Sin embargo, la ausencia de un referente normativo claro del contenido causal que legitima el despido colectivo pone —al final— en manos de los jueces la tarea de precisar su significado y los supuestos a subsumir en cada una<sup>47</sup>; de pronunciarse, en definitiva, sobre una definición “estática” (asociada a la idea de pérdidas) o “dinámica” de la misma<sup>48</sup>. Los dos nuevos matices incorporados —y la variación semántica de lo tecnológico en técnico— no puede evitar la impresión que lleva a las severas —y justas— críticas de quienes consideran que, al final, todas las causas pueden ser reconducidas a una causa económica *lato sensu*, en tanto afectan de una manera u otra a la actividad productiva de la empresa<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Empresa y despido: mecanismos extintivos...”, cit., pág. 384.

Sobre las posibilidades de la autonomía privada en la materia, especialmente en la concreción de las causas legitimadoras de la extinción y sus problemas, BORRAJO DACRUZ, E.: “Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales”, *AL*, núm. 17, 1996, pág. 387; ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Problemas sustantivos y procesales subyacentes al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas”, *DL*, núm. 48, 1996, pág. 115; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo”, *RL*, núm. 21, 1997, págs. 15 y ss.; BAYLOS GRAU, A.: “Nuevas impresiones sobre la regulación de los despidos objetivos en la reforma laboral de 1997”, *AL*, núm. 3, 1998, págs. 39 y ss. o DEL REY GUANTER, S. y SERRANO OLIVARES, R.: “Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997”, *AL*, núm. 18, 1998, especialmente págs. 364 y ss.

<sup>46</sup> STS 14 junio 1996 (Ar. 5162).

<sup>47</sup> Tendencia que parece ser común en ordenamientos comparados. A modo de mero ejemplo, por la interesante forma de exponer diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, PATERNO, F.: “Sulla nozione di licenziamento per riduzione del personale”, *Argomenti di Diritto de Lavoro*, núm. 2, 1995, págs. 100 y ss.; CARABELLI, U.: “I licenziamenti per riduzione di personale: fattispecie e discipline”, *RGLPS*, 1995, T. I, págs. 225 y ss. o D’ANTONA, M.: “Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della L. 223/1991”, *Foro Italiano*, 1995, T. I, especialmente pág. 2027.

<sup>48</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Los despidos colectivos”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Comentarios...*, cit., pág. 103.

<sup>49</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Los despidos por causa económica”, cit., pág. 405.

### 2.3.1. Causas económicas

Precisamente la anfibológica noción de causa económica<sup>50</sup> (casi tanto como la resultante de la opción metodológica de exclusión negativa adoptada por la Directiva de 1992<sup>51</sup> —muchas veces disfrazada, incluso, de otro concepto no menos ambiguo como es el de “público interés de la empresa”—<sup>52</sup>), queda vinculada, ahora en sentido estricto, a los resultados de la explotación y, si por éstos se entienden las pérdidas o ganancias, tenderá a ser valorada a través de la expresión contable de una situación negativa, es decir, como su reflejo en el balance o en la cuenta de resultados<sup>53</sup>. Como tal cabe entender “algo que no se haya previsto por ninguna regla de verdadera observancia y que debe valorarse con el conjunto obrante en el mismo”; una “serie de acontecimientos en virtud de los cuales la empresa está produciendo continuamente pérdidas, a pesar de los esfuerzos, faltando los recursos o siendo inútil la inversión para la prosecución de la actividad productiva”<sup>54</sup> o, en definitiva, el “estado desequilibrado y crítico en la estructura económica y financiera de la empresa”<sup>55</sup>, por tanto, procederá apreciar la presencia de causas económicas en el caso concreto cuando la empresa presente un estado tal de desajuste en su estructura económica y financiera, una situación de déficit o pérdidas en su explotación o en cualquier situación de inviabilidad económica que no permita mantener el nivel de empleo.

La situación negativa solía aparecer asociada a la idea de crisis, y ésta a la existencia de pérdidas, o al menos a la caída de beneficios, de acuerdo con una orientación tradicional en el Derecho patrio<sup>56</sup>. Algunos pronunciamientos judiciales, se hacen eco de tan ancillares tesis administrativas y judiciales y acaban exigiendo, para poder apreciarla, la presencia del triple requisito de realidad, suficiencia y actualidad: han de afectar a la propia empresa, sin que baste, por ejemplo, la crisis de un determinado sector de producción —o grupo de

<sup>50</sup> HENRY, M.: “La notion de motif économique”, *DS*, núm. 6, 1995, págs. 551 y ss.

<sup>51</sup> Extenso y actualizado análisis en CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva...”, cit., págs. 43 a 47.

<sup>52</sup> TEUBNER, G.: “The public interest of the enterprise ‘in itself’”, en AA.VV. (ROGOWSKI, R. y WILTHAGEN, T., Eds.): *Reflexive Labour Law*, Boston, 1994, págs. 21 y ss.

<sup>53</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo. El despido objetivo económico tras la reforma de 1997”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 1997. Dossier Práctico*, Madrid, 1997, pág. 77.

<sup>54</sup> STSJ La Rioja 2 mayo 1995 (Ar. 1791).

<sup>55</sup> SJS, núm. 33, Madrid, 20 septiembre 1994.

<sup>56</sup> Crítica por algún sector doctrinal, RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal*, Madrid, 1994, págs. 116 y ss. o DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, cit., págs. 133 y ss.

empresas<sup>57</sup>; además han de ser objetivas “para que sirvan de fundamento a un expediente de regulación de empleo”<sup>58</sup> y estar acreditadas, al punto de ser consideradas por la doctrina comparada como un “verdadero acto de administración”<sup>59</sup>, a incluir necesariamente en un plan de alcance más amplio y globalizador de reestructuración de los recursos de la empresa<sup>60</sup>. Otros por contra, con la mayoría de la doctrina<sup>61</sup>, consideran que la reforma debe servir para eliminar de manera definitiva tales corsés y predicar, flexibilidad en mano, que, o no están vigentes, o, si lo están, han quedado sustancialmente relativizados<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Dada la gran facilidad para simular causas económicas en los grupos de empresa, permitiendo “insolventar” alguna de las del grupo, URBAN, Q.: “Le licenciement pour motif économique et le groupe”, cit., págs. 272 y ss. y PICCA, G.: “Le Droit du Travail à l’épreuve de l’Economie. A propos des licenciements collectifs pour motif économique dans les groupes de sociétés”, *DS*, núm. 1, 1994, págs. 26 y ss.

<sup>58</sup> STS 19 diciembre 1988 (Ar. 9414).

<sup>59</sup> LYON-CAEN, A.: “Les orientations générales de la réforme”, *Annales de l’Université de Toulouse*, Toulouse, 1986, pág. 20.

<sup>60</sup> Esta exégesis del precepto se mantiene en las SSTSJ País Vasco 28 noviembre 1995 (Ar. 4386), Cataluña 13 marzo 1996 (Ar. 1869) o Canarias/Las Palmas 22 abril 1997 (Ar. 1486). En esta línea interpretativa, NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo”, *AL*, núm. 43, 1996, págs. 823-824.

<sup>61</sup> La norma no supedita las extinciones contractuales a la adopción de otras medidas; ni siquiera obliga a usar otras con anterioridad —preventivamente— o de manera coetánea al despido. ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: “El despido por causas objetivas económicas en la doctrina del Tribunal Supremo y en los Tribunales Superiores de Justicia (A propósito de la sentencia del TS de 24 de abril de 1996)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 271, 1996, pág. 3.

No obstante, la inserción de la medida laboral en un plan de saneamiento de la empresa que no recaer exclusivamente sobre los trabajadores constituye un indicio que refuerza la acreditación de la razonabilidad y necesidad de la misma, SSTSJ Cataluña 20 enero 1997 (Ar. 850) o Baleares 2 mayo 1997 (Ar. 1564), considerando improcedente el despido por causas económicas cuando existe posibilidad de movilidad funcional del personal afectado.

<sup>62</sup> Basten las siguientes consideraciones doctrinales, no del todo coincidentes por cierto (nuevo signo de la relatividad en la interpretación): “La ‘realidad’... continúa siendo una exigencia...; un nuevo matiz se incorpora a la nota de ‘suficiencia’... Por último, la nota de ‘actualidad’ también resulta relativizada” [RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.L.: “Los despidos por causas económicas...”, cit., págs. 230-231]. “El requisito de inevitabilidad o suficiencia de las medidas extintivas... requiere de algunas precisiones... El requisito de actualidad ha de considerarse en gran medida obsoleto... También se atenúa el requisito de realidad... La nueva configuración del elemento causal parece debilitar en gran medida la objetividad [MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo, algunas reflexiones críticas”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., págs. 183 a 186.

Permítase al autor un breve *excursus* con fundamento en algunas muy lúcidas reflexiones de alguien con más autoridad<sup>63</sup>. Cada vez en mayor medida las leyes incluyen conceptos económicos con clara vocación de eficacia jurídica (“juridificación” de un conflicto económico, en verdad<sup>64</sup>), en tanto han de ser interpretados por quien aplica el precepto legal en el cual aparecen incluidos. No es que “la terminología económica resulte exótica a los jueces por pertenecer a una ciencia ajena a su saber; es que esa terminología ya no es científica, por haber sido vulgarizada por la ausencia de significado unívoco, en tanto sirve para hacer referencia a realidades distintas y, en ocasiones, distantes; a la inversa, realidades próximas a realidades distintas se describen mediante fórmulas que, al menos externamente, guardan poca relación entre sí. Todo ello les hace perder credibilidad como verdaderas *regulae iuris*”. Su fungibilidad les condena, por tanto, “lo que de ningún modo se puede intercambiar es la naturaleza, judicial y administrativa, de la decisión que revocaría la decisión patronal”, y no se olvide en este supuesto cómo “los jueces, al invocar unos mismos enunciados legales que la Administración no están aplicando al caso ninguna regla de derecho, es decir, una auténtica norma jurídica, pues no es tal la que permite a un órgano administrativo resolver discrecionalmente la solicitud planteada; precisamente porque la resolución no ejecuta nada, hay discreción. Y algo de esto viene a ocurrir también con la sentencia, que, al no aplicar ninguna norma, está en realidad fallando discrecionalmente. Naturalmente es preciso salvar la apariencia de la juridicidad del juicio...; [y esto se hace sin] referirse a hechos pasados, sino a pronósticos de futuro, que ni el perito más experto podrá certificar”.

Reflexiones como la anterior avanzan la conclusión final del intérprete. El efecto primordial de la “intrusión” de un lenguaje económico en la norma legal es su vulgarización, “hasta el punto de resultar indiferente su aplicación por los jueces o por los delegados gubernativos. Una muestra más, como se ve, de la

Postulando el mantenimiento de la tesis tradicional, aun con nuevos matices, entre otros, GOERLICH PESET, J.M<sup>º</sup>: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 1994, págs. 76 y ss. o SALCEDO BELTRÁN, M<sup>º</sup>.C.: “La causa económica en el despido objetivo”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., págs. 139 y ss.

Para comprobar las contradicciones de las tesis, y no entrar en un sinnúmero de apreciaciones particulares, cabe oponer a la primera de las afirmaciones otras tan radicalmente enfrentadas como la de LÓPEZ GÓMEZ, J.: “Las causas económicas y empresariales del despido”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, cit., pág. 54: “La objetividad resulta exigible puesto que aparece expresamente recogida en los arts. 49, 52 y 53 del ET y aunque no resulta establecida en el art. 51, es aplicable también a este precepto, puesto que sería absurdo exigirla respecto de decisiones de menor entidad y no en las medidas de mayor trascendencia”.

<sup>63</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Conceptos económicos en la regulación de las relaciones de trabajo (Una novedad de nuestras relaciones laborales)”, *REDT*, núm. 86, 1997, págs. 829 y ss.

<sup>64</sup> RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.L.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación por despido*, cit., pág. 246.

confusión entre Política y Derecho, especialmente manifiesta hoy en la judicialización de la primera, que, como no podía ser menos, arrastra ineluctablemente a una politización del segundo”.

Completando tales afirmaciones procede advertir, con otros juristas, cómo “la economización del Derecho del Trabajo, esa especie de subordinación de los objetivos de mejora de las condiciones de los trabajadores al progreso [estabilidad] económico [general y/o de su empresa], se manifiesta como insuficiente, porque, después de tal sometimiento, y pese a los efectos beneficiosos que para el crecimiento económico se derivan del ‘sacrificio’ de lo laboral, no se produce un efecto posterior y consecuente de mejorar el contingente humano”<sup>65</sup>. En consecuencia, las reformas pasadas y las futuras deben tener presente que el Derecho del Trabajo nunca puede dejar de ser el instrumento más adecuado para salvaguardar la dignidad humana del trabajador a través de sus también dignas condiciones de trabajo. Entre la servidumbre del Derecho Laboral al dato económico y la grandeza de sus fines de protección humana y social será menester luchar sin desánimo para que siempre haya una normativa, un ordenamiento que se imponga a la voluntad de las partes. “La flexibilidad no puede ser dominante”<sup>66</sup>.

### 2.3.2. Causas técnicas, organizativas y de producción

El hecho de “rebautizar”<sup>67</sup> las causas antes tecnológicas como técnicas, por contra, no parece significar la pérdida de su sentido pasado. Seguirán referencia a las vinculadas a razones de competitividad que aconsejen la adopción de medidas tendentes a racionalizar la actividad productiva, incorporando los necesarios avances para mejorar la presencia de la empresa en el mercado. En definición jurisprudencial harto elocuente, serán todas aquellas que implican una alteración del proceso de producción, introduciendo nuevos métodos a partir de los cuales resulta de todo punto necesaria la reestructuración de los servicios o especialización precisas<sup>68</sup>; en modificación provocada, normalmente, por la obsolescencia de determinados medios de producción en relación con unos puestos de trabajo convertidos en ineficaces a causa del progreso científico-tecnológico. Concurrirán, por tanto, cuando, aun con resultados económicos positivos, la organización de los recursos puede ser mejorada en aras a la viabilidad y empleo futuros<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> MARÍN CORREA, J.M.: “Los valores fundamentales en la relación de trabajo”, cit., pág. 1143.

<sup>66</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., et alii: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Madrid, 1998, pág. 41.

<sup>67</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Los despidos colectivos”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios...*, cit., pág. 99.

<sup>68</sup> SJS, núm. 31, Madrid, 28 septiembre 1994 o núm. 7, Alicante, 4 octubre y 19 diciembre 1994.

<sup>69</sup> STSJ La Rioja 2 mayo 1995 (Ar. 1791).

Por su parte, las causas organizativas<sup>70</sup> responden a la necesidad de adecuar la propia estructura de la empresa, así como sus medios personales y materiales, a las líneas de producción desarrolladas para de este modo obtener una mayor y/o mejor presencia en los mercados en los cuales ha de actuar<sup>71</sup>, exigiendo en ocasiones cambios en el organigrama empresarial, “redistribuyendo funciones y responsabilidades de una forma más racional, eliminando centros de responsabilidad y creando otros nuevos, lo que va a permitir una mejor atención al cliente garantizando así la viabilidad futura de la actividad y empleo”<sup>72</sup>. Serán aquellas “necesarias para la mejor coordinación de medios y personas, que contribuya a mejorar la viabilidad y el empleo”<sup>73</sup>, si bien ha sido debatido su alcance en relación con las medidas de descentralización productiva<sup>74</sup>, pues para poder justificar su oportunidad será necesario (“definición finalista de las causas”<sup>75</sup>) que a tal fenómeno, y a los despidos de ella derivados, acompañe como razón última alguna de las finalidades contempladas en el precepto: “la descentralización debe constituir una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva”, como cauce apropiado para asegurar “la viabilidad de la empresa o su competitividad” y no un simple medio para “lograr un incremento del beneficio empresarial”<sup>76</sup>.

En íntima conexión con el tratamiento dado a las causas técnicas, los órganos judiciales consideran que implican, en verdad, “un reajuste en la organización productiva”<sup>77</sup>; a diferencia de las técnicas, no requieren una inversión empresarial en nuevos bienes de capital. No faltan tampoco pronunciamientos para los cuales “la mera organización no es por sí causa justa de despido, si no se fundamenta en su caso en una situación de crisis de la empresa, y se garantiza mediante ella la viabilidad de la misma”<sup>78</sup>, habida cuenta la norma exige,

<sup>70</sup> Con ellas y la de “producción” se está aludiendo a supuestos en los que la crítica situación de la empresa no tiene que ser determinante de la legitimidad del despido, de igual forma que en lo sucesivo tampoco será necesario remitir su justificación a exigencias de estricto carácter económico. PRADOS DE REYES, F.J.: *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, Valencia, 1997, pág. 48.

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas “flexibilizadoras”...*, cit., pág. 425.

<sup>72</sup> STSJ Navarra 31 julio 1997 (Ar. 2542).

<sup>73</sup> STSJ La Rioja 2 mayo 1995 (Ar. 1791).

<sup>74</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DURAN HERAS, A.: “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, en AA.VV.: *Los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción*, Madrid, 1996, págs. 95-96.

<sup>75</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo...”, cit., págs. 167 y ss.

<sup>76</sup> STS 21 marzo 1997 (Ar. 2615).

<sup>77</sup> SJS, núm. 7, Alicante, 4 octubre y 19 diciembre 1994.

<sup>78</sup> SSTSJ País Vasco 30 enero 1996 (Ar. 208), Extremadura 21 marzo 1997 (Ar. 1070) o Navarra 31 julio 1997 (Ar. 2542).



para que puedan prosperar, una medida capaz de contribuir "a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos. Este elemento finalista no es susceptible de ser probado con la rotundidad exigible respecto a los hechos, ya que no se trata de tal, sino de una previsión de futuro. Mas sí es exigible una actividad que tienda a acreditar que las extinciones que se acuerdan tendrán, racionalmente, aquel efecto"<sup>79</sup>. "No es causa suficiente, tampoco, la mera conveniencia o utilidad para la empresa de la adopción de esta medida cuando realmente no se encuentra en peligro el mantenimiento futuro de la actividad empresarial"<sup>80</sup>.

Por último, las causas productivas constituyen una subclase diferenciada de las económicas y hacen referencia a las necesidades empresariales de ajustar su capacidad productiva al mercado sin perder posiciones en el mismo; afectan a sus costes y volumen para tratar de adecuarlos a las exigencias del instrumento ordenador del capital, evitando el peligro que, de mantener su desajuste, provocaría para la competitividad de la empresa<sup>81</sup>. Tal y como entienden recientes pronunciamientos judiciales, es productivo, en definitiva, "aquello que arroja un resultado favorable de valor entre precios y costes"<sup>82</sup>.

No es imposible, tampoco y por supuesto, que en un supuesto concurren varias causas<sup>83</sup> (como ocurre, por ejemplo, cuando el servicio de cafetería de una dependencia municipal es deficitario —causa económica— y además el local que ocupa necesario para otro fin prioritario —causa organizativa—<sup>84</sup>; o cuando un déficit de rentabilidad —causa económica— se afronta con la supresión de determinadas delegaciones de la empresa —causa organizativa<sup>85</sup>); en cualquier caso, el problema fundamental en la delimitación de las causas no radica tanto en su definición, cuanto en determinar hasta qué punto puede el juez inmiscuirse en la valoración realizada por quien las invoca para proceder al despido. En teoría la modificación en la redacción de los arts. 51 y 52 c) ET

<sup>79</sup> STSJ Cataluña 28 octubre 1997 (Ar. 3736). "La reorganización de la estructura empresarial, como causa justificativa del despido, sigue ligada a una determinada finalidad, cual es la del mantenimiento de la actividad empresarial, por lo que habrán de ofrecerse los términos de conexión entre una y otra para poder calificar de procedente la decisión extintiva de la empresa", STSJ Cataluña 30 junio 1998 (Ar. 3175). "Se justifica la decisión extintiva en base a la desaparición de las funciones administrativas por haber sido centralizadas las contabilidades de todas las empresas que conforman el grupo", STSJ Cataluña, 6 julio 1998 (Ar. 3184).

<sup>80</sup> STSJ Cataluña 28 octubre 1997 (Ar. 3736).

<sup>81</sup> SJS, núm. 31, Madrid, 28 septiembre 1994 o núm. 7, Alicante, 19 diciembre 1994.

<sup>82</sup> STSJ La Rioja 2 mayo 1995 (Ar. 1791).

<sup>83</sup> MONTOYA MELGAR, A.: "Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)", *RMTAS*, núm. 8, 1998, pág. 64.

<sup>84</sup> STSJ Galicia 30 julio 1996 (Ar. 3299).

<sup>85</sup> STSJ Castilla-León/Valladolid 8 abril 1996 (Ar. 1307).

no ha dotado al empresario de una facultad para valorar libremente las causas; en la práctica, empero, así lo parece y en muchos casos así es. El único remedio pasará por "desrelativizar" aquellas categorías fruto de una experiencia de años y exigir que el control judicial del despido se realice de acuerdo con los parámetros establecidos por el legislador, de forma que no permita considerar como situación negativa, por ejemplo, la disminución de beneficios, ni una mayor expectativa de ganancias, al optimizar mejor los recursos humanos, sino que haga necesaria una real, suficiente y actual —o potencial pero evidente— amenaza a la viabilidad de la empresa<sup>86</sup>.

Por consiguiente, no será tan importante la presencia de las causas señaladas, cuanto que, tras verificar la existencia de la situación negativa empresarial<sup>87</sup>, sea posible alcanzar a entender que la adopción por la empresa de las medidas propuestas le permitirá superar una situación en sí misma no necesariamente irreversible o última, sino tan sólo (con el cambio —paulatino que no abierto, como algunos propugnan— de una estrategia defensiva en la gestión de la empresa a una estrategia ofensiva<sup>88</sup>) "negativa"<sup>89</sup>, pero ciertamente tal; razón por la cual no sólo ha de existir un riesgo serio para la subsistencia de la empresa y una relación de causalidad entre aquél y el mantenimiento de determinados puestos de trabajo, sino también la incidencia de la extinción de los contratos sobre el nivel de empleo en la empresa<sup>90</sup>, no en vano los fines previstos en la norma revisten el carácter de verdaderos "elementos reglados" en punto a valorar la adecuación y la razonabilidad de los despidos", aun cuando la Ley —al añadir nuevas causas específicas— persiga distinguir diferentes modos de operar para aplicar la existencia de una causa justificada vinculada al funcionamiento de la empresa como fundamento del lícito ejercicio de la facultad del despido<sup>91</sup>.

Patente resulta, por tanto, que no se introducen verdaderas definiciones causales; más bien la norma "aclaratoria" realiza una definición por resultados, entendiéndose que concurren los "motivos" legales cuando las medidas adoptadas conducen o coadyuvan razonablemente a la consecución de unos fines genéricos; es decir (juicio de idoneidad de la medida en relación a los obje-

<sup>86</sup> STSJ Asturias 26 mayo 1995 (Ar. 1822).

<sup>87</sup> Supuestos de pérdidas sostenidas o cualquier situación de invalidez económica de la empresa, STSJ Castilla y León/Valladolid 2 mayo 1995 (Ar. 2037).

<sup>88</sup> Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, 1996, págs. 179 y ss.

<sup>89</sup> SSTSJ Madrid 18 septiembre 1997 (Ar. 1725) y 16 enero 1998 (AL 1998, 779), País Vasco 24 diciembre 1996 (Ar. 4142) o Asturias 4 julio 1997 (Ar. 2415), las cuales no exigen que la medida extintiva tienda a los fines normativamente fijados, sino que las circunstancias concurrentes determinen el cese del negocio. *Contra*, STSJ Extremadura 18 diciembre 1995 (Ar. 4718).

<sup>90</sup> STSJ Navarra 26 septiembre 1995 (Ar. 3172).

<sup>91</sup> RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.L.: "Los despidos por causas económicas...", cit., pág. 227 y 229.

tivos), la definición causal tiene lugar atendiendo a los objetivos perseguidos por la adopción de las medidas propuestas.

### 2.3.3. Causalidad y *onus probandi*

Las “secuelas” fundamentales de los anteriores parámetros y exigencias encuentran expresión última en la prueba del despido, cuya carga procesal habrá de comprender, para que el despido colectivo sea declarado procedente en el plano de la legitimidad causal, no sólo la existencia de las razones enunciadas en el art. 51.1 ET, sino también la adecuación del despido a las finalidades pretendidas<sup>92</sup>. Es decir, y de un lado, su contribución “a superar una situación económica negativa de la empresa”<sup>93</sup> (cuando la razón invocada sea económica únicamente; si bien consiste en una exposición, como tantas otras en este contexto, no sólo difícil de delimitar, sino casi imposible de fiscalizar<sup>94</sup>), materia ésta que difícilmente puede ser objeto de prueba en el sentido procesal del término y hará necesario aligerar las exigencias al efecto<sup>95</sup> y

<sup>92</sup> La posibilidad de aplicar otras medidas alternativas debe ser alegada y probada por el trabajador, aun cuando la efectividad de este dato dependerá de la posición adoptada en torno al concepto de despido como última *ratio*, GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M.: “El procedimiento de despido objetivo”, en AA.VV. (ARAMENDI SÁNCHEZ, P., Coord.): *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Madrid, 1996, pág. 275.

<sup>93</sup> Desde el punto de vista judicial ha resultado difícil identificar la situación económica negativa de la empresa, pues es, a la vez, la actualización de la causa y el punto de referencia para la finalidad de la medida extintiva. Frente a una tesis más estricta, que considera la situación negativa en términos de situación de crisis traducida en pérdidas [en este sentido se han pronunciado las SSTSJ Cantabria 5 diciembre 1994 (Ar. 4881), Galicia 8 febrero 1995 (Ar. 584), Murcia 23 octubre 1995 (Ar. 4050) —“no una disminución de beneficios... sino una permanente y progresiva situación de pérdidas y disminución de clientes”—, Andalucía/Granada 5 julio 1995 (Ar. 2976) —“la simple reducción de beneficios no es una situación negativa”— o Andalucía/Málaga 4 octubre 1996 (Ar. 3691) —la situación negativa implica “desequilibrios graves en el balance y la cuenta de resultados”—]; otra, por contra, admite que la caída de beneficios puede ser considerada como una situación negativa [SSTSJ Castilla y León/Valladolid 29 noviembre 1994 (Ar. 4411) y 13 febrero 1996 (Ar. 3639) o Cataluña 4 septiembre 1996 (Ar. 3639)].

<sup>94</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La configuración causal del despido colectivo...”, cit., pág. 192.

<sup>95</sup> Considerando normalmente suficiente la medida que “contribuya” a superar la situación negativa, aun cuando no logre una recuperación definitiva [STSJ País Vasco 20 junio 1995 (Ar. 2523)]; si bien en algunos casos cabe exigir —como fianza— acreditar su suficiencia para superar la crisis o, al menos, su carácter de contribución decisiva en tal sentido [SSTSJ Navarra 26 julio 1995 (Ar. 3172), País Vasco 3 octubre 1995 (Ar. 3702), 30 enero y 19 febrero 1996 (Ar. 208 y 952); Valencia 5 febrero 1996 (Ar. 1959) o Cataluña 30 mayo 1996 (Ar. 1674)]; la desafortunada utilización de la expresión “superar” ha llevado —en su aplicación extrema— a algunas decisiones que, centradas

convertir el *onus probandi* en sentido estricto, en la argumentación sobre un terreno, por cierto, en el cual las estrategias empresariales pueden ser no sólo distintas, sino también contradictorias; motivo por el cual no se alcanza a delimitar con precisión el papel que corresponde al juez o a la Administración, quienes no pueden sustituir por la suya la decisión del empresario al considerarla más adecuada o apropiada a la finalidad de la ley<sup>96</sup>. De otro, “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”, sin que sea suficiente la justificación de una innovación tecnológica u organizativa a partir de la cual mejorar su estructura productiva y su competitividad, haciendo necesario acreditar también su servicio al intento de hacer frente a la existencia de una situación de peligro o de un riesgo de viabilidad<sup>97</sup>, aun cuando, en ocasiones, la interpretación es más flexible y admite que la renovación de los medios de producción es siempre una garantía de futuro<sup>98</sup>.

El control causal en los supuestos de reducción de plantillas debe adecuarse, por tanto, a parámetros de razonabilidad<sup>99</sup> (medida en su regularidad técnico-organizativa que prohíbe cualquier abuso de Derecho y llama a la buena fe<sup>100</sup>), acordes con el objetivo de conseguir la desaparición de los elementos de rigidez interpretativa existentes en la tradición administrativa, pues el juzgador en ningún caso deberá asumir facultades organizativas para las cuales sólo el empresario resulta competente.

Sabido es que esta exigencia de razonabilidad remite necesariamente a una noción de contenido variable, propia de conceptos jurídicos indeterminados, la cual, si bien tiene la virtud de servir para crear —o al menos “asegurar el mayor desarrollo”<sup>101</sup>— el Derecho y es propia de su concepción flexible, presenta, empero, el envés de toda libertad mal medida: perderse en una discrecionalidad que reniega de las exigencias mínimas de la seguridad jurídica.

Los datos anteriores no deben llevar a pensar, de nuevo, que en estos casos no existe ningún tipo de control judicial sobre la decisión extintiva empresarial;

en una interpretación literal, niegan la posibilidad de despido en los supuestos de cierre total o inviabilidad definitiva de la empresa [SSTSJ Extremadura 18 diciembre 1995 (Ar. 4718) o Aragón 3 julio 1996 (Ar. 2544). *Contra*, admitiendo el despido del último trabajador. STSJ Cantabria 10 abril 1996 (Ar. 1322)].

<sup>96</sup> RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.L.: “Los despidos por causas económicas...”, cit., pág. 235.

<sup>97</sup> SSTSJ La Rioja 21 abril 1995 (Ar. 1373) y Cataluña 19 octubre y 9 diciembre 1995 (Ar. 4007 y 4900) o 9 abril 1996 (Ar. 1414).

<sup>98</sup> STSJ Cataluña 3 octubre 1995 (Ar. 3950).

<sup>99</sup> PERSIANI, M.: “Considerazioni sul controllo di buona fe dei poteri del datore di lavoro”, *Il Dir. Lav.*, 1995, T. I, pág. 134 y “Diritto del Lavoro e razionalità”, *Argomenti di Diritto e Valori*, núm. 1, 1995, págs. 9 y ss. o TOPO, A.: *I poteri dell'imprenditore...*, cit., págs. 43 y ss.

<sup>100</sup> PERULLI, A.: *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., pág. 190; por su acierto, especialmente nota 130.

<sup>101</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo...”, cit., pág. 177.

antes al contrario, aun cuando éste deberá ser eminentemente negativo, es decir, ceñido a detectar si las extinciones decididas por el empresario son o no desproporcionadas teniendo a la vista la entidad de las circunstancias acreditadas<sup>102</sup>. La doctrina unificada del Tribunal Supremo viene considerando innecesario que el despido sea por sí sólo medida suficiente para superar la crisis; basta su colaboración a este resultado, y contribuir es sólo “ayudar o concurrir con otros al logro de algún fin”, aun cuando “la contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que persigue” y no “ocasional, tangencial o remota”<sup>103</sup>. Los despidos no sirven —o no deberían servir— únicamente para superar la situación negativa, sino también para acotar sus efectos: “la empresa se considera inviable y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir”<sup>104</sup>; de ahí, precisamente, las provisiones especiales establecidas para la empresa en quiebra o suspensión de pagos<sup>105</sup>. Comprobar la presencia de una situación económica negativa es una condición necesaria, pero no suficiente para justificar la extinción, pues bien pudiera ocurrir que el contrato de trabajo extinguido no presente relación alguna con aquel argumento<sup>106</sup> y encubrir el intento de burlar la ley a través de tal vía.

El bagaje de razonamientos acumulados lleva a colegir que el legislador pretende un trasvase del riesgo en la relación empresario-trabajador ante la crisis. Mediante éste amplía el *aleas* (ya no sólo para modificar o suspender) que permite extinguir el contrato en interés de la organización productiva y la

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Proceso especial de extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción” en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid, 1996, pág. 390 y BLANKENBURG, E. y ROGOWSKI, R.: “German Labour Courts and the British Industrial Tribunal system: A socio-legal comparison of degrees of judicialisation”, *Journal of Law and Society*, núm. 13, 1986, págs. 67-92.

<sup>103</sup> STS 24 abril 1996 (Ar. 5297). No obstante, tal decisión ha sido criticada por traer causa exclusivamente en la objetivación de la crisis, sin entrar en un juicio de razonabilidad sobre la decisión empresarial, ni en la valoración del despido desde la perspectiva de su inevitabilidad. BELTRÁN MIRALLES, S.: “El despido por causas económicas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1996”, *AL*, núm. 43, 1996, págs. 841 y ss. o GARCÍA NINET, J.L.: “Extinción del contrato por causas objetivas: Despido objetivo/individual por razones económicas, ¿contribuye a superar una situación económica negativa de la empresa?. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de abril de 1996. Comentario de urgencia”, *TS*, núms. 68-69, 1996, págs. 99 y ss.

<sup>104</sup> STS 14 junio 1996 (Ar. 5162).

<sup>105</sup> En Derecho comparado, magnífico el análisis de la reducción de puestos de trabajo en empresas sujetas a procedimiento concursal en TOPO, A.: *I poteri dell'imprenditore...*, cit., págs. 103 a 100.

<sup>106</sup> Por ejemplo, si las pérdidas son debidas a costes financieros o a un exceso de plantilla en otras unidades de producción. DESDENTADO BONETE, A.: “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo...”, cit., pág. 81.

certeza en la relación jurídica del trabajador se ve, al tiempo, ampliamente (¿en exceso?) relativizada. No puede extrañar, en consecuencia, que, ante tales desmanes, la doctrina prefiera acudir a la *aequitas* civil con el objetivo de encontrar criterios (de los cuales el Derecho del Trabajo ha abjurado) “que neutralicen tendencias excesivamente economicistas en el contrato de trabajo”<sup>107</sup>; mucho menos llegar a considerar realmente “paradójico [y lamentable, dicho sea de paso,] que haya de acudirse a la matriz común para realizar la función tuitiva de los intereses de los trabajadores, considerada tradicionalmente como rasgo configurador del Derecho del Trabajo”, cuando ha optado por una suerte de “extracontractualización del fenómeno”<sup>108</sup>.

#### 2.4. La combinación tiempo-número de despidos como freno al intento fraudulento de cambiar las causas empresariales colectivas en objetivas

La nueva Ley entiende por “colectivo”, no cualquier despido cuando supere lo individual, sino sólo aquél que, fundado en las causas antes vistas, y en un período de noventa días<sup>109</sup> —naturales<sup>110</sup>—, afecte al menos a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien; el diez por ciento de la plantilla en empresas que lo hagan entre cien y trescientos o treinta trabajadores en aquellas empresas en las cuales presten servicios trescientos o más trabajadores; además, como excepción a tan rígidos cánones, serán también colectivos aquéllos si aparece involucrada la totalidad de los trabajadores de la plantilla, siempre y cuando el número de trabajadores afectados sea superior a cinco y cese la actividad empresarial por las causas tantas veces mentadas.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil”, *RL*, núm. 21, 1996, pág. 3.

<sup>108</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo...”, cit., pág. 195 a 197.

<sup>109</sup> No establece la Ley el *dies a quo* ni el sentido del cómputo, lo cual ha provocado discrepancias importantes entre la doctrina científica: para algunos autores, aquél opera en un doble sentido, hacia adelante y hacia atrás, desde la fecha de la decisión extintiva [GOERLICH PESET, J.M.: “Los despidos colectivos”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 129]; para otros el período actúa hacia delante [BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, 1996, pág. 219; GARRIDO PÉREZ, E.: “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, cit., pág. 105]; sosteniendo que el cómputo temporal se proyecta hacia atrás, exclusivamente, hacia el pasado de modo que cada decisión extintiva debe ser enjuiciada en el momento de su adopción, sin proyecciones de futuro, NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, cit., pág. 104, (en el mismo sentido SSTSJ Cataluña 29 marzo 1996 —Ar. 650— y Galicia 21 noviembre 1996 —Ar. 3876—).

<sup>110</sup> BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, 1996, pág. 219.

En el cómputo del número de extinciones de contratos referente preciso será necesario tener en cuenta cualesquiera producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud otros "motivos no inherentes a la persona del trabajador" distintos de la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. La regla —prueba evidente de una acertada "tendencia hacia la individualización de las causas de extinción" del contrato<sup>111</sup>— no deja de presentar algunas dificultades de interpretación, en tanto la expresión ha sido tomada de la norma comunitaria y carece de equivalente claro en el Derecho español.

Será necesario así proceder a valorar las distintas causas extintivas del art. 49 ET una a una para determinar cuáles son inherentes a la persona del trabajador y cuáles no. Procede convenir en este intento cómo el art. 51.1.4º ET elimina correctamente del cómputo las mencionadas causas del art. 49.1 c) ET desde luego, no afectan a la persona del trabajador, sino a un hecho objetivo que delimita la duración del contrato desde su suscripción<sup>112</sup>. Por la misma razón procede hacer lo propio respecto al supuesto extintivo del art. 49.1 b) ET (causas consignadas válidamente en el contrato, salvo si constituyeran abuso de derecho manifiesto por parte del empresario), aun cuando la razón sea invocada por el propio empresario. El mutuo acuerdo podría igualmente ser excluido, en tanto no provoca *a priori* una extinción a instancia del empresario, sino por la voluntad concorde de las partes<sup>113</sup>; las más serias dudas surgen, sin embargo, cuando el acuerdo extintivo haya sido promovido por la empresa en supuestos tales como bajas incentivadas o jubilaciones anticipadas<sup>114</sup>, pues en tales casos lo que formalmente mutuo acuerdo, en su origen no deja de ser decisión unilateral del empresario al cual tantas veces el trabajador no puede sino adherirse.

Los motivos no inherentes a la persona del trabajador comprenderían, de este modo, "no sólo las extinciones que se producen por circunstancias concurrentes en la persona de aquél (muerte, invalidez permanente<sup>115</sup>, ineptitud<sup>116</sup>, jubilación y falta de adaptación a la evolución de las modificaciones técnicas del trabajo), sino también aquellas con origen en su conducta (abandono, dimisión, incumplimiento contractual y absentismo justificado)"<sup>117</sup>.

<sup>111</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, J.A.: "La tendencia hacia la individualización de las causas de extinción colectiva a través del despido objetivo", en VV.AA. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., págs. 201 y ss.

<sup>112</sup> STSJ Galicia 21 noviembre 1996 (Ar. 3876).

<sup>113</sup> STSJ Cataluña 23 abril 1996 (Ar. 2123).

<sup>114</sup> STSJ Cataluña 14 abril 1996 (Ar. 1436).

<sup>115</sup> Por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: "La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización", *RL*, núm. 7, 1994, págs. 11 y ss.

<sup>116</sup> FITA ORTEGA, F.: *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 1997, págs. 15 y ss.

<sup>117</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español", *AL*, núm. 33, 1987, pág.

Las restantes extinciones producidas a instancia del empresario computan a efectos de cuantificar el número de despidos que determina la necesidad de solicitar la autorización administrativa con independencia de la naturaleza de la causa invocada y de sus efectos, lo cual, en la práctica, significa que el empresario no podrá recurrir al despido objetivo por la causa c) del art. 52 ET cuando en el período de referencia el número de trabajadores despedidos por esta causa, más quienes lo hayan sido por las restantes no excluidas, quede comprendido dentro de los límites cuantitativos del despido colectivo<sup>118</sup>. Dentro de este resto deberá ser incluida, por supuesto, la resolución del contrato a instancias del trabajador por incumplimiento del empresario; sin embargo, parece más dudoso el supuesto de cese por traslado o por modificación sustancial y, respecto al despido disciplinario, será menester estar a su calificación procesal, teniendo en cuenta —obviamente— que si es procedente no se computa<sup>119</sup>.

La eventual duda acerca de si el número de trabajadores señalado —entre los cuales deben ser incluidos aquellos con contrato suspendido que vean afectado su derecho de reincorporación por el expediente<sup>120</sup> y los trabajadores temporales<sup>121</sup>— ha de quedar referido al momento de la solicitud de la autorización o, por el contrario, a su finalización, debe ser resuelta atendiendo a aquel criterio conforme al cual el parámetro cuantitativo debe ser situado en el primer elemento de referencia<sup>122</sup> (con independencia de las vicisitudes posibles en el número de afectados a lo largo de la negociación), siempre y cuando —como es lógico— no medie y quede acreditada una actuación mala fe.

En cualquier caso, son nulos —por realizados en fraude de ley— los despidos producidos cuando, en períodos sucesivos ("entre sí" y "a uno previo"<sup>123</sup>) de noventa días, y con objeto de eludir las previsiones recogidas en

1810; DURÁN LÓPEZ, F.: "Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas", *Economía y Sociología del Trabajo*, núms. 4 y 5, 1989, pág. 161 y CRUZ VILLALÓN, J.: "La aplicación de la Directiva...", cit., págs. 43 y ss y 53 y ss.

<sup>118</sup> DESDENTADO BONETE, A.: "Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo...", cit., pág. 70.

<sup>119</sup> STSJ Castilla-La Mancha 24 abril 1997 (Ar. 1640).

<sup>120</sup> Trabajadores en situación de excedencia, por ejemplo, STSJ La Rioja 8 julio 1991 (Ar. 4390); en incapacidad temporal o permanente, STCT 31 enero 1989 (Ar. 653); o en trámite de reconocimiento de incapacidad permanente, STSJ País Vasco 7 diciembre 1991 (Ar. 6872).

<sup>121</sup> Pues el ET no autoriza exclusiones, STSJ Cataluña 19 julio 1995 (Ar. 3118). No existen preferencias para el cese de los trabajadores fijos frente a los temporales, STSJ Andalucía/Granada 17 abril 1995 (Ar. 1467), aun cuando en algunos casos se ha entrado en un discutible control de racionalidad de los ceses de trabajadores fijos si existen temporales realizando funciones similares, STSJ Baleares 15 mayo 1995 (Ar. 1783).

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas "flexibilizadoras" de la relación laboral*, cit., págs. 415 y ss.

<sup>123</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "El despido por causas objetivas: la amortización del puesto de trabajo", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Comentario...*, cit., pág. 67.

la norma, la empresa realiza extinciones de contrato a través de la amortización de puestos de trabajo en número inferior a los umbrales señalados sin que concurran causas nuevas para justificar tal actuación. Se trata evidentemente de una garantía con efectividad hacia el futuro, es decir, de proyección únicamente sobre nuevas extinciones (lamentablemente —ex art. 122.2 d) LPL, forzando a acudir al art. 124 LPL a quien intente obtener aquellas declaraciones de nulidad—, pues “en realidad, el fraude resulta de una operación de conjunto que afecta tanto a las nuevas como a las anteriores extinciones: hay fraude porque unas y otras quedan implicadas en la torticera operación empresarial”<sup>124</sup>), y permiten contemplar un proceso de fraccionamiento ya cumplido<sup>125</sup>, pero partiendo en el análisis de la consideración de períodos anteriores en los cuales se haya acudido al despido colectivo por causas económicas<sup>126</sup>. Estos períodos no sólo han de ser sucesivos, sino también continuos, pues en caso de romper la serie con un intervalo de más de noventa días quebraría también la unidad de cómputo<sup>127</sup>: escaso tiempo, sin duda, para eliminar las reticencias que suscitan planes orientados específicamente a eludir la aplicación del art. 51 ET a través del poco oneroso trámite de esperar el período referido.

### 3. EL DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS DE LA EMPRESA

Aun cuando se trataba de un supuesto ya presente en la letra de la ley desde 1977, los presupuestos requeridos hasta 1994 —amortización individual en empresas de menos de 25 trabajadores— restringían en la práctica a supuestos marginales las causas objetivas de la empresa. La reforma de 1994 proporciona contenido y espacio real a la causa c) del art. 52, relativa al llamado despido objetivo por amortización de puesto de trabajo, al habilitar que un gran número de despidos por causas atinentes a la marcha de la empresa encuentre vía expe-

<sup>124</sup> “Las reglas generales del Código Civil en materia de fraude deberían llevar más bien a la conclusión del alcance general de la nulidad. Si hay fraude es porque se concluye en que las nuevas extinciones no debieron retrasarse, sino acumularse con las previas y, por tanto, el conjunto debió quedar sometido a un único y obligatorio expediente administrativo de regulación. Acepta la literalidad del precepto y lleva a aceptar que el fraude solamente se contrae a medias (o, a lo peor, a una décima parte), lo que resulta contrario a toda lógica”, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “El despido por causas objetivas...”, cit., págs. 67-68 y 85.

<sup>125</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “El despido colectivo en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (MARTÍNEZ EMPERADOR, R., Dir.): *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo*, Madrid, 1995, pág. 206.

<sup>126</sup> Actuando cuando el empresario vuelve a recurrir otra vez a esas causas sin haber surgido hechos nuevos que puedan justificar las medidas extintivas, DESDENTADO BONETE, A.: “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo...”, cit., pág. 71.

<sup>127</sup> SSTSJ Cataluña 29 marzo, 1 octubre y 2 noviembre 1996 (Ar. 650, 3894 y 4083).

dita en tal previsión, bastando para ello con la directa decisión de quien ostenta el poder de dirección, sin sometimiento a previos controles administrativos o sindicales; de ahí lo pertinente de aludir a despidos “*ipso iure*”<sup>128</sup> o “directos”<sup>129</sup>.

#### 3.1. El limitado avance en la búsqueda de un perfil característico para el art. 52 c) ET

Tras más de cinco años de aplicación, y con independencia de la valoración particular sobre la reforma, lo cierto es que ha conseguido la finalidad pretendida por el legislador, convirtiendo la causa y el procedimiento del art. 52 c) ET en una figura en alza (tejido empresarial manda en un Estado donde prima la pequeña y mediana empresa), en detrimento tanto del despido disciplinario improcedente como del colectivo a través del expediente de regulación de empleo.

Este uso relativamente intenso ha provocado, ciertamente, una importante actividad judicial de control<sup>130</sup>, como consecuencia de las demandas planteadas por los trabajadores frente a unas decisiones empresariales de vida, por lo demás, ciertamente azarosa, en tanto conducen a pronunciamientos de muy diverso tenor, sobre todo en cuanto afecta al alcance de las causas justificativas para que pueda operar el despido fundado en dificultades en el desarrollo de la actividad empresarial<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, cit., pág. 22.

<sup>129</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: “La reforma laboral de 1997”, *Derecho de los Negocios*, núm. 84, 1997, pág. 12, diferenciándolo del “despido-propuesta”, en el cual debe contar, en última instancia, “además de con la voluntad del empresario, con el complemento de una autorización administrativa”.

<sup>130</sup> La realidad excluye “cualquier reclamo a la incontrolabilidad judicial de causa de la medida empresarial”, ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Claros y oscuros tras la reforma del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”, *AL*, núm. 31, 1997, págs. 783-784.

<sup>131</sup> Sobre tal particular, NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo”, cit., págs. 819 y ss.; ODRIOZOLA LANDERAS, A.: “Causa económica del despido a la luz de la jurisprudencia”, *AL*, núm. 16, 1997, págs. 401 y ss. o PRADOS DE REYES, F.: *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, Valencia, 1997, págs. 77 y ss. Así, por ejemplo, los órganos judiciales han considerado que la propia anulación judicial de un concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública es causa de extinción del contrato por circunstancias sobrevenidas que, en función del número de trabajadores afectados, habrá de ser sustanciada por la vía de un despido objetivo o de un despido colectivo, no cabe admitir una especie de inmunidad frente al Derecho del Trabajo en favor de la Administración cuando actúa como empresario, en aquellos supuestos de revisión de la actuación administrativa por la cual se selecciona al trabajador, pues, en primer lugar, no aparece como una causa de extinción al margen de lo regulado en el ET y, en segundo término —segu-

El éxito de la previsión, medida en términos de flexibilidad (producto en gran medida de la indeterminación), fue su condena de la reforma radica incorporada al Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo, de abril de 1997. En efecto, de las medidas más importantes incluidas en el Pacto de máximo nivel (aun cuando se trate de una reforma de alcance muy reducido —aplicable a las extinciones producidas desde el 17 de mayo de 1997—) es, desde luego, la modificación del art. 52. c) ET; en concreto de las “finalidades” justificativas de las medidas extintivas y, aun cuando, sólo sea por referencia a las causas técnicas, organizativas o de producción, sin extensión —al menos en principio— a las económicas<sup>132</sup>. Cabría pensar, sin embargo, en un posible deslizamiento de las causas económicas hacia las técnico-organizativas, sobre la base de una mayor “clarificación” legal de estas últimas<sup>133</sup>, o bien optar por una visión finalista general del despido económico, ya atendiendo a los referentes patentes en la Exposición de Motivos —pero difícilmente conciliables en la práctica, se insiste—, competitividad y mantenimiento del nivel de empleo<sup>134</sup>; ya a la vista de las causas y la función del tipo asignado, sentando que la conexión de finalidad debe ser medida, no tanto entre causas admitidas y fines propuestos, cuanto entre las medidas adoptadas y objetivos perseguidos con las mismas<sup>135</sup>.

ramente más importante—, en tales ceses no desaparecen los derechos laborales de los trabajadores, ni los individuales, ni los colectivos.

La determinación de la medida en la que los vicios durante el desarrollo de un proceso selectivo para la contratación laboral de trabajadores en la Administración Pública repercuten en la rescisión de los contratos ya celebrados, una vez que el concurso-oposición ha sido anulado por decisión judicial firme, ha venido suscitando muy variadas posiciones jurisprudenciales, diversidad de criterios propiciada por la ausencia de una regulación legal expresa que proporcione solución clara a tales situaciones.

Corrigiendo doctrina anterior de la misma Sala (contenida en la STS 12 junio 1989 —Ar. 4567—, pueden verse las SSTS 29 marzo y 5 octubre 1994 —Ar. 2656 y 7748—, entendiendo que la eventualidad de la anulación de la convocatoria y propuesta ha de operar a modo de “condición resolutoria implícita” (el contrato de trabajo ha de correr la misma suerte que el proceso de selección a cuyo través se generó —el Supremo afirma que “no pueden descoyuntarse la intrínseca unidad del concurso-oposición y la celebración del contrato de trabajo, en la que el primero está internamente ordenado al segundo, determinando la persona apta para celebrarlo”—) y 10 marzo 1999 (Ar. 2124), con interesante voto particular. Para un análisis detenido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Doctrina de unificación del Tribunal Supremo, marzo 1999”, *AS*, marzo, 1999, págs. 20-24 o “Notas a la STS 10 marzo 1999 (Ar. 2124)” *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, págs. 165-168.

<sup>132</sup> BLANCO MARTÍN, J.M.: “El despido objetivo: una aclaración confusa”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada...*, cit., págs. 189 y ss.

<sup>133</sup> BAYLOS GRAU, A.: “Los despidos objetivos...”, cit., pág. 38 o DESDENTADO BONETE, A.: “Despido objetivo económico como extinción causal”, en AA.VV.: *Reforma laboral. Dossier Práctico*, Madrid, 1997, pág. 88.

<sup>134</sup> PRADOS DE REYES, F.J.: “Los despidos objetivos por las causas del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., págs. 55 y ss.

<sup>135</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *AL*, T. II, 1995, pág. 380.

Por lo demás, los cambios introducidos en 1997 mantienen intacto el armazón o estructura sobre la cual fue construida la reforma de 1994: consolida la doble vía procedimental para despedir por causas empresariales; conserva los umbrales cuantitativos situados como fronteras entre uno y otro tipo de despidos, de manera que el despido directo del art. 52 c) ET sigue previsto para las reducciones de empleo en las pequeñas empresas y para las pequeñas reestructuraciones de empleo en las grandes y siguen rigiendo las mismas exigencias formales y controles sindicales, administrativos y judiciales a tales despidos<sup>136</sup>. Si la alteración en la determinación legal de algunas de las causas justificativas sólo procede unir como innovación la introducción de algún cambio poco significativo en materia de indemnizaciones (al incorporar una modalidad de contratación para el fomento de la contratación indefinida, a través de la disposición adicional 1ª de la Ley 63/1997) y cobertura del FGS (al ampliarla el art. 33.2 ET, por la Ley 60/1997 —si bien la jurisprudencia viene entendiendo que los topes en él fijados para el supuesto de responsabilidad subsidiaria se aplican también al 40% de la indemnización cuyo pago asume directamente el Fondo en empresas de menos de veinticinco trabajadores, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 60/1997, de 19 de diciembre<sup>137</sup>—) y al final prevé un control sindical para los despidos “objetivos” a través de la negociación colectiva —“cláusulas de procedimentalización de los poderes empresariales<sup>138</sup>— o, como fórmula elegida para conseguir un cierto equilibrio y compensación, estableciendo instrumentos de contrapoder en el ejercicio de las facultades empresariales para extinguir por circunstancias inherentes a la empresa<sup>139</sup>, y proporcionando para ello una nueva redacción al art. 85.2 ET.

La modificación, además, sólo opera sobre el art. 52.c) ET, manteniendo el art. 51.1. 2º y 6º ET su redacción original y dando pie a una diversidad patente de regulaciones en absoluto justificada<sup>140</sup> (pues, conforme ha quedado dicho, las únicas diferencias reales entre los despidos colectivos y los plurales o individuales radica en el número de trabajadores afectados y en el procedimiento de control, y esas divergencias no deben afectar a las causas de la decisión extintiva, que deben ser las mismas en ambas modalidades<sup>141</sup>), aun cuando la

<sup>136</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo*, cit., pág. 338.

<sup>137</sup> SSTS 26 enero y 16 febrero 1998 (Ar. 1065 y 1303) o 4 enero, 8 febrero y 15 marzo 1999 (Ar. 802, 2481 y 2916).

<sup>138</sup> Para un análisis de conjunto, RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, 1987, págs. 81 y ss.

<sup>139</sup> MOLINA NAVARRETE, C. y DE LA CASA QUESADA, S.: “Regulación colectiva del despido plural: entre control sindical y gestión negociada del empleo”, en AA.VV.: *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo...*, cit., pág. 464.

<sup>140</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Claros y oscuros tras la reforma...”, cit., págs. 785-786.

<sup>141</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Modificaciones en la extinción del contrato...”, cit., págs. 64-65.

pretensión última radique únicamente —y no se consiga satisfactoriamente, por cierto<sup>142</sup>— en corregir determinadas interpretaciones judiciales sobre el despido objetivo económico<sup>143</sup>. La dualidad de regímenes jurídicos puede producir, por lo demás, graves problemas de aplicación<sup>144</sup>, no en vano la regulación contenida en el art. 51 ET parece más rígida y bien pudiera fomentar —y de hecho así sucede— el intento de presentar los despidos colectivos como objetivos<sup>145</sup>.

### 3.2. Elementos causales y materiales de identidad propia

La existencia de dos modalidades institucionales de despido económico — el despido objetivo individual o plural y el despido colectivo— llevará, en último extremo, a la necesidad de establecer una delimitación de sus respectivos ámbitos<sup>146</sup>. Procede el despido objetivo (que, cabe recordar, presenta como rasgo común a todas sus especies la de tratarse de un hecho diferente al incumplimiento culpable del trabajador capaz de romper el equilibrio interno del contrato en perjuicio del interés empresarial; si se prefiere, sitúa al interprete en “una de las hipótesis en las cuales el empresario estaría obligado a dar demasiado para tener a cambio demasiado poco”, cabal definición de excesiva

<sup>142</sup> Baste comprobar la tesis de partida y prueba concreta aportada por CAMOS VICTORIA, I.: “La necesidad de definir y concretar las causas económicas en la extinción por causas objetivas: el caso de la empresa ‘Estampaciones Sabadell, SA’”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., págs. 277 y ss.

<sup>143</sup> Ante la opinión general sobre las dificultades de aplicación de los despidos económicos y la inseguridad resultante sobre el control de las decisiones empresariales en esta materia, la reforma de 1997 ha abordado la revisión del art. 52. c) ET, con una intención sin duda clarificadora, aun cuando sus resultados no lo sean tanto. DESDENTADO BONETE, A.: “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo. El despido objetivo económico tras la reforma de 1997”, cit., pág. 83 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo”, *RL*, T. I, 1997, págs. 15 y 16.

<sup>144</sup> *Contra*, valorando que la propuesta de “clarificación” causal del art. 52 c) ET permite apreciar “una perfecta simetría con la definición establecida en el art. 51.1 LET para las denominadas causas económicas, por lo que no parecen sostenibles divergencias en la funcionalidad de las causas enraizadas en la matriz económica”, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Empresa y despido: mecanismos extintivos...”, cit., pág. 410 o GALIANA MORENO, J.M. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Algunas consideraciones sobre la última reforma legislativa del mercado de trabajo”, *AS*, núm. 31, 1997, pág. 27.

<sup>145</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo. El despido objetivo económico tras la reforma de 1997”, cit., pág. 65.

<sup>146</sup> Desarrollando otros trabajos previos del autor, DESDENTADO BONETE, A.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control”, en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., Eds.): *El régimen del despido tras la reforma laboral*, cit., págs. 255 y ss.

onerosidad<sup>147</sup>) cuando existe la “necesidad objetivamente acreditada”<sup>148</sup> (criterio a diferenciar de la mera pretensión empresarial de obtener la mayor economicidad en la gestión o el máximo beneficio posible<sup>149</sup>) de “amortizar puestos de trabajo”<sup>150</sup> por alguna de las circunstancias previstas en el art. 51 ET en un número inferior al establecido en dicho precepto. No bastará, por tanto, la concurrencia de la causa, sino que procederá acreditar, además, que los puestos de trabajo de los despedidos, en concreto los ámbitos funcionales específicos delimitados por tareas y responsabilidades, van a desaparecer del organigrama de la unidad productiva<sup>151</sup>.

El cierre de empresa con pérdida total de los puestos de trabajo es causa válida de extinción de los contratos si concurren las circunstancias económicas negativas previstas en los arts. 51 y 52 c) ET<sup>152</sup>, pudiendo recurrir a éste último precepto cuando la empresa tenga cinco o menos trabajadores<sup>153</sup>. De este modo, la extinción indemnizada de las relaciones laborales en situaciones recesivas consideradas insuperables, ya se articulen como un despido objetivo plural o como un despido colectivo, constituyen el único medio legal viable para poner fin a una explotación considerada avocada a un mal final y cuya permanencia en el mercado se considera imposible bajo sus condiciones actuales, proporcio-

<sup>147</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1980, pág. 166.

<sup>148</sup> Sobre su significado, ORTEGA PRIETO, E.: *La extinción de la relación laboral por amortización del puesto de trabajo. Comentario de urgencia al artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, Barcelona, 1995, págs. 74 y ss.

<sup>149</sup> SSTSJ Navarra 14 diciembre 1995 (Ar. 4673) o Cataluña 7 abril y 21 y 28 octubre 1997 (Ar. 1416, 3725 y 3736) y 30 junio y 6 julio 1998 (Ar. 3175 y 3184).

<sup>150</sup> Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen la plantilla de la empresa; y, también, en la supresión de la totalidad de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio, SSTSJ 14 junio 1996 (Ar. 5162) y 8 marzo 1999 (Ar. 2117).

<sup>151</sup> SSTSJ Castilla y León/Valladolid 18 febrero 1997 (*AL*, 1997, T. I, 588) o Cataluña 6 julio 1998 (Ar. 3184). No tiene razón de ser “que se proceda a contratar a trabajadores eventuales cuando los trabajadores fijos discontinuos no tienen la ocupación plena”, STSJ Valencia 24 enero 1996 (Ar. 131). Sobre esta acumulación de requisitos bajo una interpretación literal *ex arts.* 51.1 y 52 c) LET y sus efectos distorsionadores, TOVILLAS ZORZANO, J.J.: “Reflexiones sobre el despido objetivo por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción”, *RJC*, núm. 1, 1996, págs. 19 y ss.

<sup>152</sup> Para un sector de la doctrina yerra el legislador al apoyar este despido total “en las mismas causas” que justifican un despido parcial, pues “malamente podrá hablarse de motivaciones técnicas, organizativas o de producción tendentes a viabilizar una empresa que se cierra”, RÍOS SALMERÓN, B.: “Despido colectivo”, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, 1997, pág. 249.

<sup>153</sup> STS 8 marzo 1999 (Ar. 2117).

nando a través de esta vía una solución razonablemente satisfactoria para ambas partes contratantes<sup>154</sup>.

La determinación concreta de los puestos a amortizar constituirá la base para el posterior enjuiciamiento de razonabilidad o adecuación de la medida hacia los fines normativamente previstos<sup>155</sup>, pues la remisión ha de entenderse al bloque del concepto causal normativo completado por la necesaria prosecución de las finalidades a las cuales aparece unido. En principio, “la determinación de los trabajadores afectados por el despido depende de la relación entre la causa económica y los contratos potencialmente afectados por ésta. Sólo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección y de su control”; y en este punto la norma sólo establece la preferencia de los representantes de los trabajadores. Fuera de este supuesto, la selección de los implicados corresponde en principio al empresario, y “su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la sección se realice por móviles discriminatorios” (con independencia, por tanto, de la mayor o menor antigüedad en la empresa o del carácter fijo o temporal)<sup>156</sup>.

El número de trabajadores afectados no sólo supone así el límite entre el despido colectivo sometido a autorización administrativa y la extinción de los contratos de trabajo por la necesidad objetiva de amortizar determinados puestos de trabajo<sup>157</sup>; siendo tal cierto, procede considerar cómo, por debajo del límite del art. 51.1.1º ET, el empresario puede despedir directamente al amparo del art. 52.c) ET quedando vinculado únicamente a unas exigencias menores y a menudo “trivializadoras”<sup>158</sup> (sin que, como en otros países —y como aconseja por otra parte, la Recomendación núm. 166 OIT—, se haya previsto la necesidad de acompañar estos despidos con pequeños “planes sociales”, tales como “convenios de conversión”, “planes de viabilidad de la empresa”, “obli-

<sup>154</sup> En cuanto a la conexión funcional entre la causa económica y el cierre de la explotación se afirma que consiste en que “aquella amortigua o acota el alcance de éste. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes”, STS 14 junio 1996 (Ar. 5162).

<sup>155</sup> STS 19 enero 1998 (Ar. 996).

<sup>156</sup> STS 19 enero 1998 (Ar. 996), dejando a salvo, por supuesto, la existencia de una base mínima indiciaria de que en lugar de amortizar puestos de trabajo lo pretendido es sustituir empleo fijo por empleo temporal.

<sup>157</sup> El convenio colectivo puede autorizar la amortización de vacantes, aun cuando afecte al derecho de determinados excedentes voluntarios al reingreso. STS 5 mayo 1997 (Ar. 3652).

<sup>158</sup> CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: “La comunicación escrita al trabajador en el supuesto del art. 52 c) del ET”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., págs. 253 y ss.

gaciones de reclasificación”<sup>159</sup>, “convenios de colocaciones especiales a cargo de organismos públicos”, prioridades para la “recontratación”, etc.<sup>160</sup>, aun cuando —debe quedar claro— la causa objetiva de extinción del contrato haya de ser —como en el despido colectivo— de suficiente entidad, pues la extinción sólo procederá cuando no hubiera podido mantenerse al trabajador en el empleo mediante la modificación de sus condiciones de trabajo, o cuando la suspensión del vínculo se hubiera adivinado ineficaz para superar la situación de la empresa (el despido convertido en *extrema ratio*<sup>161</sup> dentro de las soluciones posibles para el empresario). Procederá no olvidar nunca a este respecto cómo las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción aparecen en la Ley jerárquicamente ordenadas (arts. 41, 47, 51 y 52 ET)<sup>162</sup>, y que el propio principio de conservación del contrato lleva a excluir el recurso a la resolución cuando otro remedio —que no implique extinción contractual— pueda ser utilizado para solventar la dificultad empresarial<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> MOLINA NAVARRETE, C. y DE LA CASA QUESADA, S.: “Regulación colectiva del despido plural...”, cit., pág. 497.

<sup>160</sup> MERLÍN, J.: “Les petits licenciements pour motif économique: spécificités du contentieux hors plan social”, *DS*, núm. 6, 1995, págs. 559 y ss. o el monográfico *DS*, núm. 5, 1994, donde se plantean temas como reclasificación, reducción del tiempo de trabajo, suspensiones, modificación funcional, movilidad geográfica, planes de jubilación anticipada, etc. Amplio elenco de tales posibilidades en los distintos ordenamientos en OIT: *Protección contra el despido injustificado. Conferencia Internacional del Trabajo. 82ª reunión, 1995*, Ginebra, 1995, págs. 124-125.

<sup>161</sup> PERSIANI, M.: “Diritto del Lavoro e razionalità”. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pág. 83.

<sup>162</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, Madrid, 1996, pág. 345. De tal dato cabe deducir que únicamente servirán para justificar la extinción cuando presenten una gravedad tal que no pueda ser restaurada la situación de la empresa a través del ejercicio de los especiales poderes empresariales concedidos por los arts. 40 y 41 ET, o de la *exceptio inadimplenti contractus* en la versión contenida en el art. 47 ET, sobre la suspensión del contrato de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. La extinción de los contratos sólo encuentra justificación, por tanto, en motivos graves y suficientes, GOERLICH PESET, J. Mª.: “Los despidos colectivos (art. 51 ET y normas concordantes)”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T. II, cit., págs. 105-106 o DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores)”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, Mª.E., Coords): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, cit., págs. 179 y ss.

<sup>163</sup> SJS, núm. 2, Gijón, 15 abril 1997 (*AL* 1997, 1079), señalando cómo la operatividad de la extinción aparece “subordinada a situaciones en las que las posibles y menos traumáticas decisiones previas hayan fracasado o cuando se prevea razonablemente tal fracaso a corto plazo”, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, *RL*, núm. 23, 1996, págs. 11 y ss.



La actual redacción del art. 52 c) ET tiene precisamente como efecto, no ya sólo coordinar los supuestos que dan lugar a la "necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo" con la descripción de causas contenida en el art. 51.1 ET, cuestión cuyo relieve cabe apreciar desde el examen de la causalidad, sino, fundamentalmente, el ofrecer un campo de aplicación más extenso a la disponibilidad unilateral del empresario sobre el volumen de empleo en la empresa<sup>164</sup>.

En cualquier caso, el mantenimiento en todos sus términos del régimen de los despidos colectivos a través del expediente de regulación de empleo puede tener varias explicaciones. Se debe, en parte, a que el expediente de regulación de empleo en la práctica de las relaciones laborales discurre más por el terreno de la consulta-negociación político-sindical, "relativizando" la trascendencia de la interpretación material sobre el régimen jurídico establecido al efecto (más aún a partir de la puesta en práctica del ASEC y acuerdos interprofesionales asimilados a nivel de las Comunidades Autónomas, los cuales prevén la canalización de estos posibles desacuerdos a través de procedimientos de mediación y arbitraje que hacen innecesaria la intervención administrativa de la autoridad laboral). En parte, también, a que el tipo de reestructuraciones afectadas por el despido colectivo del art. 51 ET queda referida a empresas capaces de afrontar costes indemnizatorios superiores, para los cuales no resulta decisivo que la cuantía estipulada legalmente se convierta en la cantidad finalmente a abonar a los trabajadores, en lugar de un mínimo a partir del cual comenzar a negociar<sup>165</sup>. En parte, finalmente, porque existe una expectativa de que las dos vías acaben creando en la práctica vasos comunicantes, de modo que, *de facto*, los cambios sobre el despido directo tengan una repercusión "contaminante"<sup>166</sup> o de "efectos reflejos"<sup>167</sup> sobre los despidos colectivos del art. 51 ET.

Se parte así de una acción imputable a un agente externo o interno ("causa"), operativa en un determinado plano de la realidad ("causa de la causa"<sup>168</sup>)—económico, técnico, organizativo y productivo—, que provoca un determinado efecto sobre el contrato de trabajo (la necesidad de amortización

<sup>164</sup> PRADOS DE REYES, F.: *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, Valencia, 1997, pág. 13.

<sup>165</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo...", cit., pág. 339.

<sup>166</sup> BLANCO MARTÍN, J.M.: "El despido objetivo: una aclaración confusa", en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, Coord.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, pág. 186.

<sup>167</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo", *RL*, T. I, 1997, pág. 82.

<sup>168</sup> Utilizando las gráficas expresiones de MONTROYA MELGAR, A.: "La nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción", en AA.VV. (MARTÍNEZ EMPERADOR, Dir.): *Puntos críticos de la reforma laboral*, Madrid, 1996, pág. 137.

del puesto), frente al cual reacciona el empresario acordando el despido como finalidad amparada por la Ley<sup>169</sup>. Dicho de otro modo, cuando el legislador establece las causas que autorizan la extinción les da un nombre, pero tal denominación no encierra realmente una definición; antes al contrario, es tanto como decir que existe la causa de despido cuando éste produce unos efectos, los cuales, por lo demás, siguen siendo indeterminados<sup>170</sup>.

Precisamente la relación entre la actualización de la causa y su efecto sobre el contrato (pues éste constituye, en definitiva, la justificación inmediata del despido), es la que suscita mayores problemas interpretativos, no en vano constituye una referencia no recogida en el art. 51 ET, entendida como una manera de reforzar las exigencias a la hora de admitir la procedencia de la extinción objetiva, en tanto exige la eliminación de las funciones<sup>171</sup>. Con razón cabe afirmar que "amortizar puestos de trabajo sólo significa la eliminación de éstos, sin que haya de llevar consigo la desaparición de las funciones asignadas a los puestos de trabajo que se pretendieran amortizar"<sup>172</sup>, pues perfectamente pueden seguir siendo desarrolladas por una máquina o por otros compañeros de trabajo<sup>173</sup>, como ya había señalado algún pronunciamiento judicial anterior a la reforma<sup>174</sup>. Lo único exigido y exigible es la existencia de una efectiva amortización del puesto de trabajo, no una sustitución por otro trabajador de nueva contratación<sup>175</sup>.

<sup>169</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A.: "Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico", cit., págs. 71 y 72.

<sup>170</sup> ARCE GÓMEZ, J.C.: "La extinción del contrato de trabajo por causas económicas. Régimen jurídico y aspectos procesales", *RL*, núm. 7, 1997, pág. 19 y *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido objetivo y despidos colectivos. Régimen jurídico y tratamiento procesal*, Granada, 1997, págs. 35 y ss. o PRADOS DE REYES, F.J.: "Los despidos objetivos por las causas del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., pág. 81.

<sup>171</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 16 noviembre 1995 (Ar. 4517).

<sup>172</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales", *AL*, núm. 11, 1997, págs. 211 y 212.

<sup>173</sup> BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, cit., págs. 225 y ss.

<sup>174</sup> SSTs 17 abril 1986 (Ar. 2195) o 11 noviembre 1987 (Ar. 7850). Con posterioridad, STSJ Castilla y León/Valladolid 29 noviembre 1994 (Ar. 4442).

<sup>175</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: "Las causas económicas y empresariales del despido", en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Los despidos por causas económicas y empresariales*, cit., pág. 51 o DESDENTADO BONETE, A.: "Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo...", cit., pág. 75. Así ha sido declarado para el supuesto de sustitución por un familiar, STS 16 mayo 1988 (Ar. 3633), o en aquellos supuestos en los cuales quede acreditada la intención de la empresa de sustituir empleo fijo por empleo temporal, SSTSJ Andalucía/Málaga 15 diciembre 1995 (Ar. 4658) y Cataluña 9 septiembre 1996 (Ar. 4439).

Por lo demás, existe un margen de libertad empresarial para determinar los trabajadores concretos que han de cesar<sup>176</sup>, incluso cuando se aplica un sistema de selección aleatorio<sup>177</sup>. La libre elección sólo queda sometida a las limitaciones establecidas por la propia "naturaleza de las cosas" (en referencia a la proyección concreta de la causa, capaz de afectar a unos puestos de trabajo de la empresa y no a otros<sup>178</sup>) y a la preferencia legal establecida en el art. 52 c) ET<sup>179</sup>, a tenor del cual "los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa", en el buen entendimiento de que la prioridad sólo juega cuando existe la posibilidad de un cese alternativo, no si el puesto a amortizar queda perfectamente individualizado y necesariamente referido al ocupado por el representante<sup>180</sup>.

Las nociones de las causas son las mismas previstas para el despido colectivo, pues el art. 52.c) ET expresamente alude a la decisión de amortizar los puestos de trabajo por las "causas previstas en el art. 51". A continuación, sin embargo, menciona las finalidades de las medidas extintivas<sup>181</sup>, señalando que "el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas", con el fin de contribuir a la superación de "situación/es negativa/s" y con la clara intención de ampliar los supuestos admisibles; muy de acuerdo, por otra parte, con ciertos presupuestos extintivos latentes en la voluntad clarificadora de la norma<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> STS 28 abril 1988 (Ar. 3037); SSTSJ Cataluña 13 septiembre 1994 (Ar. 3493), 3 octubre 1995 (Ar. 3950) o 30 mayo 1996 (Ar. 1669), sin que los trabajadores con más antigüedad tengan prioridad alguna, SSTSJ Murcia 20 noviembre 1995 (Ar. 4398) y Galicia 10 octubre 1997 (Ar. 2937) y pudiendo amortizarse puestos de trabajo fijos aun cuando haya trabajadores temporales que realicen las mismas funciones, STS 19 enero 1998 (Ar. 996).

<sup>177</sup> STSJ Murcia 23 julio 1996 (Ar. 3555).

<sup>178</sup> STSJ Navarra 31 enero 1996 (Ar. 683).

<sup>179</sup> GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup> y GARCÍA RUBIO, A.: "La aplicación judicial de las nuevas reglas sobre el despido económico. Consideraciones al hilo de las primeras sentencias de instancia", *TS*, núm. 52, 1995, págs. 31 y ss., extensible, de nuevo —y como es conocido—, a los candidatos a las elecciones (STSJ Galicia 21 julio 1995 —Ar. 2805—).

<sup>180</sup> STS 27 julio 1989 (Ar. 5926).

<sup>181</sup> Sobre su significado último, por todos, GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup> y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.A.: "La aplicación judicial de las nuevas reglas sobre el despido económico...", cit., pág. 27 y MONTROYA MELGAR, A.: "El nuevo artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones", *AS*, 1996, T. I, págs. 2603 y ss.

<sup>182</sup> Con esta referencia en plural, la norma daría a entender que la situación prevista no es aquella a deducir estrictamente de un resultado desfavorable o negativo del balance de la empresa; antes al contrario, pretendiendo disponer de una mayor amplitud de concepto, comprendería aquellas situaciones que, sin llegar a arrojar tales resultados, apunten a la previsibilidad de esta situación o, cuando menos, manifiesten tal tendencia; consecuencias éstas que bien pudieran estar detrás de supuestos como el de la "negativa evolución de los beneficios", PRADOS DE REYES, F.J.: *La terminación del contrato por circunstancias objetivas...*, cit., pág. 51.

Crisis, en definitiva, aun cuando sea por remitir a un concepto jurídico indeterminado, que en todo caso habrá de quedar referido a algo distinto, a una mala evolución de beneficios o a algo más que un mero episodio comprendido dentro de la dinámica de su funcionamiento económico<sup>183</sup>.

De tener la empresa varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo, para declarar la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas ex art. 52 c) ET la situación económica negativa ha de afectar a la empresa en su conjunto: "deben compararse, en consecuencia, beneficios y pérdidas a nivel global empresarial y no separadamente por centros o secciones, pues, en sentido contrario, tampoco sería defendible que si la empresa estuviera en trascendente situación económica negativa a nivel global no pudiera, en ningún caso, adoptar medidas extintivas adecuadas que afectaran a los trabajadores que prestaran sus servicios en los centros o secciones de aquella que aisladamente pudieran generar ganancias o no estar en concreta situación económica negativa"<sup>184</sup>. Si se tratara de causas técnicas, organizativas o de producción, deben servir para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, bien sea por su "posición competitiva en el mercado" o por exigencias de la demanda, "a través de una mejor organización de los recursos"<sup>185</sup> (finalidades respecto de las cuales la norma no parece adoptar un punto de partida necesariamente vinculado a la idea de crisis. Si bien la presencia de estos supuestos de hecho conlleva de alguna forma la irrupción de fenómenos de alteración en la actividad regular de la empresa cuya estabilidad pudiera verse amenazada ante su aparición, no parece, sin embargo, que tal situación pueda ser identificada con el presupuesto de una situación<sup>186</sup>); no obstante, en algunos casos se introducen en el ámbito de las causas productivas supuestos aquí calificados como económicos<sup>187</sup>. En definitiva, se "normaliza" la extinción contractual atendiendo a criterios de eficiencia económica<sup>188</sup>.

<sup>183</sup> PRADOS DE REYES, F.J.: "Los despidos objetivos por las causas del art. 52 c)...", cit., pág. 81 o GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>: "Los despidos colectivos...", cit., págs. 95-98. Un amplio análisis jurisprudencial en DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A.: "Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico", en AA.VV.: *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, cit., págs. 100 y ss.

<sup>184</sup> STS 14 mayo 1998 (Ar. 4650). Precisamente al adoptar tales medidas extintivas pretende superar tal situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma, STS 24 abril 1996 (Ar. 5297).

<sup>185</sup> El Tribunal Supremo ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, fijando unas pautas comunes, motivo por el cual cabe entender que ciertos criterios interpretativos han quedado zanjados a partir de dichas resoluciones. SSTS 24 abril 1996 (Ar. 5297), 21 marzo 1997 (Ar. 2615) y 28 enero 1998 (1148).

<sup>186</sup> PRADOS DE REYES, F.J.: *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas...*, cit., pág. 56.

<sup>187</sup> SJS, núm. 3, León, 17 noviembre 1994 (*RL* núm. 12, 1995, pág. 646). Exigiendo un control de finalidad más riguroso, STSJ Madrid 3 febrero 1995 (*AL* 1995, 729).

<sup>188</sup> Las posibilidades extintivas que aquí se abren son realmente inmensas y —cabría seguir diciendo— casi impredecibles, pues, como revelan los economistas, la competi-

La variación normativa de 1997 aporta así una mayor determinación en la finalidad de las medidas extintivas que, para las motivadas por causas económicas, será contribuir (y contribuir equivale a “ayudar y concurrir con otros al logro de un fin”, nada más) a la “superación” de situaciones económicas negativas —es preciso aclarar, por si duda hubiera y habida cuenta son varios ya los supuestos judiciales encontrados<sup>189</sup>, que, pese a la brillante argumentación en contrario<sup>190</sup>, la disminución de beneficios está lejos de constituir una “situación económica negativa”—. La Ley usa el verbo “superar” y no, de manera hartamente significativa, “mejorar” (disminuyendo, dentro de lo “razonable”, el aspecto preventivo en favor del reactivo). La distinción no constituye un mero ejercicio de semántica, sino el dato revelador sobre cómo la medida extintiva sólo puede ser admitida cuando forma parte de una verdadera voluntad de reflotar la empresa, no si constituye una medida aislada destinada simplemente a paliar o retrasar la crisis definitiva<sup>191</sup>.

Como cabe observar, ésta es la misma redacción del art. 51.1.2º ET, con la única variación de que en el art. 52 c) la situación negativa queda referida a la empresa y el nuevo precepto omite tal mención, quizá deliberadamente, con la intención —según algunos— de suprimir el marco de referencia de la empresa para “flexibilizar el alcance de la pérdida de rentabilidad que la causa económica produce”, en el sentido de que dicha pérdida podrá ahora venir referida a la empresa en su conjunto o a “un establecimiento, una sucursal o una línea de producción con autonomía, siempre que estas unidades de actividad puedan ser identificadas con claridad”<sup>192</sup>. La tesis, sin embargo, dista de ser pacífica y su valoración oscila entre el optimismo de quienes ven en ella un “elemento importante de clarificación para su aplicación”<sup>193</sup>, y el pesimismo de quien

tividad de las empresas depende de factores tan heterogéneos como puedan ser las ventajas asociadas al país, las características asociadas al sector o al sistema productivo en el que se inserta la empresa o las ventajas que la propia empresa desarrolla a través de sus capacidades básicas. CANALS, J.: “Competitividad internacional y políticas estructurales”, *Círculo de Empresarios*, diciembre, 1993, págs. 65-88.

<sup>189</sup> SSTSJ Cantabria 5 diciembre 1994 (Ar. 4881) y Andalucía/Granada 5 julio 1995 (Ar. 2976).

<sup>190</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “La nueva regulación del despido por causas objetivas”, cit., pág. 140.

<sup>191</sup> ARCE GÓMEZ, J.C.: “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas...”, cit., pág. 20.

<sup>192</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: “La reforma laboral de 1997”, cit., pág. 13. *Contra*, DESDENTADO BONETE, A.: “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo...”, cit., pág. 84, considerando que “no parece que el legislador haya pretendido variar el ámbito de apreciación de la causa económica para los despidos objetivos”; si bien tal dato no implica “que no sea posible en determinados casos apreciar la proyección de una situación económica negativa en determinadas unidades de producción con autonomía en el ámbito de la empresa”. Reproducen en tales comentarios las tesis sostenidas por ambos magistrados en las SSTS 24 abril y 14 junio 1996 (Ar. 5297 y 5162).

<sup>193</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Claros y oscuros tras la reforma del art. 52 c) ET”, cit., págs. 785-786.

considera cómo a través de la misma nunca será posible obtener una definición precisa, capaz de llevar una aplicación segura por los órganos judiciales<sup>194</sup>, desde el señalado sentido flexibilizador, a quien la considera como una “expresión más restrictiva”, al “exigirse un grado de conexión mucho más directo y estricto entre las extinciones y la superación de las dificultades que impidan una mayor eficiencia de la empresa”<sup>195</sup>.

Más aún, no faltan pronunciamientos significando que lo verdaderamente importante, donde “debe ponerse el acento, es simplemente en un punto de equidistancia entre aquella situación asimilable a la protección del lucro empresarial en el que la medida se intentaría justificar por una transitoria disminución de beneficios o pérdidas esporádicas... y por otra parte una situación de crisis importante, pues entre ambos extremos pueden registrarse situaciones intermedias, en principio aptas y bastantes para una extinción objetiva del contrato si se demuestra la seriedad y entidad de la situación de carácter económico negativo”<sup>196</sup>, en tanto, precisamente, “lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir recuperables, y que precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación definitiva de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento de la misma”<sup>197</sup>.

En breve, y llevado por la doctrina a sus consecuencias últimas, “no se descarga sobre él o los despidos la responsabilidad total de remontar la mala situación económica, sino que las extinciones se contemplan como una pieza más de un conjunto de medidas que el empresario habrá de aportar para resolver dicha situación”<sup>198</sup>. Naturalmente la Ley no establece —ni puede hacerlo— el grado de contribución atribuido al despido; pero parece claro que cualquiera que sea, siempre y cuando tenga una entidad apreciable, le proporcionará cobertura legal adecuada<sup>199</sup>. Como —no sin discusión interna— ha sentado el Tribunal Supremo, a los dos elementos clásicos del supuesto de la amortización de puestos de trabajo cabe unir tan sólo un tercero, limitado a “la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma, falta de rentabilidad de la explotación o

<sup>194</sup> GALIANA MORENO, J.M. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Algunas consideraciones sobre la última reforma...”, cit., pág. 27.

<sup>195</sup> ALBIOL MONTESINOS, J., en AA.VV.: *La reforma laboral de 1997*, cit., pág. 72.

<sup>196</sup> STSJ Cataluña 30 junio 1995 (Ar. 2436).

<sup>197</sup> STS 24 abril 1996 (Ar. 5297).

<sup>198</sup> Es además al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. “Lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos factores, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador”, STS 14 junio 1996 (Ar. 5162).

<sup>199</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “La nueva regulación del despido por causas objetivas...”, cit., pág. 141.

falta de eficiencia de los factores productivos ...[teniendo en cuenta que] el objeto de valoraciones es, a diferencia de lo que sucede en la comprobación de la situación de ineficiencia o falta de rentabilidad de la empresa, no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas”<sup>200</sup>.

A partir de tal consideración, procede reconocer el “margen de discrecionalidad empresarial basado en los principios de oportunidad y conveniencia”<sup>201</sup>; mayor aún, en la medida en que “el control judicial no puede alcanzar la oportunidad de la medida extintiva”<sup>202</sup>; menos todavía “llegar al extremo de declarar su ilicitud elucubrando sobre lo adecuado que serían otras medidas”<sup>203</sup>. Es necesario exigir “una cierta patología”<sup>204</sup> —sea esta “terminal” o mero “deterioro empresarial”<sup>205</sup>, atenuado por el matiz de contribuir a superar la crisis<sup>206</sup>—, una situación económica negativa que perfectamente puede, bien acreditarse con el concepto mercantil de estado económico negativo, bien mediante otro tipo de pruebas que sirvan para acreditar la contribución a superar una situación económica concreta (pruebas cuya intensidad, por cierto, dependerá precisamente “del grado o intensidad de negatividad económica del que se haya partido”), pues, qué duda cabe, “la extinción contractual puede contribuir a hacerla menos negativa en unos casos y a hacerla positiva en los demás, estableciéndose una relación nueva entre grados de intensidad de negatividad y grados de superación de la misma”<sup>207</sup>. En fin, las modificaciones de condiciones de trabajo y los traslados pueden ser también un remedio frente a las causas técnicas, organizativas y de producción, igual que lo son frente a las económicas, y tales soluciones novatorias, sin duda, proceden “más elásti-

<sup>200</sup> STS 14 junio 1996 (Ar. 5162).

<sup>201</sup> STS 28 enero 1998 (Ar. 1148).

<sup>202</sup> STSJ Galicia 29 julio 1995 (Ar. 2820).

<sup>203</sup> STSJ Cataluña 10 octubre 1995 (Ar. 3982).

<sup>204</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales...”, cit., pág. 151.

<sup>205</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos...”, cit., pág. 24.

<sup>206</sup> PRADOS DE REYES, F.J.: “Los despidos objetivos por causas del art. 52. c)...”, cit., pág. 83.

<sup>207</sup> Así, y reinterpretando la doctrina judicial, se concluye que “ante una situación con más intensidad de negatividad económica basta que se pruebe una superación de su situación hacia otra ‘menos negativa’ para que la extinción contractual tenga causa. Mientras que otra empresa con signos de menor intensidad de negatividad le corresponderá probar de forma ‘seria y contundente’ que se pone en cuestión la propia empresa si no se adoptan las medidas oportunas, entre las que se incluye la extinción contractual”, APILLUELO MARTÍN, M.: “El despido individual por causas económicas del art. 52 ap. c) del TRET”, en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro de la regulación del despido*, cit., pág. 125.

camente que los extintivos y suspensivos, cuando la situación de la empresa es mejorable, aunque no llegue a ser negativa”<sup>208</sup>.

En todo caso, y como ocurría en los despidos colectivos —no en vano el problema causal es el mismo—, la cuestión queda abandonada a la decisión judicial; pero no para “judicializar la empresa”, sino tan sólo —mejor tanto, pues la intensidad es patente— para convertirlo en “una cuestión de proporcionalidad que ha de medirse desde la óptica de la razonabilidad”<sup>209</sup>. Para evitar estos y otros problemas (en especial la práctica imposibilidad de aplicar el precepto a las grandes empresas, quienes serían en definitiva las únicas que cumplirían así —a la fuerza— el doble objetivo, “ciertamente problemático”, pretendido por el precepto: garantizar la viabilidad futura de la empresa amenazada y al mismo tiempo el empleo en ella<sup>210</sup>) es menester volver los ojos sobre las posibilidades abiertas a la negociación colectiva en el momento de concretar los motivos del acto extintivo<sup>211</sup>, cuya definición vincularía a los órganos judiciales salvo si mediaran desviaciones flagrantes de la indicación legal, siempre posibles, por cuanto nunca podrán impedir al juez que efectúe “un control último de ajuste de lo pactado a la Ley”<sup>212</sup>.

Por lo demás, al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o exteriorización de funciones a través de contratas y subcontratas tienen encaje en tal causa extintiva en todo caso, o sólo cuando concurren determinadas circunstancias, ha respondido la jurisprudencia acogiendo la segunda alternativa, pues únicamente “si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la deci-

<sup>208</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Contrato de trabajo y economía...”, cit., pág. 65. Se consideran así justificadas las modificaciones de horarios adoptadas con el propósito de mejorar el funcionamiento de unos servicios administrativos (STSJ Madrid 19 octubre 1995 —Ar. 3912—), o el cambio de condiciones de trabajo debido a la creación de un nuevo centro de trabajo regido por otro convenio (STSJ Madrid 30 enero 1997 —Ar. 145—).

<sup>209</sup> PRADOS DE REYES, F.J.: “Los despidos objetivos por causas del art. 52 c)...”, cit., págs. 89 y 95.

<sup>210</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “La nueva regulación del despido por causas objetivas...”, cit., págs. 142-143.

<sup>211</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales”, *AL*, suplemento al núm. 17, 1996, págs. 383 y ss.; GALIANA MORENO, J.M. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Algunas consideraciones sobre la reforma...”, cit., pág. 270 o ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma”, *RL*, núm. 2, 1997, págs. 59 y 60.

<sup>212</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Extinción del contrato de trabajo y negociación colectiva”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Negociación colectiva y reforma laboral*, Jerez, 1997, págs. 250-251 o BAYLOS GRAU, A.: “Los despidos objetivos...”, cit., págs. 40 y ss.

sión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial<sup>213</sup>.

En la extinción derivada de las restantes causas (técnicas, organizativas y productivas) la finalidad de la medida extintiva será la de "superar" (expresión incorporada para sustituir a la de "garantizar", suavizando así el rígido criterio mantenido por los jueces<sup>214</sup>) las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya por su posición competitiva en el mercado, ya por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

La nueva redacción legal queda situada así en una posición intermedia entre la fórmula más restrictiva del art. 51.1.2º ET ("garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos") y más flexible de los arts. 40 y 41 ET ("contribuir a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda", es decir, también operativas en empresas en situación de normalidad), provocando la impresión general de que conlleva un cambio en favor de una mayor flexibilidad en los despidos objetivos, un intento de desplazamiento de las causas económicas a las productivas<sup>215</sup>, no en vano el legislador ha optado por una enigmática prueba de futuro y con ello ha roto la exigencia de acreditar la necesidad de la extinción para conformarse con la existencia de "razonables expectativas"<sup>216</sup>, a valorar por un juez que no puede hacer las veces de empresario y no puede entrar a ponderar si la medida empresarial es la única o la mejor posible. A partir de tal actuación algunos deducen —con razón— que parece forzársele a partir en su apreciación de la presunción de corrección de las razones invocadas y de las medidas decididas, debiendo declarar improcedente la decisión sólo si observa una patente o clara inadecuación entre medida y fin perseguidos, es decir, haciendo quebrar aquella exigencia pasada de conexión entre la causa y la medida adoptada, para acoger una maleable "conexión de razonabilidad"<sup>217</sup> con la cual "tranquilizar su conciencia social"<sup>218</sup>.

<sup>213</sup> SSTs 21 marzo 1997 (Ar. 2615) y 30 septiembre 1998 (Ar. 7586).

<sup>214</sup> Pues el término "garantizar" debería ser interpretado como que "necesariamente está vinculado al cumplimiento del fin enunciado sin que de tal medida dependa el futuro de la empresa, pero sí que con ella se garantice el empleo de los trabajadores no afectados por tal medida", VIDAL CARUANA, G. y VIDAL BENEYTO, G.: *Los nuevos contratos laborales y el nuevo despido objetivo*, Valencia, 1997, pág. 90.

<sup>215</sup> DESDENTADO BONETE, A.: "Modificaciones en la extinción de los contratos...", cit., pág. 85.

<sup>216</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 7 febrero 1995 (Ar. 615).

<sup>217</sup> SSTSJ La Rioja 21 abril 1995 (Ar. 1373) y Castilla La Mancha 27 junio 1995 (Ar. 2600).

<sup>218</sup> MONTOYA MELGAR, A.: "La nueva regulación del despido por causas objetivas...", cit., págs. 145 y 146.

Al final, y aun cuando el Tribunal Supremo ha hecho encomiables esfuerzos por separar cada una de las causas enumeradas legalmente, señalando con acierto cuál es la esfera o ámbito de la actividad empresarial afectada inmediatamente por cada una de las circunstancias desencadenantes de la crisis empresarial, procede acabar reconociendo que no se trata de espacios estancos, pues en la empresa acaban conectando todos sus factores en función de la producción de bienes y de servicios, de manera tal que al final todo repercute e influye sobre lo económico, aun cuando no encuentre traducción mecánica en datos contables<sup>219</sup>.

La determinación causal no deja de ser, sin embargo, mera perspectiva — esta vez en sentido cualitativo— del poliédrico haz de cuestiones implicadas. Además de las cuestiones meramente formales (comunicación escrita al trabajador con expresión de la causa, puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente y entrega de copia de la comunicación escrita a los representantes de los trabajadores<sup>220</sup>), será menester cuando menos aludir a las variaciones en la calificación del despido, con el sustancial trasvase de la nulidad hacia la improcedencia (de hecho, la falta de causa del despido se sanciona más benévolamente que la falta de forma, al ser calificado el acto extintivo como improcedente, lo cual —desde un punto de vista lógico— implica que, para el legislador, un despido objetivo en el cual no hayan sido cumplidos los requisitos formales es jurídicamente más reprochable que ese mismo despido formalmente correcto pero sin causa o con causa insuficiente) al régimen común —art. 51, art. 52 ET— de indemnizaciones (con las consabidas diferencias y las importantes modificaciones derivadas en materia de ejecución).

Sirva en cualquier caso la reflexión del filósofo para enmarcar este torrente de impresiones —a veces confuso, como la norma— y colegir, como él, lo erróneo de hacer descansar la justificación de las decisiones jurídicas en el "pedigrí" de las normas jurídicas sin tomar en consideración su contenido<sup>221</sup>; menos aún cuando aquél muestra una mezcla de origen dudoso y éste puede ser discutible y es discutido en todos y cada uno de sus postulados.

Por cuanto hace a las indemnizaciones que el empresario debe poner a disposición del trabajador cuando haga uso de este instituto para extinguir los vínculos laborales, la norma legal viene a mantener, con el ya sabido carácter necesario<sup>222</sup>, sus cuantías (veinte días de salario por año de servicio con un tope

<sup>219</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo...", cit., pág. 350.

<sup>220</sup> Sobre la calificación de los despidos efectuados con ausencia total de forma, RIERA VAYREDA, C.: *La forma en el despido objetivo*, Madrid, 1998, págs. 86 y ss.

<sup>221</sup> DWORKIN, R.: "Is there really no right answer in Hard cases?", en *A matter of Principle*, Cambridge, 1985, págs. 119-145.

<sup>222</sup> SSTs 20 marzo y 28 octubre 1996 (Ar. 2303 y 7799).

de doce mensualidades<sup>223</sup>) quedando al empresario reservado el criterio de selección para la determinación del orden con el cual las extinciones se llevarán a cabo<sup>224</sup>.

## EL DIÁLOGO SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO<sup>1</sup>

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ<sup>2</sup>

### ÍNDICE

1. ¿Qué es el diálogo social?
2. Evolución de la cuestión. La función del dialogo social
3. Las distintas vías de diálogo social. En especial los mecanismos de consulta
4. Del diálogo social a la negociación colectiva
5. La negociación colectiva europea y su eficacia. 5.1. Sobre la negociación colectiva en general. 5.2. Los mecanismos de "aplicación" establecidos en el art. 139

### 1. ¿QUÉ ES EL DIÁLOGO SOCIAL?

La primera cuestión a la que necesariamente debemos referirnos es que entendemos por diálogo social. Hay que resaltar que no existe una definición de esta cuestión entre los diferentes textos normativos comunitarios. Ciertamente si es posible encontrar esta expresión en la regulación comunitaria, tal como ocurre con la redacción del art. 118 B del Tratado Constitutivo, en su redacción consecuencia del Acta Única, que establecía que "La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo considerasen deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes". Destaca como se imponía a la Comisión la tarea de promover el diálogo social; además, también destaca el hecho de que pero sobre todo ha de tenerse en cuenta que, pueda pasarse del simple diálogo a la negociación colectiva como fases diferentes de un mismo proceso.

<sup>223</sup> Cantidad que debe el empresario "entregar" (STS 17 julio 1998 —Ar. 7049—) al trabajador de manera simultánea a la adopción de la decisión extintiva, si bien en empresas de menos de veinticinco trabajadores el FGS, ex art. 33.8 ET, abona el 40 % de la cuantía legal correspondiente, sin necesidad de incoación de expediente por parte de los liberados.

<sup>224</sup> La racionalidad de tal criterio debe ser presumida con el sólo límite de reservar la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, parte integrante del derecho fundamental a la libertad sindical; por todas, en una síntesis doctrinal y jurisprudencial de años, STCo 191/1996, de 16 de noviembre. En la doctrina, mostrando tal evolución, SORIANO CORTES, D.: "Derecho de libertad sindical y prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo: comentario a la STCo 191/1996, de 26 de noviembre", en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro*, cit., págs. 325 y ss.

<sup>1</sup> Trabajo elaborado en el marco del Grupo de Investigación "Las fuentes del Derecho del Trabajo" (PB 96-1373) del Ministerio de Educación español.

<sup>2</sup> Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.