

La extinción del contrato por causas objetivas y la Ley 35/2010

Juan Molins García-Atance

SUMARIO

I. Introducción

II. Dos formas de afrontar una crisis

III. Legislación en dos etapas

IV. La Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

V. Doctrina jurisprudencial sobre las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

1. Sentencia del TS de 14 de junio de 1996

2. Sentencia del TS de 11 de junio de 2008

3. Sentencia del TS de 29 de septiembre de 2008

4. Sentencia del TS de 27 de abril de 2010

5. Sentencia del TS de 29 de noviembre de 2010

6. Empleadores que no ofrecen bienes o servicios al mercado

VI. Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

1. Control judicial de estas causas

A) Control judicial limitado a descartar que el despido sea absurdo o arbitrario

B) Control judicial periférico

C) Control judicial pleno de la decisión extintiva

D) Propuesta aplicativa

2. Causas económicas

A) Redacciones legales

a) Despidos hasta el 17-6-2010

b) Despidos desde el 18-6-2010 al 18-9-2010 (Real Decreto-ley 10/2010)

c) Despidos desde el 19-9-2010 (Ley 35/2010)

B) Requisitos

a) Situación económica negativa

a).1. Pérdidas empresariales

a).2 Disminución persistente de su nivel de ingresos

b) Acreditar los resultados alegados

c) Justificar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado

c).1 Justificar la razonabilidad de la decisión extintiva

c).2 Preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado

3. Causas técnicas, organizativas o de producción

A) Redacciones legales

a) Despidos hasta el 17-6-2010

b) Despidos desde el 18-6-2010 al 18-9-2010 (Real Decreto-ley 10/2010)

c) Despidos desde el 19-9-2010 (Ley 35/2010)

B) Definición legal de las causas

C) Requisitos

a) Acreditar la concurrencia de las causas

b) Justificar la razonabilidad de la decisión extintiva

b).1 Contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar su situación

b).2 Más adecuada organización de los recursos que favorezca su competitividad en el mercado o dé una mejor respuesta a las exigencias de la demanda

VII. Forma y efectos del despido objetivo

VIII. El despido por la falta de asistencia al trabajo

IX. Conclusión

I. Introducción

En el año 2007 la tasa de desempleo de Alemania era superior a la de España: la tasa de paro de Alemania era del 8,4 por 100 y la de España del 8,3 por 100. Dos años más tarde, a finales del año 2009, la tasa de desempleo de España se había duplicado: alcanzó el 18 por 100. Y la de Alemania había disminuido: era del 7,5 por 100. Sin embargo, en estos tres años la evolución del PIB fue peor en Alemania que en España. La variación porcentual del PIB en estos países fue la siguiente:¹

Año	2007	2008	2009
Alemania	2,5	1	-4,7
España	3,6	0,9	-3,7

Por consiguiente, en Alemania la variación del PIB en estos años fue negativa: en total de -1,2 por 100. Y la de España fue positiva: en total de +0,8 por 100. Sin embargo, durante estos años la evolución de la tasa de desempleo fue muy negativa en España (del 8,4 al 18 por 100), mientras que fue positiva en Alemania (de 8,4 a 7,5 por 100). Existen muchas explicaciones coyunturales (el éxito en Alemania del *kurzarbeit* ...),² pero la magnitud abrumadora de estas cifras evidencia las deficiencias estructurales del sistema laboral español, en particular de la dualidad laboral: la existencia de un porcentaje de trabajadores temporales muy superior al de los países de nuestro entorno, lo que facilita una rápida destrucción de empleo en situaciones de crisis económica. Y ello, a su vez, retroalimenta la crisis económica.

¹ Fuente: Eurostat.

² En España, la compatibilidad de la reducción temporal de la jornada de trabajo y la percepción de un subsidio (de desempleo) se articula a través del ERE de reducción temporal de jornada, cuya eficacia ha sido mucho menor que la del *kurzarbeit*. Es importante reparar en que, desde el punto de vista empresarial, el ERE de reducción temporal de la jornada es más accesible que el *kurzarbeit*. En efecto, el *kurzarbeit* exige una doble aprobación: de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral. En cambio, en España un empresario puede conseguir que se apruebe un ERE de reducción temporal de la jornada aunque no consiga el acuerdo con los representantes de los trabajadores, en cuyo caso continúa al expediente administrativo y, si acredita la concurrencia de causas justificativas, lo aprueba la autoridad laboral incluso en contra de los representantes de los trabajadores.

Probablemente ha contribuido al éxito del *kurzarbeit* el hecho de que en Alemania, a diferencia de España, en los centros de trabajo con más de diez trabajadores si se declara injustificado el despido, no existe la opción empresarial de una extinción indemnizada sino que tiene que readmitir al trabajador.

Con posterioridad, Alemania ha remontado la crisis, con una tasa de crecimiento del PIB de 3,6 por 100 en 2010, mientras que España, inmersa en un proceso de *feedback* negativo, tuvo una tasa de crecimiento negativa del 0,1 por 100. Como consecuencia de ello, la tasa de desempleo en Alemania volvió a bajar, hasta el 6,6 por 100 a finales del año 2010, mientras que la de España subió al 20,6 por 100.

La consecuencia es que antes del inicio de la crisis económica ambos países tenían una tasa de paro similar mientras que ahora España más que duplica a Alemania, con las consecuencias de toda índole que ello conlleva, retroalimentando la crisis y dificultando gravemente su superación.

II. Dos formas de afrontar una crisis

El preámbulo de la Ley 35/2010, de 17 septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, hace hincapié, lúcidamente, en los efectos perversos de la dualidad del mercado de trabajo.³ Sin embargo, históricamente España no tenía una tasa de temporalidad superior a la media Europea. La tasa de temporalidad en 1985 era aproximadamente del 11 por 100, en la línea del promedio europeo.⁴ Posteriormente, esta tasa de temporalidad aumentó:⁵

Año	1987	1988	1990	1991
Tasa de temporalidad	18,2%	23,3%	27%	32,3%

Un cambio normativo muy importante a estos efectos fue el del Real Decreto 1989/1984, de 17-10, que instauró el contrato temporal de fomento de empleo.⁶ Ello supuso la descausalización de la contratación temporal: se podía contratar a cualquier trabajador para cualquier puesto de trabajo de la empresa, con el único requisito de que el trabajador estuviera desempleado. Esta reforma propició un incremento muy grande de los contratos temporales.

³ Se ha afirmado que la reforma laboral de 2010 muestra una clara continuidad con los objetivos y medidas de la reforma laboral de 2006: Real Decreto-ley 5/2002 y Ley 45/2002, que también pretendía reducir la dualidad de mercado de trabajo sin cambiar las estructuras del sistema, LAHERA FORTEZA, J.: “La reforma de la contratación laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, 2010, pág. 50.

⁴ Como explica ELORDI DENTICI, A. (coordinador): *Trabajo, temporalidad y empresas de trabajo temporal en España*, pág. 85, la Encuesta de Condiciones de Vida y Trabajo de 1985 permite calcular la tasa de temporalidad en 1985 en torno al 11 por 100.

⁵ ELORDI DENTICI, A. (coordinador): *Trabajo, temporalidad...*, ob. cit., pág. 87.

⁶ Respecto del Real Decreto 1989/1984, vide TOVILLAS ZORZANO, J.J.: “Comentario sobre el Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, que regula la contratación temporal”, *Revista Técnico Laboral*, volumen VII, 23, 1985.

Cuando se aprobó el Real Decreto 1989/1984, la tasa de desempleo en España era muy parecida a la actual. En el cuarto trimestre de 1984 la tasa de desempleo era del 20,7 por 100. En la actualidad es del 20,6 por 100 (fuente Eurostat). Sin embargo, la forma de afrontar el desempleo fue muy distinta de la actual.

La citada reforma permitió la suscripción de una pluralidad de contratos de trabajo temporales. En aquella época no existía la “cultura de externalización” vigente en la actualidad, por lo que muchos trabajadores ingresaron en empresas solventes y, con el transcurso del tiempo, parte de ellos adquirieron la condición de trabajadores fijos en estas empresas. El problema radica en que se instauró una “cultura de la temporalidad” en muchas empresas. Cuando posteriormente se limitaron los colectivos de trabajadores que podían suscribir contratos temporales de fomento de empleo, excluyendo a la mayoría de los trabajadores de esta modalidad contractual que suponía una precarización de las condiciones de trabajo, muchos empresarios acudieron a los contratos temporales estructurales del art. 15 ET, utilizados en muchos casos de manera fraudulenta, para mantener una elevada tasa de temporalidad, que utilizan como “colchón” en tiempos de crisis: para permitir una rápida disminución de los trabajadores de la empresa sin coste indemnizatorio.

La anterior crisis económica de 1992-1996 supuso un aviso de las consecuencias perniciosas de esta deficiencia estructural de las relaciones laborales españolas, con una destrucción de empleo rapidísima, propiciada por la elevada tasa de temporalidad, que permite una rápida destrucción de puestos de trabajo. Esta crisis se afrontó con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que supuso una reforma laboral muy importante, haciendo hincapié en la flexibilidad en las relaciones laborales. Sin embargo, no se establecieron medidas eficaces para evitar la excesiva tasa de temporalidad. Y tampoco se hizo posteriormente, cuando la economía atravesó una fase expansiva.

En definitiva, se trata de dos formas muy diferentes de enfrentarse a una crisis. El abordaje de la crisis económica a principios de los años 80, entre otras medidas, se centró en la creación de empleo, para disminuir la tasa de desempleo, facilitando el ingreso en la empresa mediante la ampliación de la contratación temporal, con un contrato temporal de fomento de empleo cuyo único requisito era que el trabajador contratado estuviera desempleado, fijando una indemnización extintiva de únicamente 12 días de salario por año trabajado (art. 3.4 del Real Decreto 1989/1984). Por el contrario, no se facilitó la salida de la empresa: no se ampliaron los instrumentos legales

que permiten el despido del trabajador. La consecuencia de ello fue la dualidad del mercado de trabajo español.

En cambio, el abordaje de la vigente crisis económica por el Real Decreto-ley 10/2010 y por la Ley 35/2010 se caracteriza porque 1) se limita la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado, se amplían los supuestos en los que se adquiere la condición de trabajador fijo por la celebración de dos o más contratos temporales en el plazo de treinta meses y se aumenta progresivamente la indemnización extintiva de este contrato. Y 2) se facilita la salida de la empresa. Esta reforma legal pretende flexibilizar los despidos colectivos y objetivos por causas económicas, tecnológicas, organizativas y de producción.

El Real Decreto-ley 10/2010 tuvo el efecto indeseado de destruir empleo incluso antes de su entrada en vigor. En la creencia de que esta reforma legal iba a facilitar los despidos objetivos, hubo trabajadores de empresas en crisis que se dirigieron a los encargados de recursos humanos de la empresa para negociar bajas indemnizadas antes de que entrase en vigor una norma que supuestamente iba a generalizar las extinciones contractuales con una indemnización de únicamente 20 días de salario por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades.

La reforma legal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 10/2010 y por la Ley 35/2010 pretende solucionar una deficiencia estructural del sistema español de relaciones laborales: la dualidad laboral. Para ello se aumenta la flexibilidad interna (el poder organizativo del empresario: movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo...) y la flexibilidad de salida (abaratamiento del despido y reforma de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción). Por el contrario, se modera la flexibilidad de entrada⁷ (el contrato para obra o servicio determinado y el encadenamiento de contratos temporales). El propósito del legislador es establecer normativamente unos mecanismos que permitan el mantenimiento de empleo durante una crisis económica.⁸ Se prioriza así lo importante sobre lo urgente. Lo urgente es crear empleo. Lo importante es solucionar esa deficiencia estructural. El problema radica en que esta reforma legal, dirigida a evitar la rápida destrucción de

⁷ GÁRATE CASTRO, J.: “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *Actualidad Laboral* nº 1, 2011, pág. 14. Este autor considera que la reducción de la flexibilidad de entrada queda muy alejada del aumento de la flexibilidad interna y de la de salida, lo que ocasiona un desequilibrio para el trabajador.

⁸ ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Problemas en torno a la justificación de la causa para a adopción de las medidas de despido y/o flexibilidad interna previstas en la Ley 35/2010”, *Aranzadi Social* nº 17/2011, pág. 74.

empleo durante la próxima crisis económica, se ha dictado en el momento álgido de una crisis, con más de cuatro millones de desempleados, lo que obliga a plantearse la cuestión relativa a cuánto tiempo va a prolongarse una tasa de desempleo tan elevada y en las consecuencias que ello puede tener para la sociedad española y para las Administraciones públicas.

III. Legislación en dos etapas

No es infrecuente que, invocando la urgencia de las medidas, se efectúen reformas de gran importancia en el ámbito laboral mediante Real Decreto-ley. Y de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.2 y 3 CE, además de convalidar el Congreso el Real Decreto-ley, se tramita como proyecto de ley.

Así sucedió, por ejemplo, con el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que fue derogado por la Ley 45/2002, de 12 diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Ello ofrece la ventaja de que si posteriormente el Real Decreto-ley es declarado inconstitucional por vulnerar el art. 86.1 CE, la reforma legal llevada a cabo por la Ley subsiguiente no queda afectada por dicha declaración. En efecto, la sentencia del TC nº 68/2007, declaró inconstitucional y nulo el citado Real Decreto-ley 5/2002, por vulnerar el art. 86.1 CE. Pero la reforma legal operada por la Ley 45/2002 quedó incólume. Se legisla en dos etapas.

Algo parecido ha sucedido con el Real Decreto-ley 10/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, habiéndose tramitado la Ley 10/2010 homónima. El problema que suscita esta legislación en dos etapas es que, en función del rechazo social que suscita la primera reforma laboral, la segunda norma establece una regulación no coincidente, lo que supone que se suceden regulaciones distintas de instituciones muy importantes del Derecho del Trabajo en un periodo breve de tiempo, aplicándose una u otra en función de la fecha en que tuvo lugar hecho enjuiciado.

IV. La Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

La regulación de los despidos colectivo y objetivo (arts. 51.1 y 52 ET) efectuada por la Ley 35/2010 se caracteriza por la profusión de conceptos jurídicos indeterminados. La consecuencia de ello es la revalorización del preámbulo de esta

norma, en la búsqueda de pautas interpretativas que permitan determinar cuál es el sentido que debe darse a la cláusula de “razonabilidad” y tantos otros conceptos jurídicos dotados de un importante grado de indeterminación que regulan una materia tan importante como la extinción del contrato de trabajo.

El preámbulo de esta Ley 35/2010 es trasunto literal del preámbulo del Real Decreto-ley 10/2010, con la única diferencia de que esta última norma incorpora un apartado más para justificar la concurrencia de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 CE para la aprobación de un Real Decreto-ley. Este último apartado se suprime por la Ley 35/2010.

En estos preámbulos se menciona la crisis económica y financiera iniciada a principios de 2008, que ha ocasionado una intensa destrucción de empleo. Por ello, el objetivo es “recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo”. Se señala como causa directa del desempleo la caída de la actividad productiva, debida al colapso del crédito. Pero se explica que en España la pérdida del empleo ha sido superior a otros países, lo que atribuye 1) a las diferencias en la estructura productiva del crecimiento económico y 2) a algunas particularidades estructurales de nuestro mercado laboral, caracterizado porque el empleo es muy sensible al ciclo económico: crece mucho en fases expansivas y se destruye mucho en las crisis.

Este preámbulo identifica las debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales siguientes: 1) La elevada tasa de temporalidad, que origina la denominada dualidad del mercado de trabajo; 2) la falta de flexibilidad interna en las empresas; 3) la ineficacia de los servicios públicos de empleo y 4) la persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo. Esta Ley pretende corregir este modelo, efectuando reformas estructurales, con el objetivo de contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española.

El preámbulo de la Ley 35/2010 señala tres objetivos fundamentales. 1) Reducir la dualidad de nuestro mercado laboral. 2) Reforzar los instrumentos de flexibilidad interna y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada. Y 3) elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida.

El primer objetivo de esta norma es el de reducir la dualidad laboral. Su capítulo I se intitula: “Medidas para reducir la dualidad y la temporalidad del mercado de trabajo”. Para ello, pretende restringir el uso injustificado de la contratación temporal y favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida. Por un lado, se

aumenta la indemnización por extinción de los contratos temporales. Y por otro, se disminuye la indemnización extintiva de los contratos fijos, potenciando el contrato de fomento de la contratación indefinida.

En relación con las causas de despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, el preámbulo explica que se reforman las previstas en el ET, ante la evidencia de que muchas extinciones de contratos indefinidos basadas en motivaciones económicas o productivas se han articulado por la vía del despido disciplinario improcedente. *“Se ha estimado necesaria, en consecuencia, una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. En este sentido, no sólo se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia, sino que la modificación integra en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de su tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales sobre esta materia. En definitiva, se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación”*.

La finalidad de esta reforma es proporcionar seguridad jurídica a los agentes sociales, manteniendo en su integridad el derecho a la tutela judicial efectiva. El objetivo es que las empresas en crisis no tengan reparos en acudir al despido objetivo, en vez de afrontar los excesos de plantilla por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción mediante el denominado despido “técnico” o “express”, al amparo del art. 56.2 ET.

Existe una cierta contradicción entre la afirmación relativa a que esta reforma legal pretende reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo y la relativa a que se ha integrado la doctrina jurisprudencial en esta materia. Si esta reforma legal se hubiera limitado a normativizar la doctrina jurisprudencial sobre los despidos objetivos, el cambio en la aplicación de las normas hubiera sido mínimo porque la reiterada doctrina del TS en materia de despidos colectivos ya se estaba aplicando antes. Esta reforma legal no se limita a normativizar esta doctrina del TS sino que introduce relevantes cambios en la redacción de las causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción. En particular, en el caso del Real Decreto-ley 10/2010, la redacción de estas causas de despido suponía una importante modificación legislativa, puesto que bastaba con que se dedujera “mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”. El

adverbio “mínimamente” introducía un importante matiz. En la redacción de la Ley 35/2010 este adverbio ha desaparecido.

Se ha afirmado que la Ley 35/2010 es una ley sin apoyo de nadie, a pesar de que efectuó una pluralidad de cambios importantes en materias como el contrato para obra o servicio determinado, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue salarial, despidos objetivos...⁹ Vamos a centrarnos en el examen de estos últimos.

V. Doctrina jurisprudencial sobre las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

En la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, existía una consolidada doctrina jurisprudencial sobre estas causas de despido,¹⁰ así como múltiples pronunciamientos de los TSJ. Tanto el preámbulo del Real Decreto-ley 10/2010 como el de la Ley 53/2010 afirman literalmente que estas normas integran las interpretaciones jurisdiccionales. La primera pregunta que debemos hacernos radica en si esta reforma legal ha supuesto un cambio normativo que deja sin efecto la citada doctrina jurisprudencial.

En el ámbito laboral y de la Seguridad Social no es infrecuente que el legislador normativice una doctrina jurisprudencial preexistente, sin que el resultado normativo plasme exactamente el contenido de la doctrina jurisprudencial. Pese a ello, en algunas ocasiones se ha continuado aplicando la doctrina jurisprudencial consolidada antes de la reforma legislativa.¹¹

⁹ En este sentido se pronunció SEMPERE NAVARRO, A. en la *Conferencia sobre la Ley de Presupuestos Generales, la Reforma de las Pensiones y las “nuevas normas” de fin de año*, en el Colegio de Graduados Sociales de Zaragoza, 8 de febrero de 2011.

¹⁰ Un prolijo examen de la doctrina jurisprudencial en materia de despido lo efectúa SALINAS MOLINA, F.: “Despido objetivo y jurisprudencia social: incidencia de las medidas para la reforma del mercado de trabajo”, *Tribuna Social* nº 238/2010, págs. 58 y ss.

¹¹ Así sucedió, por ejemplo, en materia del accidente “in itinere”. El accidente “in itinere” es de creación jurisprudencial. La sentencia del TS de 1-7-1954 extendió el concepto legal de accidente de trabajo “a los siniestros que guardan con él una relación casual y por eso se consideran accidentes indemnizables a los producidos “in itinere”, al ir a tomar el trabajo o al regresar, después de haber cesado, al domicilio, ya se utilicen medios proporcionados o impuestos por la empresa, ya los use discrecionalmente el trabajador, sin prohibición de la empresa”.

Este concepto jurisprudencial se normativizó en el art. 84.5 de la Ley de la Seguridad Social de 1966. Pero al incluirse en un texto legal, no se reprodujeron la pluralidad de requisitos jurisprudenciales que precisan el concepto de accidente “in itinere”. El vigente art. 115.2.a) LGSS se limita a mencionar “los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar del trabajo”. Ello obligó a plantearse si la normativización de esta doctrina jurisprudencial había ampliado el concepto de accidente “in itinere”, incluyendo por ejemplo, el ocurrido cuando un trabajador que se dirige al trabajo desde el domicilio de su novia.

1. Sentencia del TS de 14 de junio de 1996

Uno de los pronunciamientos judiciales más importantes en este ámbito, aun cuando la resolución judicial finalizó concluyendo que no concurría contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, lo efectuó la sentencia del TS de 14-6-1996, recurso 3099/1995,¹² la cual diferenció entre “*cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»); y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación («causas económicas», en sentido restringido)*”. Esta definición jurisprudencial de causas técnicas, organizativas y de producción ha sido literalmente incorporada al art. 51 ET por el Real Decreto-ley 10/2010.

Posteriormente, reiterada doctrina jurisprudencial ha sostenido que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento (sentencias del TS de 13-2-2002, recurso 1436/2001; 19-3-2002, recurso 1979/2001; 21-7-2003, recurso 4454/2002 y 16-9-2009, recurso 2027/2008).

Y respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (sentencias del TS de 14-6-

Las sentencias del TS de 19-1-2005, recurso 6543/2003 y 20-9-2005, recurso 4031/2004, explican que, aunque el art. 115.2.a) LGSS no incluye todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia, “*ello no es obstáculo para que (...) debamos estar (...) a la constante y elaborada doctrina que sobre el particular tiene establecida esta Sala*”. La última de estas sentencias negó que el citado fuera un accidente laboral.

En definitiva, pese a esta normativación, la fórmula legal es tan amplia e imprecisa que el núcleo del concepto de accidente “*in itinere*” sigue siendo jurisprudencial, al desarrollar los concretos requisitos del mismo.

¹² Ponente D. Antonio Martín Valverde. Esta sentencia concluía negando la concurrencia del requisito de contradicción exigido por el art. 217 LPL. Con la finalidad de desentrañar si existía la contradicción que permite el pronunciamiento casacional, el TS efectuó un prolijo examen de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

1996, recurso 3099/1995; 7-6-2007, recurso 191/2006 y 16-9-2009, recurso 2027/2008). Ello evidencia la interconexión que existe entre las causas técnicas, organizativas y de producción, que en algunos supuestos dificulta diferenciar unas y otras.

2. Sentencia del TS de 11 de junio de 2008

La sentencia del TS de 11-6-2008, recurso 730/2007,¹³ argumentó: *"Como el artículo 52-c) del Estatuto de los Trabajadores dispone: «Cuando exista la necesidad objetiva acreditada de amortizar puestos de trabajo...el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas», se ha entendido que basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas. Por ello, se ha argumentado que «para apreciar la concurrencia de las causas económicas (en sentido estricto) del despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa», pues, «la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados». También se ha dicho que la amortización es orgánica y relativa a un puesto de trabajo concreto y no de determinadas tareas, lo que supone que las labores desarrolladas por el operario que cesa sean asumidas por los que quedan (Sent. 29 de mayo de 2001 (Rec-2022/00), así como que el empresario no está obligado a presentar un plan de viabilidad que contemple la adopción de otras medidas, aparte de la extinción o despido acordado (Sent. de 30 septiembre 2002 (Rec- 3828/01))".*

Por consiguiente, 1) no era necesario probar que la extinción contractual era por sí sola una solución suficiente, ni definitiva de la crisis de la empresa. Bastaba con que la amortización del puesto de trabajo contribuyera a solucionar la crisis. 2) El empresario debía probar las pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad. Si estas

¹³ Ponente D. José Manuel López García de la Serrana.

pérdidas eran continuadas y cuantiosas se presumía, salvo prueba en contrario, esta contribución, porque la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución de los costes de personal. 3) Las tareas que realizaba el trabajador despedido podían ser asumidas por los que continúan en la empresa. 4) El empresario no estaba obligado a presentar un plan de viabilidad que contemplase la adopción de otras medidas además de la extinción o despido acordado.

3. Sentencia del TS de 29 de septiembre de 2008

Posteriormente, la sentencia del TS de 29-9-2008, recurso 1659/2007,¹⁴ matizó la citada doctrina jurisprudencial, haciendo hincapié en que no hay una conexión automática entre la reducción de los costes de personal y la concurrencia de causas económicas. Y añade que *“tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta debe perseguir”*. Esta sentencia sostiene que, ni se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas pueda despedir a sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro: demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. El TS sostiene que deben aportarse indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda *“decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido”*. Se introduce así el criterio de razonabilidad, que posteriormente normativizó esta reforma legal. En el concreto caso examinado por el TS se argumenta que la empresa tenía un exceso de capacidad productiva *“y esto -y no sólo una genérica reducción de gastos- es lo que permite vincular el despido con la corrección de la situación económica negativa”*.

4. Sentencia del TS de 27 de abril de 2010

La sentencia del TS de 27-4-2010, recurso 1234/2009,¹⁵ efectúa una síntesis doctrinal, resumiendo los criterios del Alto Tribunal en esta materia:

1) La prueba de pérdidas relevantes supone que los despidos “pueden tener un principio de justificación”, al reducir los costes empresariales.

¹⁴ Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete.

¹⁵ Ponente D. Luis Fernando de Castro Fernández.

2) Si las pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume, salvo prueba en contrario, que la amortización de puestos de trabajo sobrantes contribuye a superar la situación económica negativa.

3) Pero el empresario debe probar la conexión entre la extinción del contrato y la superación de la crisis en términos de adecuada razonabilidad, de acuerdo a las reglas de experiencia.

4) No es necesario que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible.

5) Basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis.

5. Sentencia del TS de 29 de noviembre de 2010

Las sentencias del TS de 12-12-2008, recurso 4555/2007¹⁶ y 16-9-2009, recurso 2027/2008,¹⁷ sostienen que la finalización de una contrata que ocasiona un exceso de personal constituye una dificultad a la que se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. El ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación.

Y las sentencias del TS de 21-7-2003, recurso 4454/2002; 19-3-2002, recurso 1979/2001; 13-2-2002, recurso 1436/2001; 7-6-2007, recurso 191/2006 y 16-9-2009, recurso 2027/2008, sostenían *“que el art. 52-c) del ET no impone al empresario la obligación de “agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador” en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado “otro puesto vacante de la misma” (...) Por consiguiente, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, lo lógico es deducir que la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador, constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes, determine normalmente la declaración de improcedencia de tal*

¹⁶ Ponente D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

¹⁷ Ponente D. José Manuel López García de la Serrana.

despido". La existencia de otras vacantes en la empresa que pudieran ser ocupados por el trabajador despedido no conlleva la improcedencia del despido objetivo.

La sentencia del TS de 29-11-2010, recurso 3876/2009,¹⁸ dictada en Sala General, aplicando los arts. 51.1 y 52 ET en la redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010, matiza la citada doctrina. En primer lugar, sienta unos criterios generales:

1) El término genérico "dificultades" utilizado por el art. 52.c) ET (en la redacción anterior al Real Decreto-ley 10/2010) para describir la coyuntura de la empresa afectada por las causas técnicas, organizativas o de producción, "*es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad, y que en el momento del despido tales problemas han de ser objetivables y no meramente hipotéticos*".

2) Al empresario le corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, lo que supone a) la identificación precisa de dichos factores, y b) la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador.

3) El control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para "superar" las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del «buen comerciante».

En el supuesto enjuiciado, la empresa demandada había despedido a varios trabajadores porque había finalizado el arrendamiento del local en el que llevaba a cabo la explotación de máquinas recreativas en la Estación Central de Ferrocarriles de Barcelona. Cuando finalizó el plazo del contrato de arrendamiento, ADIF comunicó a esta empresa la finalización del contrato y el comienzo de obras de ampliación del vestíbulo, que imposibilitaba la prórroga de aquél, por lo que el demandado despidió a los trabajadores que prestaban servicios en dicho local. El TS argumenta que la extinción del arriendo en Sants, aunque era independiente de la voluntad empresarial, era previsible y fue anunciada con tres meses de antelación, reputándose probado que la empresa tiene una numerosa plantilla (15.000 trabajadores) y en las fechas próximas al vencimiento del arriendo efectuó un importante número de nuevas contrataciones para

¹⁸ Ponente D. Luis Fernando de Castro Fernández.

diversos centros de trabajo, con lo que la falta de ofrecimiento de alguna de esas vacantes o nuevas plazas al trabajador despedido obedece a una estrategia empresarial, y no a imperativos de producción. El TS sostiene que la «medida racional» que entendemos respondería al estándar de conducta del «buen comerciante» hubiera sido que ante la extinción del arriendo del local la empresa hubiese ofrecido a los trabajadores alguna de las numerosas vacantes que fueron objeto de nuevas contrataciones, dentro o fuera de Barcelona.

El TS explica que en la misma empresa existen numerosas vacantes o se van a crear otros puestos, y simultánea o posteriormente pasan a cubrirse con la contratación de nuevos trabajadores, lo que supone que no se cumple el “*referido requisito de ineluctabilidad del cese por imperativos de la producción o por la adecuada gestión de la empresa*”. El TS afirma que en el supuesto enjuiciado debe darse prioridad al traslado voluntario para el trabajador frente a la masiva contratación de trabajadores ajenos, argumentando que la obligación de trasladar, antes que contratar, aunque no figura expresamente en la norma, puede colegirse de su propio texto, puesto que habla de “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa” y es consecuencia de la interpretación jurisprudencial sobre la racionalidad de la medida a adoptar. Asimismo, el Alto Tribunal invoca el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que en su vertiente individual se concreta en el “*derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa*” (SSTC 22 /1981, de 2/Julio, FJ 8; y 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Por ello, deben efectuarse “interpretaciones no extensivas” en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo.

La sentencia recurrida en el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por el TS, dictada por el TSJ de Cataluña, argumenta asimismo que la empresa estaba obligada a buscar un nuevo local en el que continuar el negocio de máquinas recreativas. El TS no comparte este argumento porque esa decisión se nos presenta prototipo de la más pura libertad empresarial: libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo y por lo mismo debe permanecer inmune al control jurisdiccional, invocando el art. 38 CE.

Esta sentencia del TS de 29-11-2010 afirma que antes del despido objetivo, debe priorizarse el traslado voluntario de los trabajadores. El Alto Tribunal menciona que “*en las fechas próximas al vencimiento del arriendo efectuó un importante número de*

nuevas contrataciones para diversos centros de trabajo”, así como que la empresa debía haber “ofrecido a los trabajadores alguna de las numerosas vacantes [por extinción contractual o por creación de nuevos centros] que fueron objeto de nuevas contrataciones, dentro o fuera de Barcelona; cuestión diversa es que los afectados no aceptasen tan razonable propuesta y cuáles habría de ser las consecuencias de su negativa”.

El TS exige que si la empresa tiene vacantes, patentizadas por la contratación de otros trabajadores en fechas próximas al despido, debe ofrecérselas a los trabajadores antes de proceder a su despido objetivo, los cuales podrán aceptarlas voluntariamente. El Alto Tribunal menciona tanto las vacantes en la misma ciudad como en otras. No queda claro si la empresa debe ofrecer también las vacantes que conlleven un cambio de residencia del trabajador o si basta con ofrecer aquellas vacantes en la misma localidad o que no conlleven cambio de residencia. Tampoco explica las consecuencias de que los trabajadores no acepten esta propuesta empresarial. Parece que si concurren causas técnicas u organizativas, la empresa ofrece las vacantes y los trabajadores se niegan a aceptarlas, entonces sí que el empleador podrá efectuar el despido objetivo.

El art. 39 ET regula la movilidad geográfica del trabajador, la cual no es voluntaria, aunque el trabajador puede optar por extinguir indemnizadamente el contrato de trabajo, percibiendo una indemnización igual que la prevista para el despido objetivo. Pero el TS no se refiere a este precepto porque afirma la voluntariedad del trabajador a la hora de aceptar el ofrecimiento empresarial. El Alto Tribunal no exige que el empresario, antes de proceder al despido por causas técnicas u organizativas, efectúe el traslado del trabajador a otra vacante radicada en una localidad distinta, sino que ofrezca al trabajador la posibilidad de dicho traslado. Y solo si el trabajador se niega a aceptarlo, podrá efectuar el despido objetivo al amparo del art. 52 ET.

6. Empleadores que no ofrecen bienes o servicios al mercado

En relación con los despidos objetivos, se plantea el problema de los empleadores que no tienen la condición de empresas que ofrecen bienes o servicios al mercado por un precio. En efecto, muchos trabajadores prestan servicios en Administraciones públicas, en entidades de la denominada economía social del subsector de no mercado (ONG, fundaciones, asociaciones...), o en comunidades de propietarios de fincas urbanas. Ello suscita el problema de si pueden aplicárseles las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o de producción. A título

meramente ejemplificativo, cabe citar la sentencia del TSJ de Aragón nº 781/2008, de 20-10.¹⁹ Una comunidad de propietarios de fincas urbanas despidió a su portero al amparo del art. 52 ET invocando causas económicas. La comunidad de propietarios había tenido que afrontar varias obras de reparación, así como el incremento de los gastos comunitarios (como el coste del gasoil). La cuota ordinaria había sufrido un incremento del 27'20 por 100 desde 2005 a 2008 y se habían abonado derramas extraordinarias. Los gastos de servicio de portería representaban el 24 por 100 de los gastos totales de la comunidad: 34.300 euros anuales sobre total de 143.392 euros. El portero ocupaba una vivienda en el inmueble. La comunidad de propietarios procedió a contratar un servicio externo de conserjería para su atención diaria, incluidos sábados, festivos y domingos, con un presupuesto de 18.829 euros. Esta sentencia explica que el análisis de las causas económicas debe partir de la base de que la demandada no es una entidad empresarial dedicada a actividad mercantil o industrial que obligue a analizar sus decisiones bajo el prisma riguroso de la rentabilidad de la medida combatida. Por ello, carece de sentido real afirmar que la comunidad no tiene pérdidas porque su finalidad no consiste en obtener beneficio, ni una cuenta de resultados favorable, sino atender los servicios comunitarios de manera satisfactoria y adecuada a las posibilidades financieras de los copropietarios. Esta sentencia explica que se ha acreditado la existencia de importantes gastos comunitarios, habiéndose aumentado los presupuestos y correlativamente las cuotas de cada comunero. La eliminación de los gastos de portería, con liberación del inmueble afecto a ese servicio, y la externalización del servicio por costo inferior se revela beneficiosa para la comunidad y adecuada a las exigencias del artículo 52.c) ET en la medida en que contribuye a la superación de la situación negativa apreciada, por lo que se declara la procedencia del despido.

Respecto de las Administraciones públicas, la sentencia del TSJ del País Vasco nº 444/2007, de 13-2, declaró procedente el despido por causas objetivas de una ATS que prestaba servicios para la Diputación Foral de Guipúzcoa, en virtud del traspaso de los servicios prestados por el INSERSO. Este despido se basó en causas organizativas, al haberse amortizado su puesto de trabajo por el cauce reglamentario, sin que en dicha corporación local existiera atención a las personas mayores que necesitase un ATS.²⁰

¹⁹ Ponente D. Carlos Bermúdez Rodríguez.

²⁰ Un prolijo estudio de los pronunciamientos de los TSJ en esta materia lo efectúa ROQUETA BUJ, R.: "La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones públicas", *Actualidad Laboral* nº 3, 2011, págs. 306 y ss.

Las sentencias de este TSJ de Aragón nº 38/2011, de 31-1; 97/2011, de 14-2; 124/2011, de 21-2; 125/2011, de 21-2 y de 101/2011, de 14-2 y de 28-2-2011, recurso 101/2011,²¹ enjuiciaron los despidos objetivos efectuados por el Ayuntamiento de Zaragoza de los médicos que prestaban la asistencia sanitaria a los funcionarios ingresados antes del 1-4-1993, que pasó a realizarse por el Sistema Público de Salud. El despido se produjo con efectos el 1-7-2010, con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2010 pero antes de la entrada en vigor de la Ley 35/2010. El Ayuntamiento invocó causas económicas, técnicas y organizativas consistentes 1) en la dualidad de un sistema diferente y con la condición de "a extinguir" para los funcionarios que ingresaron con anterioridad a la fecha de 1-4-1993; y 2) el coste económico, cada vez más elevado proporcionalmente al número de beneficiarios, en un momento de crisis económica general que obliga a las Administraciones Públicas a racionalizar sus costes.

El TSJ de Aragón argumenta que los requisitos de los despidos objetivos exigidos por el ET son de aplicación tanto a las Administraciones públicas empleadoras como a las empresas privadas, *“si bien dada la diferencia entre empresa mercantil y Administración habrá de sustituirse el logro de un beneficio económico por el servicio al interés general”* (sentencia de 28-2-2011, recurso 101/2011, FD 3º). El coste de la asistencia sanitaria a estos funcionarios ascendía a 5.372.000 euros anuales, mientras que la incorporación al Sistema Público de Salud del personal funcionario atendido representa un coste anual para el Ayuntamiento de 1.050.000 euros. La deuda bancaria del Ayuntamiento de Zaragoza asciende a 690,2 millones de euros en 2008 (1.036 euros por habitante) y a 751,9 millones de euros en 2009. El Tribunal argumenta que estos despidos contribuyen a disminuir el gasto corriente de la Administración demandada y es consecuencia de una organización de los servicios municipales consecuente con la necesidad de reducción del gasto público, concurriendo los requisitos jurisprudenciales: el supuesto de hecho que determina el despido -la situación negativa de la empresa-, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) y la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.

²¹ El ponente de estas sentencias fue D. Rafael Medina Alapont.

VI. Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

1. Control judicial de estas causas

Es objeto de controversia el alcance del control judicial de la decisión empresarial extintiva.

A) Control judicial limitado a descartar que el despido sea absurdo o arbitrario

Se ha argumentado que el despido objetivo es una decisión discrecional del empresario y el control judicial se debe limitar al ámbito de su razonabilidad: el Juez debe descartar que la extinción sea absurda o arbitraria, pero no debe desvirtuarla por considerar el juzgador que existen otras más eficaces o menos agresivas.²²

La distinción entre discrecionalidad (que es lícita) e interdicción de la arbitrariedad (que está prohibida) tiene su origen en el Derecho Administrativo. Frecuentemente el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración pública una potestad discrecional, que implica una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Pero esta libertad no es ilimitada porque no puede amparar el comportamiento arbitrario, basado en la mera voluntad de sus agentes, sin ninguna fundamentación. Reiterada doctrina de la Sala Contencioso-administrativa del TS explica que la *“discrecionalidad no es arbitrariedad. Tales conceptos son más bien antagónicos, pues lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras lo arbitrario o no tiene motivación respetable, sino –pura y simplemente– la conocida «sit pro ratione voluntas» o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad”* (sentencias del TS/III de 13-7-1984; 21-11-1985; 1-12-1986; 19-5-1987 y 12-6-2006, recurso 8195/2000).

La aplicación de la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad a este ámbito limitaría el control judicial de la razonabilidad de la decisión extintiva: este control judicial se limitaría a determinar si la decisión tiene una motivación real y no es meramente arbitraria, es decir, producto de un mero acto de voluntad del empresario.

²² BELLIDO ASPAS, M.: “La reforma laboral efectuada por la ley 35/2010: modificaciones en las extinciones de los contratos de trabajo”, *Aranzadi Social*, 16, 2011, pág. 71.

B) Control judicial periférico

Otra tesis, en la misma línea, defiende el “control periférico” judicial. El Juez se debe limitar a controlar si se han violado derechos fundamentales, si el despido es discriminatorio y si es arbitrario. Ello únicamente requiere del empresario una mínima justificación en la alegación de la razón empresarial, pero sin que el Juez pueda entrar en una determinación empresarial alternativa: si la decisión del empresario es la más apropiada o si es la más pertinente.²³

C) Control judicial pleno de la decisión extintiva

En sentido contrario, se ha argumentado que el canon de razonabilidad no se limita a desterrar las decisiones arbitrarias o contrarias a los derechos fundamentales. Además de ello, el Juez debe verificar la justificación interna propia de la medida: la existencia de motivos suficientes que imponen un nuevo reequilibrio de las condiciones de trabajo. Ello no supone que el Juez ocupe la posición del empresario en el gobierno de su empresa pero sí que debe validar las razones que justifican que el trabajador pierda el empleo.²⁴

D) Propuesta aplicativa

Los despidos objetivos y colectivos producidos desde el 18-6-2010 hasta el 18-9-2010 se rigen por el art. 51.1 del ET en la redacción conforme al Real Decreto-ley 10/2010. Este precepto, respecto de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, exigía que la empresa 1) acreditase los resultados alegados o las causas señaladas, y 2) justificase que de ellos se deduce “mínimamente” la razonabilidad extintiva. La utilización del adverbio “mínimamente” limita la exigencia al empresario de justificar la razonabilidad de la extinción. Y correlativamente el control judicial de esta justificación empresarial no puede exceder la exigencia legal de que se deduzca mínimamente que el despido es razonable.²⁵ Sin embargo, la Ley 35/2010 ha suprimido el adverbio “mínimamente”.

²³ DEL REY GUANTER, S.: “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, 2010, pág. 119.

²⁴ ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Problemas en torno a...”, ob. cit., pág. 79.

²⁵ La sentencia del TSJ de Aragón nº 78/2011, de 7-2, enjuició un despido objetivo por causas económicas y productivas con efectos el 9-8-2010, con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2010, argumentando que “si ya bajo el imperio de la anterior normativa no resultaba imprescindible para el despido objetivo la existencia de pérdidas si concurrían dificultades que impedían

A mi juicio, esta controversia debe examinarse desde el punto de vista consistente en determinar si la entrada en vigor de la Ley 35/2010 ha supuesto un cambio legal que haya dejado sin efecto la doctrina jurisprudencial que sostiene que el Juez debe validar las razones que justifican la extinción contractual. Porque lo que resulta evidente es que la redacción de los arts. 51.1 y 52 ET anteriores al Real Decreto-ley 10/2010 ha sido reiteradamente interpretada por el TS en el sentido de que el Tribunal debe examinar la corrección de la decisión empresarial extintiva, sin limitarse a un examen de si resulta arbitraria o a un examen periférico de su legalidad. A título meramente ejemplificativo, la sentencia del TS de 29-9-2008, recurso 1659/2007,²⁶ enjuició un supuesto en el que la empresa demandada había tenido unas pérdidas muy importantes durante cuatro años. Pese a ello, el Alto Tribunal negó que se pudiera presumir que la empresa por el mero hecho de tener pérdidas pudiera despedir a sus trabajadores, concluyendo que fue el exceso de capacidad productiva de la empresa lo que permitió vincular el despido con la corrección de la situación económica negativa. Y la citada sentencia del TS de 29-11-2010, recurso 3876/2009, dictada en Sala General, aplicando la regulación legal anterior a esta reforma laboral, declaró improcedente el despido objetivo porque la empresa no había ofrecido plazas vacantes a los trabajadores antes de despedirlos.

Respecto de la *voluntas legislatoris*, el preámbulo del Real Decreto-ley 10/2010 y de la Ley 35/2010, en su apartado II, establecen: “*se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia*”. Y si examinamos la vigente regulación del art. 51.1 ET, debemos concluir que el legislador ha sustituido una regulación previa más concisa por otra más prolija y que contiene modificaciones relevantes, como la virtualidad jurídica de las pérdidas previstas. Pero estas reformas no contienen modificación alguna del ET ni de la LPL de la que sea dable inferir un cambio en el control judicial de la concurrencia de estas causas. Al contrario, al añadir a los conceptos jurídicos preexistentes, supuestos más concretos que permiten el despido objetivo o colectivo por estas causas, ha facilitado el control judicial de la concurrencia

el buen funcionamiento, siendo desde esa perspectiva la amortización de determinados puestos, con la consiguiente disminución de los gastos de personal, una medida razonable para restablecer “la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende” (sentencia del TS de 31.1.2008 [r. 1719/2007]), con mayor fundamento puede afirmarse ahora que, habiendo cumplido la empresa la carga de acreditar aquellos resultados negativos, es razonable, al menos con esa dimensión “mínima” a que alude al nuevo artículo 51.1 del ET, la decisión extintiva adoptada”.

²⁶ Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete.

efectiva de las citadas causas. Por ello, el control judicial no debe limitarse a examinar si la decisión empresarial es arbitraria.

A mi juicio, el control judicial no debe limitarse a que la decisión no sea arbitraria, ni vulnere derechos fundamentales, sino que debe examinar el fundamento mismo de la decisión judicial, a la luz de los requisitos legales establecidos por el art. 51.1 ET, teniendo en cuenta que el despido objetivo debe operar cuando no sea posible acudir a las restantes medidas del empresario para afrontar estas situaciones, que no conlleven la extinción de relaciones laborales.

En relación con esta cuestión es importante reparar en que la mención legal a las causas o razones²⁷ económicas, técnicas, organizativas o de producción aparece en los arts. 40 ET (movilidad geográfica), 41 ET (modificación sustancial de condiciones de trabajo), 47.1 y 2 ET (suspensión del contrato de trabajo y reducción temporal de jornada por estas causas) y 51 ET (extinción del contrato de trabajo).²⁸

Existe una jerarquía en cuanto a la intensidad de estas razones o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que deben concurrir con mayor intensidad para justificar los despidos por causas económicas de los arts. 51 y 52 ET o la suspensión del contrato de trabajo del art. 47 ET. Entre el despido y la suspensión por causas económicas, la diferencia radica en el carácter temporal de estas causas cuando justifican la suspensión del contrato de trabajo y en su carácter previsiblemente definitivo respecto del despido. Por el contrario, esta exigencia tiene una intensidad menor respecto de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del art. 41 ET y los traslados del art. 40.1 ET. Y tiene una intensidad todavía menor para justificar un desplazamiento temporal del art. 40.4 ET. Así, las sentencias del TS de 8 de enero de 2000, recurso 461/99 y 5 de diciembre de 2006, recurso 17/2005, explican que las circunstancias causales que justifican la modificación, suspensión o extinción del

²⁷ El legislador, al referirse a las instituciones más gravosas para el trabajador (el despido, la suspensión del contrato de trabajo y la reducción temporal de la jornada) utiliza el término “causas” económicas, técnicas, organizativas o de producción, mientras que al referirse a las instituciones menos gravosas para el trabajador (la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la movilidad geográfica) se refiere a las “razones” económicas, técnicas, organizativas o de producción. No es lo mismo una razón que una causa. Sin embargo, el intento de construir una diferenciación a partir de esta distinción terminológica tropieza con la propia definición legal de estas razones contenida en los arts. 40.1 y 41.1 ET, los cuales disponen: “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo (...)”. El propio ET utiliza como sinónimos ambos términos.

²⁸ La sentencia del TS de 17 de mayo de 2005, recurso 2363/2004, efectúa una interpretación sistemática del ET, comparando el art. 41 ET con lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos. Y el Alto Tribunal utiliza una interpretación finalista del art. 41 ET, puesto que los intereses en juego en el art. 41 ET no incluyen la pérdida de empleos.

contrato de trabajo deben ser analizadas en forma diferente de mayor o menor intensidad, según que el efecto pretendido sea la modificación, suspensión de las condiciones de trabajo o la más drástica de la extinción, por la vía del artículo 51 del ET. La sentencia del TSJ de Cataluña nº 463/1998, de 23-1, explicaba que la posibilidad de imponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo al amparo del art. 41 ET no se vinculaba a la superación de una situación económica negativa de la empresa, ni a garantizar su viabilidad futura y el mantenimiento del empleo en la misma, lo que sí que exigía el art. 51 ET. Por ello, no era necesario que la empresa se encontrase ante una situación de «emergencia», o estuviera en peligro de subsistencia. La adopción de la medida puede llevarse a cabo aunque el balance económico de la empresa pueda ser positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad. La ampliación que este precepto concede a los poderes de dirección del empresario, no se limita a las empresas en crisis y puede ser adoptada aunque la marcha de la empresa sea positiva y su balance económico favorable. Por su parte, la sentencia del TSJ de Navarra nº 492/1998, de 21-12, sostenía que no es necesario que la empresa atravesara por una situación organizativa o productiva problemática para que realizara una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del art. 41 ET, sino que bastaba con que la medida en cuestión fuera razonable desde la perspectiva de una buena gestión empresarial, superando la concepción «patológica» de la institución, debiendo interpretar que se trata de «causas externas», fundadas, bien en un cambio en la demanda, bien en exigencias objetivables derivadas de la competencia.

2. Causas económicas

A) Redacciones legales

El art. 51.1, párrafos segundo y tercero del ET, al que se remite el art. 52.c) ET, ha tenido tres redacciones distintas a lo largo del año 2010. En función de la fecha del despido, deberá aplicarse una u otra.

a) Despidos hasta el 17-6-2010

El art. 52.c) ET permitía la extinción del contrato por causas objetivas: *“Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en*

causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas (...)”.

Por su parte, el art. 51.1 ET establecía que *“se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa (...)*”.

Ambos preceptos exigían que la decisión extintiva contribuyera a superar situaciones económicas negativas. El término “contribuir” indicaba que bastaba con que la decisión extintiva coadyuvase a superar esta situación.

b) Despidos desde el 18-6-2010 al 18-9-2010 (Real Decreto-ley 10/2010)

El art. 51.1, párrafo segundo del ET establecía: *“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”*.

La regulación legal pasa a ser idéntica en el despido colectivo y en el objetivo porque el art. 52.c) ET se remite al art. 51 ET. Y desaparece la mención a la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo.²⁹

c) Despidos desde el 19-9-2010 (Ley 35/2010)

La vigente redacción del art. 51.1, párrafo segundo del ET es la siguiente: *“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”*.

²⁹ BELLIDO ASPAS, M.: “La reforma laboral...”, ob. cit., págs. 66 y 67, sostiene que se trata de un cambio normativo importante porque el término “necesidad” tiene más intensidad, lo que permitiría sostener que el despido objetivo solo era admisible cuando para solucionar los problemas de la empresa no había otra solución que amortizar puestos de trabajo. A su juicio, la nueva regulación amplía el abanico de supuestos en los que es procedente el despido por causas objetivas, incluyendo tanto los supuestos en los que es necesario amortizar puestos de trabajo como cuando es conveniente para mejorar la eficiencia empresarial, aunque no sea necesario amortizarlos.

Se trata de un precepto largo y confuso, lo que dificulta su aplicación práctica. Ha desaparecido el adverbio: “mínimamente”, introducido por el Real Decreto-ley 35/2010. Parte de la doctrina científica sostiene que, aunque el calificativo de “mínimo” se ha suprimido por la Ley 35/2010, sigue como referente con base en la elaboración del test de razonabilidad que efectúa la sentencia del TS de 29-9-2009³⁰. En sentido contrario, se ha argumentado que la supresión de este adverbio conlleva que se ha de deducir la razonabilidad de la decisión extintiva con un estándar medio, no solamente de mínimos.³¹ A mi juicio, no puede considerarse jurídicamente irrelevante la supresión de este adverbio. Si el legislador ha pasado de exigir una justificación mínima de que el despido sea razonable, a exigir una justificación de que el despido sea razonable, sin más requisitos, no cabe pretender que este cambio normativo carece de consecuencias jurídicas.

El concepto legal de causas económicas (el art. 51 ET utiliza el plural) exige tres requisitos acumulativos:

1) Que de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. Como se trata de un concepto jurídico indeterminado, a continuación pone varios ejemplos (menciona: “en casos tales como”) relativos a pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a la viabilidad empresarial o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.

2) La empresa debe acreditar los resultados alegados.

3) La empresa tiene que justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

El apartado II del preámbulo de esta Ley 35/2010 explica que ha normativizado la doctrina jurisprudencial sobre la materia: “*la modificación integra en la Ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de su tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales sobre esta materia*”. Estos tres requisitos legales se corresponden con los establecidos en la citada sentencia del TS de 29-9-2008, recurso 1659/2007. En ella se rechaza que haya una conexión automática entre la reducción de los costes de personal y la concurrencia de causas económicas: no se puede presumir que la empresa por el solo

³⁰ DEL REY GUANTER, S.: “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010...”, ob. cit., pág. 119.

³¹ FOLGUERA CRESPO, J.A.: “El despido objetivo individual en la reforma del mercado de trabajo”, *Diario La Ley* nº 7488, 2010, pág. 20.

hecho de tener pérdidas pueda despedir a sus trabajadores. Por consiguiente, no basta con el primer requisito: probar la existencia de pérdidas de la empresa. El Alto Tribunal sostiene que deben aportarse indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda “*decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido*”. El concepto jurídico de la Ley 35/2010: “razonabilidad de la decisión extintiva” tiene su origen en esta doctrina jurisprudencial.

Estos requisitos jurisprudenciales han sido recogidos y desarrollados por la Ley 35/2010. En realidad, de los tres requisitos exigidos para la concurrencia de causas económicas por el art. 51.1, párrafo segundo del ET, el segundo, relativo a que el empresario debe acreditar los resultados alegados, es un precepto vacío de contenido porque conforme a las reglas de carga de la prueba, le corresponde al empresario probar estos extremos. Y los dos requisitos restantes: 1) la situación económica negativa y 2) la conexión de razonabilidad entre los resultados negativos, la decisión extintiva y la competitividad de la empresa, tienen su origen en la citada doctrina jurisprudencial.

Pero la Ley 35/2010 no se ha limitado a reiterar estos requisitos jurisprudenciales, lo que no hubiera supuesto ninguna modificación en la aplicación de las normas legales respecto de la preexistente. En el ámbito social no es infrecuente que las reformas legales incorporen el contenido de pronunciamientos judiciales, en cuyo caso, si se limitan a ello, la entrada en vigor de estas normas no modifica la aplicación de las normas. Su finalidad es la de clarificar la interpretación y aplicación de las normas, en la medida en que para desentrañar su significado ya no es necesario consultar a la jurisprudencia que las interpreta porque la propia norma jurídica, en su nueva redacción legal, especifica cuál es su concreto significado.

Si la Ley 35/2010 se hubiese limitado a incluir en el texto refundido del ET la doctrina jurisprudencial anterior, en tal caso no hubiera supuesto ningún cambio en la aplicación de los requisitos necesarios para la procedencia del despido objetivo. El preámbulo de esta norma, en su apartado II, explica que pretende reducir la dualidad del mercado laboral. Entre las medidas dirigidas a este objetivo incluye la siguiente: “*se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores*”. Aunque posteriormente se menciona la integración legal de la interpretación jurisprudencial de las causas del despido objetivo, la comparación entre la doctrina jurisprudencial preexistente y la nueva regulación del art. 51.1 ET revela que se ha producido una modificación legal que supone un cambio en la doctrina jurisprudencial previa, como lo

evidencia, por ejemplo, la consideración de las pérdidas previstas como una situación económica negativa que puede justificar el despido objetivo.

Esta regulación legal contiene varios conceptos jurídicos indeterminados con un importante grado de indeterminación: “situación económica negativa”, “razonabilidad”... Con la técnica del concepto jurídico indeterminado la norma jurídica hace referencia a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, debido a que se trata de nociones que no admiten una determinación rigurosa, pese a lo cual intentan delimitar un supuesto concreto. Se trata de un caso que, pese a la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación: su aplicación no admite más que una solución (o se da o no se da el concepto), lo que constituye lo esencial del concepto jurídico indeterminado: que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de sus aplicaciones, que solo permiten una solución justa en cada caso.³² En definitiva, el concepto jurídico indeterminado es un expediente de técnica legislativa que evita acudir a una descripción excesivamente rígida o exhaustiva, como los referentes a la “diligencia de un buen padre de familia” o a la “buena fe”.³³

Se ha sostenido que la mayor parte de los términos son indeterminados, salvo excepciones como los numerales o las denominaciones de figuras geométricas, existiendo diversos grados de indeterminación. Y en el ámbito jurídico se consideran conceptos jurídicos indeterminados los que presentan un grado de indeterminación mayor que otros.³⁴ Aun admitiendo la dificultad de distinguir clara y suficientemente

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 12ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 465 a 471. En el mismo sentido, PARADA, R.: *Derecho administrativo*, tomo I, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 102 y 103 y COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho administrativo*, tomo I, 13ª edición, Civitas, Madrid, 2002, págs. 325 y 326. Por el contrario, BOQUERA OLIVER, J. M.: *Derecho administrativo*, 10ª edición, Civitas, Madrid, 1996, págs. 364 a 366, critica la expresión “concepto jurídico indeterminado”, que considera contradictoria, refiriéndose a los conceptos universales.

En cuanto a la distinción entre los conceptos jurídicos determinados e indeterminados, *vide* SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 198 y ss.

³³ MUÑOZ SABATÉ, LI.: *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 91.

Por su parte, SENTÍS MELENDO, S.: “Valoración de la prueba”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 2-3, 1976, págs. 286 y 287, contrapone el concepto indeterminado como un concepto abierto, a diferencia del concepto determinado, que es un concepto cerrado. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 2000, pág. 137, ha precisado que hay conceptos indeterminados que incorporan nociones de experiencia (los cuales se ventilan en la apreciación de los hechos), mientras que otros son conceptos de valor (implicando juicios de valor, que pueden ser técnicos o políticos).

³⁴ SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos...*, ob. cit., pág. 70.

entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados,³⁵ es importante reparar en las consecuencias que tiene la opción legislativa por conceptos jurídicos con un relevante grado de indeterminación al fijar requisitos esenciales de una materia tan importante como la extinción de los contratos de trabajo, por cuanto facilita la existencia de diferencias interpretativas de los distintos tribunales y, con ello, la inseguridad jurídica. Se ha explicado que una de las disfunciones de la regulación del despido objetivo anterior a esta reforma consistía en que el resultado de la impugnación judicial de estos despidos era muy incierto, entre otras causas porque la regulación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción era muy abierta, generando inseguridad.³⁶ Esta reforma legal no ha resuelto esta cuestión.

B) Requisitos

a) Situación económica negativa

Aunque el concepto: “situación económica negativa” adolece de gran indeterminación, la Ley 35/2010, plausiblemente, menciona dos ejemplos, lo que ayuda a clarificar su contenido: las pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente del nivel de ingresos de la empresa, que puedan afectar a la viabilidad empresarial o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.

La mención legal: “en casos tales como”, evidencia que se trata de una enumeración meramente ejemplificativa, por lo que la situación económica negativa puede derivarse de supuestos distintos de los citados, como el mencionado en la citada sentencia del TSJ de Aragón nº 781/2008, de 20-10, relativo a una comunidad de propietarios cuyos gastos habían aumentado, con el correlativo incremento de las cuotas que debían abonar los copropietarios.

Este requisito incluye a su vez dos elementos: uno cuantitativo (las pérdidas o la disminución de ingresos) y otro cualitativo (que puedan afectar a la viabilidad o a la capacidad de mantener el empleo de la empresa).³⁷

a).1. Pérdidas empresariales

³⁵ SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos...*, ob. cit., pág. 212.

³⁶ BELLIDO ASPAS, M.: “La reforma laboral...”, ob. cit., págs. 62 y 63.

³⁷ ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Problemas en torno a...”, ob. cit., pág. 83.

Las pérdidas empresariales, acreditadas normalmente mediante la documentación contable de la empresa (la cuenta de pérdidas y ganancias), constituyen el supuesto habitual en el que se fundamentan la mayoría de los despidos objetivos por causas económicas. Las pérdidas de la empresa hacen referencia al resultado del ejercicio negativo: la diferencia entre ingresos y gastos de la empresa, con un resultado negativo.³⁸

La novedad de esta reforma legal radica en que menciona tanto las pérdidas actuales como las pérdidas previstas. Esta última mención responde a las críticas consistentes en que cuando el despido objetivo por causas económicas era procedente, ya era demasiado tarde para salvar la empresa. La solución legislativa ha sido la de admitir la extinción por “pérdidas previstas”, es decir, pérdidas futuras que previsiblemente van a producirse.

Se ha afirmado que éste es el cambio más importante respecto de la doctrina que venían sentando la mayoría de los tribunales, los cuales exigían que la empresa tuviera pérdidas actuales, declarando la improcedencia de los despidos objetivos cuando la empresa no tenía pérdidas sino solamente una disminución de sus beneficios.³⁹

No cabe exigir la prueba de un hecho futuro porque ello es imposible. Será necesario probar la existencia de indicios actuales de los que se pueda inferir lógicamente la existencia de pérdidas en el futuro que obligan a extinguir ahora uno o varios contratos de trabajo. Por ejemplo, si la empresa tiene una trayectoria progresiva y prolongada de disminución de beneficios, evidenciando una tendencia que si se prolonga en el tiempo conducirá a las pérdidas empresariales, sin que existan otras alternativas a este empeoramiento de la situación empresarial. O si se produce un cambio social o legislativo que en un futuro inmediato va a ocasionar pérdidas a la empresa, imposibilitada de adaptarse a él, obligándole a reducir la plantilla. La situación económica negativa de la empresa debe ser actual. Pero, en la nueva redacción del art. 51.1 ET operada por la Ley 35/2010, ello no supone que las pérdidas necesariamente deban ser actuales sino que pueden ser futuras.

Cuando se trata de pérdidas previstas, existe una discordancia temporal entre estas pérdidas, que son futuras, y el despido del trabajador, que es actual. La finalidad

³⁸ Una acerba crítica de la identificación de desequilibrio financiero con la obtención de resultado del ejercicio negativo o resultado de explotación negativo la efectúa DIÉGUEZ SOTO, J.: “Causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa”, *Temas Laborales*, nº 104/2010, págs. 93 y ss.

³⁹ BELLIDO ASPAS, M.: “La reforma laboral...”, ob. cit., pág. 68.

legal es evitar que la empresa llegue a una situación económica irreversible. Pero ello obliga a extremar el rigor en estas extinciones contractuales “preventivas”.⁴⁰

Este requisito debe interpretarse en conexión con la mención a “que puedan afectar a la viabilidad empresarial o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”. Se ha afirmado que esta norma exige una situación “patológica” de la empresa porque es necesario que se ponga en peligro la supervivencia de la empresa o el mantenimiento del empleo.⁴¹ La utilización del plural en esta última frase: “que puedan afectar”, evidencia que la exigencia de afectación a la viabilidad empresarial o al mantenimiento de empleo, se aplica a los dos ejemplos anteriores: tanto a las pérdidas actuales o previstas como a la disminución persistente del volumen de ingresos.

Y la utilización en este párrafo de la conjunción alternativa: “o” evidencia que las pérdidas o la disminución de ingresos deben incidir alternativamente en la viabilidad empresarial o en el mantenimiento de empleo, bastando con una de ellas.

Es importante reparar en que esta norma legal no hace referencia a que las pérdidas “afecten” a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantenimiento de empleo, sino que se limita a exigir que “puedan afectar”: conforme al tenor literal, basta con la posibilidad de que las pérdidas o la disminución persistente de ingresos puedan afectar a la viabilidad o al empleo de la empresa, para que el despido se repute procedente. La expresión: “puedan afectar” significa que hay un riesgo real de que las pérdidas o la disminución de ingresos pongan en peligro la supervivencia de la empresa o su empleo. Esta norma no exige la certeza de que las pérdidas o la disminución de ingresos afecten a la viabilidad o al empleo de la empresa. Basta con que previsiblemente, atendiendo a la entidad de dichas pérdidas o disminución de ingresos, estas circunstancias puedan perjudicar la supervivencia de la empresa o su empleo: que existe el peligro de que puedan conducir a la desaparición de la empresa o del empleo.

La viabilidad hace referencia a la supervivencia de la empresa. El volumen de empleo hace referencia al número de horas trabajadas en la empresa. El mismo volumen de empleo puede alcanzarse con más trabajadores a jornada parcial o con menos trabajadores a jornada completa. A título ejemplificativo, el mismo volumen de empleo

⁴⁰ SOLER FERRER, F.: “La nueva regulación del despido por causas objetivas”, *Diario La Ley* nº 7548, 2011, pág. 3, sostiene que esta reforma legal da carta de naturaleza al despido preventivo. Pero la admisión de un despido con una finalidad meramente preventiva debe ser examinado con cautela.

⁴¹ DEL REY GUANTER, S.: “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010...”, ob. cit., pág. 120. En sentido contrario, SOLER FERRER, F.: “La nueva regulación...”, ob. cit., pág. 2, sostiene que deben descartarse las interpretaciones que caracterizan el despido objetivo como una medida excepcional de emergencia ante una situación en la que la viabilidad de la empresa está amenazada.

tendrá una empresa con diez trabajadores que presten servicios a tiempo parcial a razón de 20 horas semanales que otra empresa con cinco trabajadores a jornada completa de 40 horas semanales.

En efecto, el concepto jurídico: “volumen de empleo” está regulado, entre otras, en la Ley 19/1995, de 4 julio, de modernización de las explotaciones agrarias. Su art. 2.5 establece la definición legal de agricultor profesional como la persona física titular de una explotación agraria que 1) al menos el 50 por 100 de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, 2) la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y 3) el “volumen de empleo” dedicado a actividades agrarias o complementarias sea igual o superior a la mitad de una Unidad de Trabajo Agrario. Por su parte, el art. 2.10 de esta Ley 19/1995 define la Unidad de Trabajo Agrario como *“el trabajo efectuado por una persona dedicada a tiempo completo durante un año a la actividad agraria”*. Por tanto, el volumen de empleo hace referencia al número de horas trabajadas por el agricultor. Y la exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 mayo, en su apartado 3, menciona los “criterios de reparto del volumen de empleo existente”.

Ello supone que en el contexto del art. 51 ET, el volumen de empleo hace referencia tanto al número de trabajadores como a la jornada de trabajo de ellos: el despido objetivo puede estar justificado no solo por la finalidad de mantener puestos de trabajo en la empresa (evitar una pérdida mayor de puestos de trabajo) sino por la de evitar la disminución de la jornada de trabajo de los trabajadores de la empresa.

Resulta aparentemente contradictorio que se permita la destrucción de empleo (el despido objetivo con una indemnización limitada) con la finalidad de salvaguardar el empleo. Sin embargo, puede ocurrir que si la empresa no adopta medidas a tiempo, que pueden incluir el despido de parte de sus trabajadores, la crisis empresarial se agrave y finalmente la empresa desaparezca y se destruya más empleo del que lo hubiera sido si se hubiera actuado a tiempo.

a).2 Disminución persistente de su nivel de ingresos

Como hemos explicado, las pérdidas de la empresa hacen referencia al resultado del ejercicio negativo: la diferencia entre ingresos y gastos de la empresa, con un resultado negativo. Por el contrario, esta mención a la disminución de ingresos no exige comparar los ingresos y los gastos de la empresa sino que basta con atender a los primeros. Conforme al tenor literal de la norma, aun cuando los ingresos sigan siendo

superiores a los gastos empresariales y la empresa no incurra en pérdidas, es dable proceder al despido objetivo de alguno de sus trabajadores si existe una disminución persistente de estos ingresos.⁴²

Puede suceder que concurren las dos circunstancias: la existencia de pérdidas (los ingresos empresariales son inferiores a los gastos) y además una disminución persistente de los ingresos de la empresa, lo que refuerza la justificación de la razonabilidad del despido objetivo.

El término que ofrece mayores problemas interpretativos es el relativo a la “persistencia” de la disminución de ingresos. Una disminución ocasional de los ingresos empresariales no permite acudir al despido objetivo. Para concretar su alcance es necesario ponerlo en relación con la exigencia relativa a que ello pueda afectar a la viabilidad empresarial o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Como quiera que la viabilidad hace referencia a la supervivencia de la empresa, parece difícil que si la empresa continúa teniendo beneficios, aunque sus ingresos sean menores, exista peligro de desaparición empresarial.

En cambio, sí que es posible que una disminución persistente de ingresos de la empresa pueda afectar al volumen de empleo, aunque la empresa no incurra en pérdidas, porque una disminución de la rentabilidad empresarial, consecuencia directa de la disminución de ingresos, puede causar ulteriormente una reducción de plantilla.

b) Acreditar los resultados alegados

La expresión: “a estos efectos” es un enlace. Significa que además de los requisitos anteriores la empresa debe probar los resultados y justificar la razonabilidad de la extinción. Se trata de requisitos acumulativos: conforme al tenor literal de la norma, deben concurrir todos. Ello dificulta la operatividad de la decisión extintiva porque supone que se impone a la empresa la acreditación o justificación de una pluralidad de extremos y bastará con que falte uno de ellos para que el despido sea improcedente.

⁴² Parte de la doctrina científica era partidaria de considerar como una situación económica negativa la reducción de los beneficios empresariales: DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (Art. 51 y 52.c ET)”, *Relaciones Laborales*, nº 17-18, 1994, pág. 196; MONTOYA MELGAR, A.: “El nuevo art. 52 c) ET”, *Aranzadi Social*, 1996, pág. 2608 y DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A.: “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, en ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P.: *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, IV), Madrid, 1996, págs. 55 y ss.

En primer lugar, aunque ello resulta innecesario, porque la aplicación de las reglas generales de la carga de la prueba le hubiera impuesto a la empresa la acreditación de los resultados negativos alegados, este precepto legal incluye expresamente esta exigencia procesal. Se trata de una norma procesal incluida en un texto sustantivo.⁴³

c) Justificar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado

Las sentencias del TS de 29-9-2008, recurso 1659/2007 y 27-4-2010, recurso 1234/2009, exigían, además de la acreditación de las pérdidas de la empresa, que se aportasen indicios y argumentaciones relativos a la conexión entre la situación de crisis y la medida de despido: la conexión entre la extinción del contrato y la superación de la crisis en términos de adecuada razonabilidad. Por consiguiente, no basta con que la empresa tenga pérdidas para que el despido por causas económicas sea procedente, hay que justificar que razonablemente el despido va a contribuir a superar la crisis de la empresa. La conexión opera entre dos términos: despido y superación de la crisis.

La Ley 35/2010 exige que se justifique que de los resultados negativos se deduce la razonabilidad del despido para favorecer la posición competitiva de la empresa. El texto legal exige interrelacionar tres factores: 1) los resultados negativos de la empresa, 2) el despido del trabajador, y 3) la preservación o favorecimiento de la posición competitiva de la empresa. El orden lógico es el mismo: como quiera que existe una situación económica negativa de la empresa (patentizada por sus pérdidas, disminución de ingresos o de cualquier otro modo), la cual se ha probado por el empresario, éste debe justificar que de esta situación se deduce que el despido del trabajador razonablemente va a contribuir a mantener o favorecer la competitividad de la empresa. En el supuesto enjuiciado por la sentencia del TS de 29-9-2008, recurso 1659/2007, fue el dato concreto de que la empresa tenía un exceso de capacidad productiva lo que permitió vincular el despido, que suponía una disminución de la capacidad productiva, con la corrección de la situación económica negativa.

c).1 Justificar la razonabilidad de la decisión extintiva

⁴³ El ET se caracteriza por incluir gran número de normas procesales, por ejemplo en la regulación del despido, incurriendo en duplicidades con la LPL.

El art. 51.1 ET diferencia claramente entre 1) acreditar los resultados negativos y 2) justificar la razonabilidad de la decisión. No es lo mismo “acreditar” que “justificar”. El art. 231 LPL en relación con el art. 270.1.2º LEC exige que la parte procesal que aporte en suplicación o casación un documento posterior al juicio oral, “justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia”. La mayor parte de la doctrina científica ha sostenido que “justificar” no significa necesariamente “probar”, sino más bien “acreditar” o “fundamentar”, pudiendo bastar con una explicación verosímil.⁴⁴

El diccionario de la Real Academia Española define: “justificar”, en su primera acepción, como “*probar algo con razones convincentes, testigos o documentos*”.⁴⁵ Por tanto, se incluye tanto el supuesto en el que se acredita algo con un medio de prueba, como aquél en el que se convence utilizando argumentos.

Tanto en la redacción conforme al Real Decreto-ley 10/2010 como en la de la Ley 35/2010 adquiere gran importancia la exigencia de “razonabilidad de la decisión extintiva”.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que hace referencia a la condición de razonable: conforme con la razón. Existe una consolidada doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales construida sobre la base del concepto de “razonabilidad”,⁴⁶ por ejemplo, en materia de igualdad ante la ley el TC utiliza reiteradamente el “test de razonabilidad”.⁴⁷ Ahora bien, el TC cuenta con la ventaja de que es un único órgano que tiene atribuida la función de intérprete supremo de la CE. Su unicidad facilita la homogeneidad interpretativa.

⁴⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 35; GUZMÁN FLUJA, V. en ESCRIBANO MORA, F. (coordinador): *El proceso civil*, volumen III, libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 2126; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El recurso laboral de suplicación y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (coordinadores): *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 422 y SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación”, *Justicia Laboral* nº 9, 2002, pág. 20. En sentido contrario, MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, 3ª edición, Civitas Madrid, 2002, 3ª edición, pág. 216, sostiene que debe interpretarse en el sentido de que significa acreditar.

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua española*, 22ª edición, Madrid, 2001, pág. 902.

⁴⁶ En el momento de la redacción de este artículo, más de mil sentencias del TC utilizaban el término “razonabilidad”.

⁴⁷ Vide SUAY RINCÓN, J.: “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coordinador): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 856 a 863.

Normativamente, el concepto “razonabilidad” lo utiliza el Real Decreto 1615/2009, de 26 octubre, que regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa, en su art. 10.1.c).

Por el contrario, en el orden social existen múltiples tribunales que tienen atribuida la interpretación y aplicación de normas laborales y de Seguridad Social, lo que facilita la existencia de diferencias interpretativas. Aquello que para una Sala Social de un TSJ puede ser razonable, para otra puede no serlo. Por ello, una buena técnica legislativa aconseja evitar los conceptos jurídicos con un importante grado de indeterminación.

Para concretar el alcance del término “razonabilidad de la decisión extintiva” es menester ponerlo en relación con la exigencia de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado.

c).2 Preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado

La mención a la posición competitiva en el mercado tiene su origen en la reforma del art. 52.c) ET llevada a cabo por la Ley 63/1997, de 26 diciembre, que incluyó en la regulación de las causas técnicas, organizativas o de producción, una mención a la superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda. La Ley 35/2010 incluye la mención a la posición competitiva en el mercado en la regulación de las causas económicas.

Preservar significa mantener. Por consiguiente, basta con que el despido razonablemente sirva para mantener o favorecer la posición competitiva de la empresa.

Esta exigencia impuesta por el art. 51.1 ET evidencia que el precepto legal está pensando en las empresas mercantiles: las empresas que producen bienes o servicios para el mercado. El problema deriva del hecho de que muchos trabajadores prestan servicios para empleadores que son ajenos a dicho mercado, como las Administraciones públicas, ONG, fundaciones, asociaciones o comunidades de propietarios. En sentido estricto, el art. 51.1 ET establece tres requisitos acumulativos: 1) situación económica negativa, 2) acreditación empresarial de los resultados y 3) justificación de la razonabilidad de la extinción para preservar la posición competitiva en el mercado. Este último requisito únicamente puede concurrir en empresas que dependen del mercado.

Sin embargo, una asociación, una ONG o una fundación pueden afrontar una situación económica negativa, que obligue a reducir la plantilla. Por ejemplo, una ONG que se financie con donaciones y subvenciones, realizando una labor social, para la cual ha contratado a trabajadores sociales, puede encontrarse con que la disminución de sus ingresos hace que su situación económica sea insostenible porque sus gastos de personal

son superiores a sus ingresos. Pese a ello, la decisión extintiva no puede justificarse con la finalidad de preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado porque no es una empresa que compita en ningún mercado, como sucede con la denominada “economía social” del subsector de no mercado.

Nos hemos referido anteriormente a la sentencia del TSJ de Aragón nº 781/2008, de 20-10, relativa a una comunidad de propietarios de fincas urbanas que despidió a su portero al amparo del art. 52 ET invocando causas económicas. Esta sentencia se dictó al amparo de una redacción de los arts. 52.c) y 51.1 ET que se limitaba a exigir la contribución a superar situaciones económicas negativas. La anfibología de este término permitía incluir una comunidad de propietarios que atravesaba una situación económica difícil, patentizada por el incremento de gastos y de cuotas de los propietarios. Y también era dable incluir una Administración pública cuyos ingresos fueran inferiores a sus gastos y se encontrase en una situación insostenible.

En la actualidad, como quiera que estas entidades no tienen que preservar su posición competitiva en el mercado, se suscita la duda de si puede aplicarse el despido objetivo por causas económicas a los empleadores en sentido jurídico-laboral (que tienen trabajadores a su cargo) pero que no son suministradores de bienes o servicios al mercado.

En relación con las Administraciones públicas, se ha defendido la aplicación de los arts. 51.1 y 52.c) ET a las mismas, aunque no pueda hablarse de posición competitiva en el mercado, ni de exigencias de la demanda, argumentando que estos elementos se utilizan en la legislación laboral por vía ejemplificativa y no exhaustiva. Lo relevante es que, al mejorar la organización de los recursos humanos, se eliminan las dificultades de las Administraciones públicas.⁴⁸

A mi juicio, la exclusión de plano de las Administraciones públicas y de las restantes entidades ajenas al mercado, de los despidos objetivo y colectivo, carece de racionalidad jurídica porque, aunque no ofrezcan bienes o servicios al mercado, pueden concurrir causas económicas (pérdidas, por la diferencia entre sus ingresos y sus gastos), técnicas, organizativas o de producción que justifiquen la extinción de contratos de sus trabajadores. Si llegamos a la conclusión de que los arts. 51.1 y 52.c) ET no son aplicables a estas entidades, se quedarán sin respuesta jurídica situaciones en las que

⁴⁸ En este sentido se ha pronunciado ROQUETA BUJ, R.: “La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones públicas”, *Actualidad Laboral* nº 3, 2011, pág. 306.

está justificada dicha extinción contractual. Y no parece que la finalidad de la reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 10/2010 y por la Ley 35/2010 fuera ésta.

Sin embargo, tampoco cabe soslayar que la citada tesis constituye una interpretación correctora de la norma. En efecto, cuando el art. 51.1, párrafo segundo del ET, al regular las causas económicas, ha querido hacer una enumeración meramente ejemplificativa, lo ha hecho expresamente, al referirse a “en casos tales como la existencia de pérdidas (...)”. Y cuando el art. 51.1, párrafo tercero del ET, al regular las causas técnicas, organizativas o de producción, ha pretendido efectuar una enumeración ejemplificativa, lo ha hecho claramente, por ejemplo, al definir estas causas en relación con los cambios que se produzcan “entre otros”, en los correspondientes ámbitos técnicos, organizativos y de producción. Por el contrario, cuando el art. 51.1, párrafo segundo ET (relativo a las causas económicas) menciona la justificación de la razonabilidad de la extinción “para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”, no está mencionando un ejemplo sino que está vinculando el juicio de razonabilidad del despido a la finalidad de coadyuvar a la competitividad de la empresa. En el mismo sentido, el art. 51.1, párrafo tercero ET (relativo a las causas técnicas, organizativas o de producción) vincula la razonabilidad del despido con la más adecuada organización de los recursos de la empresa que favorezca su posición competitiva en el mercado o permita una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. No se trata de meros ejemplos.

3. Causas técnicas, organizativas o de producción

A) Redacciones legales

a) Despidos hasta el 17-6-2010

El art. 52.c) ET permitía la extinción del contrato por causas objetivas en los supuestos siguientes: *“El empresario acreditará la decisión extintiva (...) en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”*. Por su parte, el art. 51.1 ET establecía que *“Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son (...) técnicas, organizativas o de producción, a*

garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

b) Despidos desde el 18-6-2010 al 18-9-2010 (Real Decreto-ley 10/2010)

Art. 51.1, párrafo tercero del ET: “(...) *Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.*

Esta reforma legal 1) unifica la regulación legal del despido colectivo y el objetivo. 2) Define cada una de las causas: técnicas, organizativas y productivas, copiando literalmente las definiciones de la sentencia del TS de 14 junio 1996, recurso 3099/1995. Y 3) impone dos requisitos a la empresa: a) acreditar su concurrencia; y b) justificar que de ellas se deduce mínimamente la razonabilidad del despido, concretando prolijamente los supuestos en los que se produce esta razonabilidad.

c) Despidos desde el 19-9-2010 (Ley 35/2010)

Art. 51.1, párrafo tercero del ET: “(...) *Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a*

través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

La principal modificación radica en que se suprime el adverbio: “mínimamente”.

B) Definición legal de las causas

A diferencia de la citada sentencia del TS de 14 junio 1996, recurso 3099/1995, la redacción legal de cada una de estas causas es meramente ejemplificativa. Las causas técnicas se refieren a los cambios, “entre otros”, en los medios o instrumentos de producción. Las causas organizativas hacen referencia a los cambios, “entre otros”, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal. Y las causas productivas afectan a los cambios, “entre otros”, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

El art. 51.1 ET exige que se produzcan “cambios” en las citadas materias. Por consiguiente, para que concurran estas causas técnicas, organizativas o de producción es necesario que se produzca un cambio en la situación anterior que afecte a estas cuestiones.

En la práctica la distinción entre causas técnicas, organizativas y de producción ofrece dificultades. La propia definición legal de causas técnicas hace referencia a los medios de producción. Es frecuente que en las cartas de despido se mencionen indistintamente varias de ellas.

Las causas técnicas y organizativas hacen referencia al ámbito interno de la empresa. Las primeras se refieren a los medios materiales de la empresa (la maquinaria). Un ejemplo de causa tecnológica sería un cambio en la maquinaria de la empresa, debido a la obsolescencia tecnológica de la anterior, introduciendo máquinas automatizadas que precisan menos personal. Las segundas se refieren a los medios personales (la organización del personal), como una reorganización empresarial que permite eliminar personal innecesario para el funcionamiento de la empresa. Y las causas productivas hacen referencia a un ámbito externo de la empresa: las fluctuaciones de la demanda de los bienes o servicios que produce. Las causas productivas están relacionadas con las económicas porque los cambios en la demanda de productos o servicios de la empresa pueden suponer pérdidas o disminución de ingresos, concurriendo asimismo causas económicas. Pero se trata de causas distintas, puesto que las primeras inciden en la demanda de productos mientras que las segundas

lo hacen sobre la situación económica de la empresa.⁴⁹ En la práctica, para evitar problemas si se impugna judicialmente el despido, las cartas de despido suelen mencionar varias de las citadas causas simultáneamente.

Es importante reparar en que las causas técnicas, organizativas y de producción son ajenas a la situación económica de la empresa, que no tiene por qué ser negativa. Así, la sentencia del TS de 13-11-2007, recurso 4275/2006, declaró procedente el despido objetivo efectuado por un farmacéutico de un auxiliar de farmacia, debido a la necesidad de nombrar un adjunto, impuesta por un Decreto de la Comunidad Autónoma porque el titular había cumplido 70 años. En los hechos probados de la sentencia ni siquiera se mencionan las cifras de beneficios o pérdidas de la empresa. El TS argumenta que se trata de razones técnicas u organizativas: como consecuencia de la contratación del adjunto, en el seno de una misma actividad, cuyo volumen no consta acrecentado, se ha aumentado la plantilla, con la forzosa consecuencia de reducir o anular el cometido de uno de los miembros de la misma, con la particularidad añadida de que la asunción del adjunto es de carácter forzoso por responder a un mandato legal, concluyendo el Alto Tribunal que ello justifica la amortización del puesto de auxiliar que la demandante venía desempeñando.

C) Requisitos

a) Acreditar la concurrencia de las causas

En primer lugar, el art. 51.1 ET impone expresamente a empresario la prueba de la concurrencia de alguna de las causas técnicas, organizativas o de producción. Como hemos indicado en relación con las causas económicas, es un precepto innecesario porque las reglas generales de la carga de la prueba imponen el *onus probandi* al empleador.

b) Justificar la razonabilidad de la decisión extintiva

Como hemos explicado, “justificar” no es “probar” sino argumentar. El art. 51.1 ET, plausiblemente, concreta a continuación en qué supuestos debe reputarse razonable la decisión extintiva.

⁴⁹ BELLIDO ASPAS, M.: “La reforma laboral...”, ob. cit., pág. 73.

b).1 Contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar su situación

La finalidad del despido es evitar una evolución desfavorable de la empresa o mejorar su situación. El verbo: “contribuir” hace referencia a ayudar, en la línea de la doctrina jurisprudencial que sostenía que basta con que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde “contribuya” a solucionar la crisis, no siendo exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas.⁵⁰

Y el verbo: “prevenir” significa anticiparse a un problema. La evolución negativa de la empresa o su situación problemática no necesariamente tienen que ser coetáneas o precedentes al despido objetivo porque entonces puede ser tarde para salvar el empleo de la empresa.

La concurrencia de estas causas no exige que haya una situación económica negativa de la empresa porque no se trata de causas económicas. Ello supone que, aunque la situación de la empresa no sea negativa, si concurren las citadas causas técnicas, organizativas o de producción, el despido objetivo deberá declararse procedente.⁵¹

b).2 Más adecuada organización de los recursos que favorezca su competitividad en el mercado o dé una mejor respuesta a las exigencias de la demanda

El despido del trabajador debe permitir una mejor organización de la empresa en aras a su competitividad y a la respuesta a la demanda de los bienes o servicios que produce. El verbo “favorecer” nuevamente hace referencia a que no es necesario que el despido sea suficiente por sí solo para solucionar la problemática empresarial, basta que contribuya a ello.

La mención legal a la competitividad en el mercado y a responder a las exigencias de la demanda evidencia que está pensando en empresas que ofrecen bienes y servicios en el mercado, lo que suscita el problema de la aplicación de estas causas de despido objetivo a los empleadores que no ofrecen productos al mercado pero que pueden atravesar dificultades por causas técnicas, organizativas o de producción.

⁵⁰ Por todas, sentencias del TS de 11-6-2008, recurso 730/2007 y de 27-4-2010, recurso 1234/2009.

⁵¹ DEL REY GUANTER, S.: “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010...”, ob. cit., pág. 120, sostiene que, a diferencia de las causas económicas, las causas técnicas, organizativas y de producción no exigen que la empresa esté en una situación patológica.

VII. Forma y efectos del despido objetivo

El preámbulo del Real Decreto-ley 10/2010 y de la Ley 35/2010, apartado II, sostiene que la nueva redacción de las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción persigue reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación. Y añade: *“Se incluyen también determinadas disposiciones en relación con el preaviso y el incumplimiento de los requisitos formales en la extinción del contrato por causas objetivas”*.

Una de las razones por las que muchas extinciones contractuales de empresas en crisis eludían el despido objetivo, realizando el denominado despido “técnico” o “express”, con una indemnización mucho mayor, radicaba en que si el órgano judicial llegaba a la conclusión de que se había incurrido en defectos formales relativos a la carta de despido o al abono de la indemnización extintiva, el despido se declaraba nulo, a diferencia del despido disciplinario, lo que obligaba al empresario a readmitir al trabajador, abonando los correspondientes salarios de tramitación. Y si el despido era realmente necesario, debía efectuar un nuevo despido. Esta diferencia entre la regulación del despido disciplinario y el despido objetivo no estaba justificada.⁵² Y otro factor que propiciaba la elusión del despido objetivo era el plazo de preaviso de treinta días. En muchos supuestos, la empresa sustituía este plazo de preaviso por su equivalente dinerario para evitar que continuase en la empresa un trabajador desmotivado por la inminente extinción contractual. El Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010 han reformado estas dos materias.

El incumplimiento de los requisitos formales consistentes en la comunicación escrita al trabajador expresando la causa y en la puesta a disposición de la indemnización extintiva (salvo cuando fuera imposible) conlleva que el despido objetivo debe calificarse como improcedente, no como nulo (art. 53.4 ET y art. 122.2 LPL). Se suprime la diferencia de trato que existía, a estos efectos, entre el despido disciplinario y por causas objetivas.

Aunque la vigente redacción del art. 51.1 ET exige al empresario que justifique la razonabilidad de la decisión extintiva, ello no supone una exigencia adicional

⁵² MARTÍN JIMÉNEZ, R. y ALZAGA RUIZ, I.: “Despidos por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (director): *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 375, explican que la declaración de nulidad por defectos de forma se consideraba una obsolescencia clamorosa.

respecto del contenido de la carta de despido objetivo. Bastará con que la empresa alegue en la carta la situación económica y las razones que aconsejan proceder a la extinción del contrato.⁵³

Y el Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010 disminuyen el plazo de preaviso del despido objetivo de treinta a quince días [art. 53.1.c) ET].

A partir del 1 de enero de 2015, salvo que en el ínterin se produzca otra reforma laboral que incida en esta materia, el coste empresarial del despido colectivo o del despido objetivo será el mismo que el de la extinción de estos contratos temporales. En efecto, la indemnización por extinción de estos contratos temporales ascenderá a doce días (disposición transitoria decimotercera del ET). Y, aunque la indemnización empresarial por despido colectivo u objetivo asciende a veinte días, la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010 establece que en los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18-6-2010 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2010) cuya duración sea superior a un año,⁵⁴ cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 ET o en el artículo 64 de la Ley Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial⁵⁵ en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, sin aplicar el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 ET.

VIII. El despido por la falta de asistencia al trabajo

El art. 52.c) ET regula una causa de extinción del contrato de trabajo consistente en las faltas de asistencia al trabajo. Con la finalidad de disminuir el absentismo, la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 ha minorado el requisito relativo al índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo, que ha bajado del 5 por 100 al 2,5 por 100. Ello supone que los trabajadores de baja médica, aunque esté justificada, cuando concurren los requisitos legales pueden ser despedidos con la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Este

⁵³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “La reforma del mercado de trabajo mediante RDL 10/2010”, *Aranzadi Social*, nº 7/8, 2010, pág. 111.

⁵⁴ En los contratos de duración inferior la indemnización establecida legalmente será abonada totalmente y a su cargo por el empresario.

⁵⁵ El Fondo de Garantía Salarial abonará estas indemnizaciones hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización a que se refiere la disposición adicional décima de la Ley 35/2010.

incentivo persigue disminuir el absentismo, aunque la exigencia legal de que las bajas médicas tengan una duración inferior a veinte días consecutivos limita su efectividad práctica: basta con que una baja se prolongue durante 21 días para que no compute a estos efectos.

Se trata de una materia en la que incide el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, el cual establece que la enfermedad constituye un motivo de discriminación (art. 2.1) y dispone que *“la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”* (art. 2.3). Este anteproyecto se aplica a todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y especialmente en la esfera del trabajo por cuenta propia y ajena, que comprende el despido (art. 3.1.a).

Sin embargo, el art. 12.1 de este anteproyecto, después de prohibir las limitaciones, segregaciones o exclusiones por las razones previstas en esta ley en el despido, añade: *“Lo previsto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de lo establecido en las leyes en cuanto a limitaciones de acceso al trabajo por razón de edad y, en general, de lo dispuesto en el apartado segundo del art. 4 de esta Ley y en otras disposiciones con rango de Ley”*.

Por consiguiente, este anteproyecto ni prevé la derogación expresa del art. 53.d) ET, a pesar de que contiene una causa de extinción del contrato de trabajo por enfermedad, ni parece que pretenda establecer una derogación tácita porque la regla general de prohibición de exclusiones por motivos discriminatorios en el despido, encuentra una excepción en el párrafo siguiente, que exceptúa de dicha regla general lo previsto en otras disposiciones con rango de ley. La conclusión sería que el art. 53.d) ET continuará siendo aplicable con posterioridad a la aprobación de este anteproyecto, por tratarse de una norma con rango de ley (el ET), que no sería derogada. Ello supondría la coexistencia de una norma que considera la enfermedad como un motivo de discriminación prohibido, y de otra norma [el art. 53.d) ET] que permite que se despidan a un trabajador en situación de baja médica por enfermedad acordada por los servicios sanitarios oficiales.

En relación con esta causa de extinción del contrato de trabajo, la reciente sentencia del TS de 9-12-2010, recurso 842/2010,⁵⁶ explica que el cómputo del periodo bimensual (si son dos meses consecutivos) o cuatrimestral (si son cuatro meses discontinuos) debe hacerse de fecha a fecha y no por meses naturales. El TS argumenta que ni el ET ni el resto de la normativa laboral resuelve esta cuestión, acudiendo a un criterio finalista: el despido por faltas de asistencia al trabajo, aunque estén justificadas, tiene por objeto luchar contra el absentismo, cuya influencia negativa en la marcha normal de la relación laboral es evidente, máxime si el general de la empresa rebasa el 5 por 100, situación cuya corrección exige de medidas al efecto, aunque sean traumáticas. El Alto Tribunal argumenta que el criterio de los meses naturales supone que determinados días de falta de asistencia al trabajo pueden quedar fuera del cómputo cuando se producen en los días finales de un mes y primeros del siguiente, en cuyo caso estos últimos no se computarían. Esta conclusión sería abiertamente contraria a la finalidad de la norma, por lo que deben computarse de fecha a fecha, lo que encuentra apoyo en el art. 5 del Código Civil y es acorde con la finalidad de la norma.

IX. Conclusión

Aunque todavía no ha habido un número significativo de pronunciamientos de los tribunales aplicando la reforma laboral del despido objetivo operada por el Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010, a lo largo de este estudio hemos expuesto las importantes divergencias interpretativas doctrinales relativas a las causas de los despidos objetivos y colectivos, lo que evidencia que la reforma no ha proporcionado seguridad jurídica. Así, un sector de la doctrina científica ha afirmado que la pérdida de empleo del trabajador despedido solo está justificada si para la empresa pelagra su viabilidad (presente o futura) o su capacidad de mantener el volumen del empleo del resto de la plantilla.⁵⁷ En sentido contrario, se ha defendido que deben descartarse las interpretaciones que caractericen el despido objetivo como una medida excepcional de emergencia ante la que la viabilidad de la empresa esté amenazada.⁵⁸

El preámbulo del Real Decreto-ley 10/2010 y de la Ley 35/2010 explica que la finalidad de la reforma de la redacción de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es proporcionar seguridad jurídica a los agentes sociales, manteniendo

⁵⁶ Ponente D. Luis Ramón Martínez Garrido.

⁵⁷ ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Problemas en torno a...”, ob. cit., pág. 83.

⁵⁸ SOLER FERRER, F.: La nueva regulación..., ob. cit., pág. 2.

en su integridad el derecho a la tutela judicial efectiva. La complejidad de la redacción del art. 51.1 del ET, obliga a dudar acerca de que este objetivo se haya conseguido.

Respecto de las causas económicas, la nueva regulación legal exige que haya una situación patológica de la empresa, puesto que se exige que la situación económica negativa pueda afectar a la viabilidad de la empresa (su supervivencia) o al mantenimiento del volumen del empleo (es necesario despedir a algunos trabajadores para salvar a los restantes). Por el contrario, respecto de las causas técnicas, organizativas o de producción no se exige una situación patológica de la empresa sino únicamente que el despido sea razonable para prevenir su evolución negativa o mejorar su situación.

Tanto respecto de las causas económicas como respecto de las causas técnicas, organizativas o de producción, se exige que se favorezca la posición competitiva de la empresa en el mercado o que se dé una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. La reforma legal olvida que hay muchos trabajadores que prestan servicios para entidades que no ofrecen bienes y servicios al mercado, lo que dificulta la aplicación a ellas de estos preceptos legales.