

DEL CONTROL JUDICIAL EN LOS DESPIDOS POR NECESIDADES
EMPRESARIALES TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012:
ALCANCE, ESTADO ACTUAL Y CRÍTICAS

Álvaro Eduardo Domínguez Montoya

Abogado; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción
(Chile); Magíster en Drets Sociolaborals, Universitat Autònoma de Barcelona.

Abstract

En el contexto del debate europeo sobre la modernización de las relaciones de trabajo en tiempos de crisis, el despido se ha transformado en uno de los tópicos de mayor importancia. En dicho escenario, la terminación del contrato de trabajo por motivos de necesidades empresariales es considerada central en los procesos de orientación de los procesos económicos, como así también su influencia en la dualidad del mercado de trabajo, propiciando una regulación más flexible en lo relativo a reparación, causalidad y control judicial. Este trabajo pretende realizar un exposición del debate doctrinario y jurisprudencial de la causalidad en relación con el control judicial de los despidos por necesidades empresariales en el modelo normativo español, contextualizado en los cambios introducidos por la reforma laboral del 2012 en tiempos de crisis y, por otra parte, observar que las influencias ideológicas en la reformulación sobre la constitución de los modelos normativos del despido.

Within the context of the European debate on the modernization of work relationships in times of crisis, dismissal has become one of the most relevant topics. In light of this new scenario, labour contract termination due to company needs is considered to be key in the processes of orientation of the economic processes, as well as its influence in the duality of the labour market, contributing to a more flexible regulation as to reparation, causality and judicial control. This study pretends to carry out an exposition of the jurisprudential and doctrinaire debate of causality in relation to the judicial control of dismissal based on company needs in the Spanish normative model, in the context of the changes introduced by the labour reform of 2012 in times of crisis and, on the other hand, to observe the ideological influences on the reformulation of the constitution of the normative models of dismissal.

Title: Judicial control of redundancies after the 2012 labor reform: scope, current status and reviews

Palabras claves: Despido por necesidades empresariales, control judicial, reforma laboral de 2012.

Key words: dismissal based on company needs, judicial control, labour reform of 2012.

Sumario

1. De la reforma laboral de 2012 en general y su repercusión en los despidos
2. De la causalidad en los despidos por necesidades empresariales y ¿su desconstrucción?: tensiones interpretativas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012
 - 2.1. Sobre la eliminación de la razonabilidad: el problema de la exigencia de una necesidad y la conexión de funcionalidad con la medida extintiva
 - a) Primera posición: crítica a la posibilidad de eliminación de la razonabilidad
 - b) Segunda posición: la restricción al control judicial y la eliminación del “control de razonabilidad”
 - 2.2. Problemas de constitucionalidad
3. Entre la aceptación y el rechazo: la jurisprudencia posterior a la reforma de 2012 en materia de causalidad
 - 3.1. El control judicial solo alcanza la concurrencia de la causa
 - 3.2. La eliminación de la justificación finalista no elimina la conexión de funcionalidad
 - 3.3. Se debe realizar un juicio de proporcionalidad, más no de oportunidad
 - 3.4. La doctrina del Tribunal Supremo respecto de la causalidad y el control judicial
 - a) ¿Juicio de proporcionalidad o juicio de idoneidad de la gestión empresarial?
 - b) La proporcionalidad, la razonabilidad y adecuación de la medida empresarial como estándar de control
 - c) La Constitución, la buena fe y el juicio de razonabilidad
4. Observaciones críticas
 - 4.1. La ideología subyacente a la reforma del 2012 sobre el despido y su control judicial
 - 4.2. La confusión y falta de sistematización de los elementos integrantes de la causalidad
 - 4.3. El control judicial sobre la gestión empresarial y la “crisis del contrato”
 - 4.4. Las implicancias e imposibilidad de eliminar el control de razonabilidad

1. De la reforma laboral de 2012 en general y su repercusión en los despidos

Como sabemos la reforma laboral se ha puesto en marcha a partir de la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Como indican los propios motivos de la ley, la reforma laboral se encuadra en la crisis económica, la cual *“ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español”*. Para el legislador, los problemas del mercado de trabajo son estructurales y afectan a los fundamentos mismos del modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura que, *“pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos”*, agregando que *“las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bien intencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas”*¹.

Por lo mismo la reforma, mediante una pretendida neutralidad técnica, se realiza en un contexto de “censura al régimen jurídico preexistente”, buscando, según sus propios términos, una *“profunda modernización de la legislación laboral al servicio de la creación de empleo y que apueste por una mayor estabilidad y una mayor flexibilidad interna en la empresa”*, siendo ésta una reforma estructural al marco laboral español², en que se pretende proporcionar a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el cual desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo, desplegar supuestas condiciones necesarias para que la economía española pueda crear empleo.

En términos generales, la totalidad de las medidas adoptadas por la reforma en materia de extinción del contrato de trabajo, están concebidas para *“mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y para reducir la dualidad laboral”*, fundado principalmente en las indicaciones realizadas por el Libro Verde sobre la modernización del Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI elaborado por la Comisión Europea a finales de 2006, en el cual se señaló la necesidad de revisar la legislación sobre el despido con el fin de mejorar el sistema de relaciones laborales, y hacerlo menos segmentado y menos precario, con una regulación de salida más equilibrada entre flexibilidad y seguridad³,

¹ Exposición de motivos de Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

² SEMPERE NAVARRO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *Claves de la Reforma Laboral de 2012*. Aranzadi. Navarra, 2012, p. 99.

³ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del Contrato de Trabajo en la Reforma Laboral de 2012*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 12.

contextualizada en términos muy generales en la orientación de políticas de empleo de la Unión Europea, en concreto, la Estrategia de Lisboa y Estrategia Europa 2020. En base a lo anterior, la reforma tiene por objetivo maximizar los mecanismos de flexibilidad, interna o externa, mediante “*el aligeramiento de los procedimientos dirigidos a hacer efectivas las decisiones empresariales*”, “*la normalización de las consecuencias del ejercicio de poderes empresariales*” y “*la extensión de las herramientas de flexibilidad*”⁴. En materia de causalidad la nueva normativa busca “*una mayor objetividad en el funcionamiento de los despidos económicos; intenta también promover una mayor seguridad en las previsiones empresariales sobre la calificación de las decisiones extintivas, limitando a la vez el ámbito de la discrecionalidad judicial en la apreciación de las causas que justifican estas extinciones*”, “*reaccionando claramente contra un tipo de control judicial*”⁵.

En tal esquema el nuevo marco viene dado por la competitividad, que “*exige estructuras ágiles y modernas alejadas de regulaciones rígidas y obsoletas que impiden efectuar, en tiempo real y a costes razonables, los ajustes que resulten necesarios por las exigencias de un mercado cada vez más globalizado y exigente*”⁶.

2. De la causalidad en los despidos por necesidades empresariales y ¿su desconstrucción?: tensiones interpretativas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012

La reforma ha introducido modificaciones sustantivas en la configuración de los supuestos habilitantes sustantivos de la causalidad⁷, generando discusiones que han dividido a la doctrina al momento de desentrañar su alcance y función. En dicho esquema revisaremos, en una lógica de “estado del arte”, las divergencias doctrinarias en el esquema del control judicial y la causalidad.

⁴ GOERLICH PESET, J.M., “El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general”, en VVAA “*La reforma laboral en el real decreto-ley 3/2012*”, Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 36 y ss

⁵ DESDENTADO BONETE, A. “*Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales*”, Actualidad Laboral, nº 17/2012 Sección Estudios, tomo 2. Editorial LA LEY, edición digital, p.3

⁶ BLASCO PELLICER, A., *La extinción del Contrato de Trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., p.13.

⁷ Sobre el punto, tomaremos los planteamientos y propuesta sistematizadora sobre la causalidad de Sola, Xavier. SOLA MONELLS, X., “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva” DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M. (Coord): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*. LexNova, Valladolid, 2001, p. 182, 182, 183 y 184

2.1. *Sobre la eliminación de la razonabilidad: el problema de la exigencia de una necesidad y la conexión de funcionalidad con la medida extintiva*

Anterior a la reforma existían críticas a la amplitud del modelo de control judicial sobre las decisiones de gestión empresarial, en particular, el control de razonabilidad y oportunidad proyectado sobre las medidas extintivas de carácter económico y tecnológico. Se exigía, a nivel de necesidad, una intervención legislativa en el método y caracterización de los despidos objetivos por causas empresariales con la finalidad de evitar una semántica genérica rodeada de conceptos jurídicos indeterminados que encubran controles de oportunidad sobre las necesidades y alternativas empresariales, debiendo resumirse el control judicial a determinar si *“el despido es razonable, no en relación con valoraciones diversas sobre la gestión de la empresa, sino sencillamente si es razonable para adecuar el volumen de empleo de la misma a la situación resultante de la causa acreditada”*⁸, siendo la intervención judicial un control de *“carácter periférico, dirigido a excluir la arbitrariedad o la lesión de derechos fundamentales, pero no esencialmente a evaluar el fondo de la decisión empresarial”*⁹.

Si revisamos los motivos justificadores de Real Decreto-Ley 3/2012, se declara expresamente que la ley se ciñe a delimitar las causas justificativas, *“suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre”*, pretendiendo eliminar las referencias sobre *“proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos”*, con el objeto de evitar *“juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa”*, limitándose el control a *“una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.”*

En tal contexto y como se desprende de la sola lectura del artículo 51 ET, se suprimió el requisito de “necesidad” concurrente en las medidas extintivas por necesidades empresariales, eliminándose de la misma forma la exigencia de “razonabilidad” su acreditación y justificación, en relación con la contribución que debe tener para prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, favoreciendo su posición competitiva en el mercado o mejor la respuesta a las exigencias de la demanda de bienes y servicios. En resumidas cuentas existe una reestructuración de los elementos causales, conservándose solamente la causa, eliminándose –aparentemente– la necesidad y la conexión de funcionalidad.

⁸ JURADO SEGOVIA, A., “Los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral (Ley 35/2010)”, *Diario La Ley*, nº 7772, 2012, edición digital, p. 11.

⁹ DEL REY GUANTER, S. “El despido por causas empresariales en la ley 35/2010: Los nuevos arts. 51 y 52 c ET”. *Relaciones Laborales*, nº 14/2010, p. 126.

Claramente se deduce que se produce una ampliación jurídica de los poderes y libertades del empleador para adoptar despidos por causas económicas y técnicas, aligerándose las condiciones causales de las extinciones por necesidades empresariales, como así también los elementos probatorios que deben concurrir para su validez, limitando y restringiendo el control judicial sobre las medidas extintivas.

No obstante y compartiendo la interpretación de DESDENTADO BONETE, la modificación no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad ya que *“la situación económica negativa no puede operar en el vacío de forma abstracta”*. La justificación del despido económico tiene que realizarse, incluso con la actual legislación, a través de la acreditación de la existencia de una situación negativa, el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y la adecuación de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad. Lo que se ha pretendido eliminar es la exigencia de la superación de la situación negativa o de preservar/favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado, siendo la justificación actual antes que futura¹⁰.

El problema se presenta en una segunda línea, en la desaparición formal del control de razonabilidad, lo que ha conducido dos modelos interpretativos sobre la extensión del control judicial:

a) Primera posición: crítica a la posibilidad de eliminación de la razonabilidad

Un primer sector ha indicado una serie de argumentos críticos frente a la posibilidad de privación del control de razonabilidad, que limite o imposibilite la ponderación del tribunal a las causas justificantes. En otras palabras, no se comparte una interpretación de exclusión a la valoración de la razonabilidad de la medida extintiva como estándar ponderativo.

En esta línea, distinto a lo que una primera lectura podría arrojar, la intervención legislativa no consagra un control puramente formal, sino que más bien se da una prevalencia al control material de la existencia de la constatación de la causa, en la que *“no puede faltar una decisión motivada (artículo 120.3 CE) que exprese razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la interpretación y a la valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho, desde los parámetros de*

¹⁰ DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, nº 17/2012 Sección Estudios, tomo 2. Editorial LA LEY, edición digital, p. 5 y ss.

razonabilidad, en la que los criterios de interpretación de la norma jugarán un papel fundamental (artículo 3.1 Código Civil)”¹¹.

En efecto, y de la misma forma, no sería posible plantear el excluir el juicio de razonabilidad del control jurisdiccional de los despidos colectivos, ya que “*se atendería contra la esencia de la función jurisdiccional y se desconocería el valor superior del ordenamiento jurídico de la justicia*”, exigencias derivadas de la esencia de la función jurisdiccional, como también de la configuración del Estado Social de Derecho y la aplicación de principios generales del Derecho¹².

Como indica APARICIO TROVAR,¹³ no sería posible eliminar la razonabilidad del control judicial, en razón de los intereses esencialmente contradictorios que confluyen en la conformación del entramado laboral y que necesariamente necesitan una modulación judicial. Se indica que aunque los redactores quisieran decir otra cosa, el juez debe constatar la existencia de hechos y después valorar si la justificación de la voluntad empresarial de despedir ofrecida ha tenido presente los distintos valores en juego, por lo que necesariamente debe realizarse una ponderación de razonabilidad, particularmente por la contradicción dialéctica que confluye ante la antinomia capital-trabajo.

Una proposición flexible en los elementos de la causalidad, como la extraída de una primera lectura, desnaturalizaría la composición de los intereses concurrentes en la constitución de la relación de trabajo, pasando a ser el “*trabajador un producto de consumo, una mercancía*”, por cuanto en “*una economía dominada por el capital financiero el interés de empresa tiende a no coincidir con el interés social, de tal manera que quien actúa como empresario gestionando la empresa puede hacerlo para satisfacer al máximo ese interés social, esto es repartir el máximo beneficio para los accionistas, pero ignorando a otros grupos de interés, en concreto a los trabajadores. La consecución del interés patrimonial puede hacerse llevando a cabo despidos arropados bajo causas relativas al funcionamiento de la empresa con escasa justificación para hacer subir el precio de las acciones en bolsa, por ejemplo*”.

¹¹ LUJÁN ALCARAZ, J., MARTÍNEZ MOYA, J., RÍOS MESTRE, J., “Medidas para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir su dualidad laboral”, *ob. cit.*, p. 177.

¹² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 2/2012. Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, edición digital, p. 6 y ss.

¹³ APARICIO TROVAR, J. “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas del despido”, BAYLOS GRAU, A. (coord), *Política de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Editorial Bomarzo. Albacete p. 269 y ss; APARICIO TROVAR, J. “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, p. 161 y ss.

En tal contexto, se hace incompatible con el modelo constitucional obviar la ponderación de valores o intereses, quedando afectado el artículo 35.1 CE, como así también a la retórica desarrollada por la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁴, que impone que el juez no pueda limitarse a un análisis mínimo de la justificación ofrecida por el empresario para despedir, sino que tiene que valorar si los hechos probados constituyen una situación económica negativa de tal entidad y gravedad suficiente como para que la medida de despedir sea idónea y, que sea adecuada, esto es si se han aplicado otras medidas antes del despido.¹⁵

En la misma línea, la introducción jurisprudencial del criterio de “buen comerciante” o “empresario prudente”, explicita un estándar que exige una conducta que se mueva dentro de la razonabilidad, en la que “hay una adecuación de finalidades y valores”, que justifica la intervención y control de la medida extintiva, ante la existencia de una pluralidad de factores que requieren ser evaluados respecto de su relevancia a un foco común, como lo sería la libertad de empresa y el derecho al trabajo¹⁶.

Por otro lado se ha indicado que si bien existe una limitación en la discrecionalidad judicial en el control de la causas, no obsta un control de razonabilidad, máxime si su justificación viene dada por textos de mayor jerarquía como la Constitución Política (artículo 35), el Convenio 158 de la OIT (artículos 4, 8 y 9), y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 30)¹⁷.

- b) Segunda posición: la restricción al control judicial y la eliminación del “control de razonabilidad”

Se postula una segunda interpretación doctrinaria respecto de la extensión que ha de tener el control jurisdiccional sobre las medidas extintivas por necesidades

¹⁴ STC 22/1981, de 2 de julio; STC 38/1981, de 3 de noviembre; STC 20/1994, de 27 de enero; STC 14/1993, de 18 de enero; STC 192/2003 de 27 de octubre; 220 STC 22/1981, de 2 de julio, STC 20/1994, de 27 de enero; STC 7/1993, 18 de enero; STC 14/1993, 18 de enero; STC 123/1992, 28 de septiembre; STC 98/1993, 22 de marzo y STC 177/1993, 31 de mayo, entre otras.

¹⁵ APARICIO TROVAR, J. “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas del despido”, *op. cit.* p. 269 y ss; APARICIO TROVAR, J. “Las causas del despido...”, *op. cit.*, p. 161 y ss.

¹⁶ Sobre el punto, APARICIO TROVAR, J. “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas del despido”, *ob. cit.*, p. 273.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 115/ 2012, p. 324 y ss. En similar sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *ob. cit.*, p. 8 y ss; FÁLGUERA BARÓ, M. *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete 2014, p. 54 y ss.

empresariales, que propugna un control limitado de los tribunales de justicia, pregonando derechamente la eliminación del control de razonabilidad o bien la limitación de éste, o incluso, la eliminación de la conexión de funcionalidad o instrumentalidad en estos tipos de despidos.

Analizando el texto legislativo y los motivos exteriorizados en el cuerpo del Real Decreto-Ley 3/2012, se ha indicado que *“no puede estar más claro lo que se persigue: constreñir el control externo a desarrollar por el juez únicamente en la existencia de la causa, sin permitir que se extienda a la valoración de la razonabilidad de la medida a la luz de las finalidades legales”*¹⁸. Así se desprende del texto legal que *“han desaparecido no sólo las menciones a la finalidades que debe ser perseguidas por el empresario sino también las que anteriormente existían en relación con el control de razonabilidad. No es sólo que haya desaparecido esta última mención sino que las causas para suspensiones, inaplicaciones y despidos aparecen sustancialmente idénticas lo que sin duda se mueve en línea de desplazar al terreno de la discrecionalidad empresarial la selección de las medidas para solucionar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En este contexto, no resulta adecuado “resucitar” las exigencias de razonabilidad por vía interpretativa”*¹⁹.

Reforzando lo anterior se ha dicho que *“el legislador lo que dice es que la supresión de la regla de razonabilidad va encaminada a evitar el juicio de oportunidad que se daba en la interpretación judicial en virtud de la cual el órgano judicial no sólo enjuiciaba la existencia y razonabilidad de la causa sino además se adentraba en determinar si la medida extintiva era la más adecuada de todas las posibles, de suerte que el parámetro de razonabilidad, como exigencia de proyección a futuro, se había acabado transformando en un parámetro de idoneidad de la medida. Esta situación, pienso, es lo que ha querido evitar el legislador español, acercándonos, como ya se ha señalado, al resto de los ordenamiento europeos”*²⁰.

De la misma forma y con bastante seguridad se afirma que *“esta concepción del control judicial de la causa destierra definitivamente, si no lo estaba ya, cualquier tipo de comprobación basada en juicios de oportunidad. Ya no puede juzgar criterios de valoración de la razonabilidad de la medida empresarial, ni de adecuación a fines*

¹⁸ GOERLICH PESET, J.M., *La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evaluación*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 352.

¹⁹ GOERLICH PESET, J.M., “Causas y procedimiento extintivos reformados en 2012: experiencia aplicativa e incertidumbre subsistentes”, GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. (coord). *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de ley 3/2012 y de los reales decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*. Thompson Reuters, 2013, p. 176.

²⁰ GIL PLANA, J. “Despido Colectivo, aspectos sustantivos”, MONTROYA, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dir), *Comentario a la reforma laboral 2012*. Civitas, Madrid, 2012, p. 264.

determinados, ni de inevitabilidad de las extinciones, ni de ponderación de la medida elegida en términos comparativos. Lo que efectúa la norma es una auténtica objetivación de la crisis. Acreditada ésta, la elección de la medida en términos cualitativos y cuantitativos pertenece a la esfera de decisión empresarial y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial. Por tanto, queda normativamente reconocida la discrecionalidad –que no arbitrariedad– del empresario en la gestión de las medidas frente a situación de crisis”²¹. Incluso es más, “parece descartado ese otro control [razonabilidad], también material pero que se extiende a la verificación de la conexión de funcionalidad, que ahora tras el RDL 3/20 [sic] no se exige”²².

Aminorando sus efectos, esta tesis entiende que se busca con la intervención legislativa, es la “*exclusión de la razonabilidad/idoneidad/oportunidad de la medida extintiva frente a otras medidas*”, es por ello necesario que el control judicial respete el margen de decisión que corresponde al empresario en la gestión de la empresa, no pudiéndose impugnar por existir otras reacciones también “razonables preferibles a unos despidos que deben utilizarse también razonables preferibles a unos despidos deben utilizarse como último recurso”²³.

Así, “*como todo los derechos, han de quedar sujetas a las reglas generales que en cuanto a su ejercicio se establecen en el derecho común*”²⁴. Por lo mismo la reforma no resignifica los poderes empresariales, en el sentido que sean absolutos e ilimitados. La propuesta se estructura, en el sentido de distinguir una amplia gestión empresarial con otras hipótesis que si exigen un control judicial, tales como el “*respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación*”, “*los límites genéricos de la buena fe contractual*” y “*especialmente, los relativos al abuso de derecho y el fraude de ley*”²⁵.

²¹ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del Contrato de Trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., p. 31. En la misma línea BLASCO PELLICER, A. “Extinción del contrato de trabajo. Despido colectivo y por fuerza mayor”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012 (Ejemplar dedicado a: Reforma laboral de 2012), p. 217 y ss.

²² LUJÁN ALCARAZ, J., MARTÍNEZ MOYA, J., RÍOS MESTRE, J., “Medidas para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir su dualidad laboral”, VV.AA, *La reforma Laboral de 2012, Análisis del Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma de mercado de trabajo*. Ediciones Laborum. Murcia, 2012, p. 180.

²³ GIL PLANA, J., *Despido Colectivo, aspectos sustantivos*, ob. cit., p. 264.

²⁴ GOERLICH PESET, J.M. “Causas y procedimiento extintivos reformados en 2012...”, ob. cit., p. 177.

²⁵ BLASCO PELLICER, A. “Extinción del contrato de trabajo...”, ob. cit., p. 217, y BLASCO PELLICER, A. “La extinción del Contrato de Trabajo en la Reforma Laboral de 2012”, ob. cit., p. 33.

2.2. Problemas de constitucionalidad²⁶

El anterior debate conlleva necesariamente a plantear la discusión en términos constitucionales.

Dos líneas argumentativas se han sostenido sobre el punto, siendo una de estas la ya explicitada en la posición crítica de la tesis limitativa al control de judicial frente a la medida extintiva, en lo relativo a la causalidad, como contrarios al texto constitucional y normas internacionales²⁷. No obstante una segunda interpretación hace coherente la reforma del 2012 en lo relativo a la causalidad en relación con el modelo constitucional español y el Convenio 158 de la OIT.

Indica tal sector doctrinario²⁸ que “resulta evidente” que la redacción de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no vulnera ni la garantía constitucional al Derecho del Trabajo, ni la tutela judicial efectiva.

En relación con el primero, se indica citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en el modelo constitucional no “supone” que “*únicamente el interés del trabajador esté presente en la ordenación del régimen de la estabilidad en el empleo*”, agregando que la lógica de los intereses contrapuestos “*supone la lógica exigencia de importantes facultades de concreción del legislador*”, que al vincularse con las “*vicisitudes del mercado, la pone en relación, en la perspectiva microscópica, con la propia libertad de gestión de la empresa y, en la macroscópica, con la defensa de la productividad, sobre la que descansa en último término la economía de mercado y su potencial crecimiento y creación de empleo. En este contexto, cabe pensar en la indicada mayor intensidad de las facultades legislativas sobre el particular*”, estando legitimado el legislador, por la propia Constitución, para tomar todas aquellas medidas que, en un marco caracterizado por el pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la norma fundamental, por lo que no podría ser inconstitucional ya que se sigue reconociendo el régimen de estabilidad en el empleo, puesto que el modelo resultante sigue basándose el principio de causalidad, ya que permite “*una reacción frente a la decisión empresarial*

²⁶ Para un panóptico general de los problemas de constitucionalidad de la reforma, Vid: NARANJO DE LA CRUZ, R. “Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la reforma laboral de 2012. Perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho político*, nº 89/2014, p. 91-134.

²⁷ Vid. APARICIO TROVAR, J., “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas del despido” *ob. cit.*, p. 268 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L. El régimen jurídico de los despidos colectivos..., *ob. cit.*, p. 324 y ss. En similar sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *ob. cit.* p. 8 y ss.

²⁸ GOERLICH PESET, J.M. “Causas y procedimiento extintivos reformados en 2012...”, *ob. cit.*, p. 178.

para verificar la concurrencia de la causa y prevé consecuencias para el ejercicio del poder empresarial, tanto si éste es legítimo como si resulta antijurídico”²⁹.

Respecto del segundo, no puede haber vulneración por cuanto *“no se establece restricción alguna para acceder a la jurisdicción y obtener un pronunciamiento motivado sobre el despido, tanto a nivel individual como colectivo”* y el hecho que se limite el ámbito de control preestablecido por el legislador *“no afecta de manera alguna a la tutela judicial efectiva dada la naturaleza procedimental de esta”³⁰.*

En cuanto al Convenio 158 de la OIT, se indica que en ningún momento se exige que *“el control judicial tenga que abarcar un juicio de idoneidad o proporcionalidad de la medida extintiva frente a otras medidas empresariales que se pudieran adoptar”*. Es más, el Convenio remite *“a la legislación nacional para que determine en qué condiciones los órganos judiciales están facultados para decidir si estas razones son suficientes”* y es en este contexto que se opta *“por excluir la conexión de funcionalidad o juicio de oportunidad, idoneidad o proporcionalidad”³¹.*

Tales conflictos interpretativos fueron planteados ante instancias constitucionales. En efecto, 115 Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados, recurrieron por inconstitucional respecto de diversos apartados del mentado texto legal, alegando que la modificación al artículo 51.1 y, por extensión, el artículo 52.c) ET, vulnera los artículos 35.1 y 24.1 CE, al impedir el control judicial de la causalidad del despido por el hecho de incorporar una disminución persistente del nivel de ventas o de ingresos durante tres meses consecutivos si éstos son inferiores al nivel de ventas o ingresos del mismo trimestre del año anterior y al eliminar la exigencia del empresario de acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. En este contexto, con la nueva caracterización, se alega por los recurrentes, se vacía de contenido a las causas legalmente definidas, buscando un automatismo en la aplicación de los motivos alegados. Lo anterior decanta finalmente en impedir el control judicial de la causalidad del despido, al circunscribir indirectamente la actuación de los tribunales a la constatación de la concurrencia de determinados hechos económicos o empresariales.

²⁹ *Ibíd.*, 179 y 180.

³⁰ *Ibíd.*, p. 179.

³¹ GIL PLANA, J. “Despido Colectivo, aspectos sustantivos”, *ob. cit.*, p. 265 y ss. En similar sentido GOERLICH PESET, J.M. “Causas y procedimiento extintivos reformados en 2012...”, *ob. cit.*, p. 177.

Resolviendo tal controversia, el Tribunal Constitucional indicó³² que la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control, tanto más cuando la norma, en primer lugar, exige que la decisión esté “fundada” en alguna de las causas que delimita, y, en segundo lugar, impone al empresario un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no solo una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, sino también toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo. Se da mayor certidumbre al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización.

Se agrega que no es cierto que la regulación controvertida incurra en un grado de indefinición tal que impida el control judicial pleno y efectivo sobre la medida adoptada por el empresario, pues dicho control se extiende tanto sobre la concurrencia de la causa (cuya prueba corresponde al empresario que adopta la medida), como de la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en un actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada³³.

3. Entre la aceptación y el rechazo: la jurisprudencia posterior a la reforma de 2012 en materia de causalidad

Las anteriores reflexiones han tenido una fuerte repercusión en las decisiones de los Tribunales de Justicia, los cual han ofrecido diversas interpretaciones sobre los puntos conflictivos, que para un mejor orden los expondremos separadamente.

3.1. El control judicial solo alcanza la concurrencia de la causa

Ha existido una corriente jurisprudencial minoritaria que, realizando una lectura restrictiva del articulado del despido por necesidades empresariales y su causalidad, ha entendido que “*el control judicial del despido no justifica un juicio de oportunidad en la decisión extintiva, sino sólo de legalidad –concurrencia de las causas y cumplimiento de las formas, dirigidas a facilitar la fiscalización de las causas*”³⁴

³² STC 8/2015, de 28 de febrero de 2015, nº 47, p. 128 y ss.

³³ STC 8/2015, de 28 de febrero de 2015, nº 47, p. 128 y ss., con voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré, pronunciándose sobre la causalidad en p. 153 y ss.

³⁴ STSJ de Galicia, 13 de diciembre de 2012, nº 48/2013. En términos igualmente de restrictivos TSJ Galicia, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2012, nº 3967/2012.

3.2. La eliminación de la justificación finalista no elimina la conexión de funcionalidad

La Audiencia Nacional en diversos pronunciamientos ha resuelto el conflicto interpretativo³⁵, planteando expresamente que si bien han desaparecido del artículo 51.1 ET “las justificaciones finalistas”, que obligaban a la empresa a demostrar la razonabilidad de la decisión extintiva, no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

En tal caso el empleador estará obligado a) acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado; b) determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir; c) probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.

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

La prueba exigida al empresario requerirá acreditar la concurrencia de la causa, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.

³⁵ Vid. SAN, Sala de lo Social, 15 de octubre de 2012, nº 112/2012; SAN, Sala Social, de 21 de noviembre 2012, nº 142/2012; SAN, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2012, nº 166/2012; SAN, Sala de lo Social, 4 de abril de 2013, nº 63/2013; SAN, Sala de lo Social, 4 de julio de 2013, nº 140/2013.

3.3. Se debe realizar un juicio de proporcionalidad, más no de oportunidad

En similar línea a lo resuelto por la Audiencia Nacional, diversos Tribunal Supremo, ya sea con anterioridad o posterioridad a la jurisprudencia citada, han realizados controles de proporcionalidad y razonabilidad, pero con algunos alcances relativizados³⁶.

Se ha resuelto respecto de la adecuación de las medidas de extinción, que debe plantear un juicio de “proporcionalidad”, el cual *“no puede confundirse con un mero juicio de racionalidad de la medida, de su oportunidad en la corrección de la patología empresarial sino que supone la delimitación de la causalidad de los despidos pues la falta de correspondencia entre la entidad de la causas económica y el número de extinciones supone no causalizar las que resulten desproporcionadas”*³⁷ e incluso, en más de una oportunidad, se ha aceptado que se suprimiera las referencias a la razonabilidad de la medida y se limitara el control de la causas, igualmente se valora y pondera la misma –sin decirlo– en términos de proporcionalidad³⁸ y incluso subjetividad³⁹.

3.4. La doctrina del Tribunal Supremo respecto de la causalidad y el control judicial⁴⁰

a) ¿Juicio de proporcionalidad o juicio de idoneidad de la gestión empresarial?

El TSJ en sentencia de 20 de septiembre de 2013 (Nº 774/2013), se pronuncia sobre la materia en estudio en lo referido al alcance del control judicial frente a la decisiones de gestión empresarial⁴¹.

La sentencia indica que el legislador ha querido además, y así lo ha hecho constar en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 (apartado V), que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en

³⁶ Asumiendo expresamente la argumentación de la SAN, STSJ de Madrid, 18 de noviembre de 2013, nº 968/2013. Respecto concurrencia de la causa y su relación con sus efectos sobre los contratos de trabajo Vid. STSJ de Madrid, 11 de junio de 2012, nº 419-2012; STSJ de Galicia, 21 de noviembre de 2012, nº 5544/2012. Realizando directamente un juicio de razonabilidad, STSJ de Murcia, 9 de Julio de 2012, nº 546/2012. STSJ de Madrid, 9 de abril de 2013, nº 191/2013

³⁷ STSJ de Madrid, de 9 de abril de 2013, nº 191/2013.

³⁸ STSJ de Cantabria, 26 de septiembre de 2012, nº 708/2012.

³⁹ STSJ de Madrid, 11 de julio de 2012, nº 542/2012.

⁴⁰ Por la importancia de las sentencias y sus votos particulares, se realizará un análisis descriptivo, para efectos de una mejor contextualización de las reflexiones y observaciones. Cabe señalar que se expone en el razonamiento del Tribunal Supremo y que no es atribuible en su autoría a quien redacta este artículo.

⁴¹ No obstante existen 2 votos particulares, al que al primero adhieren 4 magistrados y que expresamente rebaten lo resuelto sobre la extensión de la intervención judicial en la calificación de los despidos empresariales

la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente. En definitiva no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados.

b) La proporcionalidad, la razonabilidad y adecuación de la medida empresarial como estándar de control

En una segunda oportunidad, el mismo Tribunal, en sentencia de 26 de marzo de 2014 (nº 158/2013), se pronuncia sobre el control judicial sobre los mecanismos extintivos por necesidades empresariales, descansando gran parte de sus argumentos en la resolución de 27 de enero de 2014, nº 100/2014, la cual no obstante versar sobre la modificación de las condiciones de trabajo, aborda el alcance del control judicial sobre las decisiones judicial.

En dicha resolución se indica que tras la reforma laboral de 2012, corresponde a los tribunales emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada. El Tribunal Supremo afirma que la alusión legal a conceptos macroeconómicos (competitividad y productividad) o de simple gestión empresarial (organización técnica o del trabajo) y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma como “prevenir” y “mejorar”, no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa, que pudiera incluso llevar a entender equivocadamente la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las “razones” guarden relación con la *“competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”*.

Pero contrariamente a esta última posibilidad, se indica que no le correspondan juicios de “oportunidad” que indudablemente pertenecen a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que

ello comporta el artículo 24.1 CE, determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar –si concurriese– la posible vulneración de derechos fundamentales.

Ahora, esta razonabilidad no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella –lo que es privativo de la dirección empresarial–, sino en el que también se adecue en términos de juicio de idoneidad o juicio de razonable idoneidad, en el sentido de no ser razonable en el sentido de inadecuación a los fines legales que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta.

La cuestión no ofrece una clara salida, por cuanto no corresponde a los tribunales fijar la medida “idónea” de la modificación ni censurar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial, pero tampoco se puede obviar la obligación de enjuiciar la racional “adecuación”. En efecto, según dicho pronunciamiento corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al Standard de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida, que no es más que un control de adecuación.

No obstante en dicho fallo existen 2 votos particulares, de interesante análisis pronunciándose el primero⁴² sobre el tema de la causalidad, que sostiene entre otros temas importantes en la materia de estudio, que aunque haya desaparecido la referencia al control de razonabilidad que se recogía en la legislación anterior, hay que entender que el canon de control que la ley establece no se corresponde con lo que se ha llamado un control de óptimos, consistente en que el órgano judicial verifique que la medida adoptada ante la situación negativa es la más adecuada –en sentido técnico gestión empresarial o en términos de coste social–, sino a un control del supuesto de hecho en el sentido de que ese órgano debe limitarse a verificar si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada. Se

⁴² Voto emitido por Los Magistrados Excmos. Sres. D. Aurelio Desdentado Bonete Y D. José Luis Gilolmo López, al que adhiere Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

trata de una garantía frente a la arbitrariedad que respeta el margen de discrecionalidad del empresario.

En este sentido es posible que la situación de la empresa admita diversas soluciones que van desde el cese completo de la actividad con liquidación de los entes implicados, una reducción significativa o limitada de la plantilla con correlativa disminución de la actividad o bien una externalización de la actividad, entre otras, pero la valoración de estas alternativas queda fuera del control que corresponde a los órganos judiciales.

c) La Constitución, la buena fe y el juicio de razonabilidad

Siguiendo la misma línea y reforzando los argumentos anteriores, en sentencia de 17 de julio de 2014, nº 32-2014⁴³, el Tribunal Supremo señala que *“no son admisibles ni el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo [ley 3/2012] ni la discrecionalidad absoluta que –en consecuencia– correspondería al empresario cuando mediase la causa legalmente descrita. Y al efecto entendemos que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la «causa» como hecho, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos”*.

Así, se indica que el Derecho del Trabajo, en su artículo 35 CE, se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa, porque tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 del texto constitucional y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático, añadiendo los artículos 4 y 9 Convenio 158 OIT –relativos a la justificación causal del despido–, que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos, lo que obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a

⁴³ Línea Jurisprudencial continuada en STS de 23 de septiembre de 2014, nº de Rec. 231/2012

alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho, resultando más acomodado a la Constitución entender que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los “juicios de oportunidad” que censura y que sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido en forma ajustada a los principios generales del Derecho.

En otro orden de consideraciones normativas, se concluye que por aplicación de los principios generales de Derecho Común en el ejercicio de los derechos subjetivos, y muy particularmente tanto el que impone que el mismo haya de llevarse a cabo conforme a las exigencias de la buena fe cuanto el que prohíbe el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, siendo la buena fe pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, presentándose como «condicionamiento» o «límite adicional», por lo que el empresario al proceder a la extinción de contratos en las situaciones legalmente previstas, ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales.

No obstante lo anterior, el principal argumento, y a que nuestro entender termina por aclarar el panorama normativa e interpretativo, tiene que ver con la supervivencia del juicio de razonabilidad y su extensión. El Tribunal Supremo señala que los argumentos anteriores, imponen un juicio de “razonabilidad” acomodada a los referidos mandatos constitucionales, internacionales y comunes. Que es lo que en definitiva ya ha admitido el propio Gobierno de España cuando al contestar a interpelación de la OIT –en justificación de la reforma legal llevada a cabo por la Ley 3/2012– manifiesta que las diversas causas legales “*deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir*”; manifestación gubernamental que constituye un argumento más para entender con prudencial relativización los términos un tanto drásticos con que formalmente se manifiesta en la exposición de motivos.

Agrega que el citado juicio de razonabilidad tiene una triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1) sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial (modificativa o extintiva); 2) sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines –legales– que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente –en mayor o menor grado– a la referida causa; y 3) sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiendo que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último –de proporcionalidad– que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni

tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse –como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas– aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores, porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe e incurriría en la prohibida conducta contraria a aquélla o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo.

Finaliza el fallo con una cuestión no menor sobre el juicio de oportunidad excluido por la reforma, en el contexto de extensión del control judicial frente a la apreciación empresarial de una decisión de coyunturabilidad o estructuralidad, indicando que *“corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural”*, de forma que la elección de un mecanismo de flexibilidad interna o externa se traduce en un juicio de oportunidad, *“que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa”*, pero agrega, *“ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba.”*

4. Observaciones críticas

4.1. La ideología subyacente a la reforma del 2012 sobre el despido y su control judicial

Una primera cuestión –y que en escasos círculos doctrinarios se declara– es la observación, desde una perspectiva crítica, de los planteamientos que subyacen al modelo normativo promovidos por la reforma del año 2012 en la materia de estudio, como así también los pronunciamientos judiciales y doctrinales al respecto. En tal esquema y como bien se ha observado⁴⁴, lo que se busca con la modificación de los supuestos habilitantes del despido por necesidades de empresa, es constreñir el control externo desarrollado por el juez frente a las decisiones de gestión empresarial, limitando el análisis jurisdicente a la verificación de la existencia de la causa, excluyendo cualquier control de razonabilidad, idoneidad o proporcionalidad de la medida.

Dicha argumentación jurídica aparentemente neutra, se encuentra fuertemente influenciada por una postura esencialmente liberal de las relaciones laborales y los modelos regulatorios de la interacción entre el capital y trabajo, en el sentido que

⁴⁴ *Supra* 2.2.

entrañan una nueva ponderación de los valores e intereses dentro del debate de la “centralidad del trabajo” que reconfigura la balanza a favor de los intereses empresariales. En efecto, para tal postura los puestos de trabajo son producto del mercado, siendo solo éste quien puede ofrecer nuevos y mejores empleos, por lo que los intereses y valores del que acepta el riesgo y la responsabilidad de organizar la utilización de los recursos humanos, económicos y productivos, tiene mayor relevancia que aquellos que viven de su trabajo, ya que de los que detentan y ejercen la “función empresarial” depende la circulación de capitales, el descubrimiento de nuevos conocimientos y generación de nuevas tecnologías, permitiendo el avance y creación de riquezas, siendo una posición digna de protección.

Siguiendo a UGARTE⁴⁵, los planteamientos anteriores evidencian un cambio en los intereses a tutelar, que en base al Análisis Económico del Derecho redimensiona la idea de Derecho del Trabajo, al buscar canalizar las relaciones, uso y aprovechamiento de las personas sobre los bienes en un contexto de crisis, reconfigurando el esquema –bajo la idea flexibilidad y su variante flexiseguridad–, enfocándose el derecho en una técnica para aumentar o rebajar los costos de oportunidad, apuntando a la eficiencia económica de las reglas jurídicas en el mercado de trabajo, dejando de ser el derecho una construcción coactiva orientadora de valores o fines morales, atribuyéndole al mercado la virtud y función de mecanismo idóneo para aumentar la riqueza social, que en concreto crean más y mejores empleos.

En efecto, la reforma proyecta la idea que la regulación del despido no ha dejado operar al mercado libremente en la asignación de recursos, siendo necesario la optimización, eficiencia y costes de la gestión empresarial, atribuyendo una nueva función social a la norma jurídica laboral por sobre la protección: la competencia y rentabilidad.

En tal esquema, el sistema de garantías de trabajo resulta la causa directa de la eliminación de empleos y de la incapacidad de la iniciativa económica para producir otros nuevos en tiempos de crisis, centrándose la creación de puestos de trabajo en la voluntad del empresario y que se expresa puntualmente –entre otras muchas manifestaciones– y que se limita con el control de la causalidad del despido, que es valorado como un coste de oportunidad alto, que crea rigideces en la eficacia y funcionalidad del funcionamiento del mercado laboral al impedir la libre de la fuerza de trabajo según la necesidades empresariales⁴⁶.

⁴⁵ Para un análisis crítico del análisis económico del derecho Ver UGARTE CATALDO, J.L., *Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, ob.cit., págs. 72 y ss., y en especial pp. 90-116.

⁴⁶ Ideas tomadas particularmente de los planteamientos desarrollados en: BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid, Trotta, 2009.

Ahora, ¿se ha logrado lo anterior? Para responder la pregunta, obviamente, no podemos circunscribirnos a la causalidad, sino que más bien a la utilización del Derecho del Trabajo como un mecanismo de gestión de crisis económicas y de política de empleo a un nivel estructural, como pretende la reforma. Realizando un limitada lectura de cifras y estadísticas, en términos estructurales la liberalización del despido (causa, control y costos) no se ha producido una disminución significativa del número de la población pasiva y como contra partida no se ha logrado aumentar el número de la población activa como así también, no se han logrado mejor las cifras del número de “desempleados” en los últimos 5 años⁴⁷.

4.2. La confusión y falta de sistematización de los elementos integrantes de la causalidad

Del análisis observado existe una permanente dispersión y confusión conceptual de los elementos que integran la causalidad, que consecuentemente conlleva que se contrapongan ideas que esencialmente coinciden en su finalidad⁴⁸.

4.3. El control judicial sobre la gestión empresarial y la “crisis del contrato”

Si bien se han apreciado diversas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el “problema de la causalidad”, y en particular en lo relativo a la extensión del control judicial sobre las medidas extintivas de gestión empresarial por factores estructurales, parecen estar cada vez más unificadas. Estas ideas se pueden resumir en que la legislación actual no excluye la “conexión de funcionalidad” de las medidas extintivas en materia de despidos fundados en causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, como así tampoco se excluye el análisis de razonabilidad judicial, sino que más bien se reformula, integrándose con los juicios de necesidad y proporcionalidad, eliminando de todos modos el control de juicio de oportunidad propio del empresario. Ahora, si bien compartimos en general la argumentación desarrollada por la jurisprudencia y doctrina, debemos ser críticos.

En primer lugar la jurisprudencia analizada, entiende que no se exige contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa o mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Por el

⁴⁷ Lo anterior según se desprende de la lectura del “Informe Trimestral de Análisis de Mercado de Trabajo”, Número 112 de Marzo 2015, del Ministerio de empleo y seguridad social, comparando la secciones 2 (población activa), 3 (población ocupada) y 4 (desempleo).

⁴⁸ Esencialmente manifestadas en STS, 20 de septiembre de 2013, nº 774/2013 y sus votos particulares.

contrario, el debate se centra en la determinación de la procedencia del despido, lo que obliga a demostrar que los contratos cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva. En tal caso el empleador estará obligado a acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado; determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir; y probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.

En este esquema será determinante el modo en que las causas justificantes inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir, en relación con la finalidad económica y productiva del vínculo laboral. Se afirma que el empresario deberá acreditar que el contrato ha devenido superfluo en términos económicos, porque ha perdido su relevancia económica para la parte empleadora, o lo que es lo mismo, que el contrato ha perdido los presupuestos necesarios para su supervivencia: el objeto y la causa. Esto último sucederá cuando la prestación de trabajo ha perdido su utilidad económica por causas objetivas sobrevenidas⁴⁹.

Se quiera o no, en estas conclusiones se observa indirectamente la influencia de las ideas reconfiguradoras del Derecho del Trabajo en el orden de prioridades e intereses a proteger. Actualmente las normas sobre extinción no se dirigen “*directa e incondicionalmente a salvaguardar el contrato de trabajo como básico y primordial; lo que se busca es fomentar y favorecer la competencia empresarial, incluso al precio de provocar despidos*”⁵⁰, en la medida que hay una “perspectiva dual” intensificada en materia de despidos, que remite en su justificación a la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales que determinen una mayor sacrificio para una de las partes que conlleve una menor utilidad o rendimiento en las prestaciones, que termina por atraer al campo de lo jurídico el problema del coste-beneficio que subordina el contrato de trabajo al “principio de rendimiento” y la “racionalidad económica”, puesto que permite al empresario que, en presencia de una situación de infrautilización del factor de producción y que importe un coste o disminución de ingresos, se termine el vínculo contractual⁵¹.

Este discurso lleva a considerar al trabajo como “*un producto de consumo, una mercancía*”, muy propio de la lógica neoliberal que tiende “*a no coincidir con el interés social*” y propiamente –y muy contrario a lo sostenido por la jurisprudencia– a la causa

⁴⁹ Línea argumental expuesta por los citados fallos de la A.N.

⁵⁰ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del Contrato de Trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., p. 34 y 35.

⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. “El régimen jurídico de los despidos colectivos...” ob. cit., 328 y ss.

del contrato de trabajo, ya que se sobredimensiona uno de los intereses de los contratantes, y concretamente, el de la parte con una posición objetiva y subjetivamente preponderante. Lo anterior porque precisamente, en virtud de la discursiva del criterio económico se está salvaguardando su contraparte coincidente, que es el interés patrimonial del empresario que termina por configurar una causa justificante del contrato y, por lo mismo, trasladando el riesgo de la gestión empresarial al trabajador, vulnerando el principio de ajenidad⁵².

En definitiva, el actual escenario de la causalidad, aunque si bien se ha visto aminorado en las apocalípticas proposiciones, termina igualmente por configurar un régimen jurídico del despido que se sigue sometiendo, ahora de manera más intensa, a “*las cambiantes e inestables necesidades empresariales y exigencias de rentabilidad*”⁵³.

4.4. Las implicancias e imposibilidad de eliminar el control de razonabilidad

Una cuestión en la que no se ha puesto mucho reparo y que creemos de importancia, es la imposibilidad teórica de eliminar el juicio de razonabilidad en el contexto configurativo del régimen de la causa justificativa, por la ya referida indefinición y textura abierta de los mismos.

Los supuestos habilitantes dentro de la metodología de análisis de los despidos por necesidades empresariales, superan la simple construcción legal, por cuanto viene dada por las lógicas propias de la argumentación, operatividad e interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados de textura abierta y que además encuentra su respaldo en exigencias constitucionales, en cuanto fines y valores perseguidos por el Derecho del Trabajo y el ordenamiento jurídico vigente. En tal línea, corresponderá analizar en qué medida los supuestos causales ya estudiados se conjugan en la dinámica de los mecanismos extintivos, con la necesidad perseguida a superar (el fin teleológico) y su conexión de funcionalidad, ponderados en base a los estándares de racionalidad y adecuación.

En estos supuestos la resolución de los conflictos quedan abiertos a conceptos causales indeterminados, “*lo que comporta una cierta aplicación menos rigurosa del principio de seguridad jurídica*”, quedando inconcluso el encausamiento para la resolución del conflicto para al interprete⁵⁴, que permite llevar a cabo interpretaciones susceptibles de asegurar el mayor desarrollo del derecho⁵⁵.

⁵² APARICIO TROVAR, J., “Las causas del despido...”, *ob. cit.*, p. 269 y ss.

⁵³ MONEREO PÉREZ, J. “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, *ob. cit.*, p. 330.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 176.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 177.

Como indica MONEREO PÉREZ, los conceptos jurídicos indeterminados son técnicas jurídicas que permiten a los que están encargados de poner en práctica el derecho, llevar acabo en el interior del propio sistema jurídico, interpretaciones que se adecuen a los valores y fines vigentes en el ordenamiento jurídico, pero que frente a la posibilidad de arbitrio en su utilización, propio de las normativas técnicas flexibles, requieren para su operatividad la conjugación con otros principios reguladores que adecuen y otorguen más certeza en su dinámica e interacción, generalmente asociados al binomio causa y medidas a la persecución de fines legítimamente perseguibles establecidos por el propio ordenamiento y su conexión con lo razonable de la medida a adoptar, en el sentido de moderación o medida normal aceptable en atención a los fines insertos en el programa normativo. En otras palabras lo razonable es necesariamente un noción de contenido variable del Derecho, lo que en suma busca “*la aceptabilidad racional como principio regulatorio*”, en la que el nexo entre la causa y la medida es un “*problema de justificación jurídica de la decisión a adoptar*”, teniendo en cuenta que la “*aceptabilidad racional*”, es una “*propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica*” o de “*racionalidad de los fines*”, que en lenguaje weberiano, se basa en la lógica medio-fin, siendo razonable la medida si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto, siendo la pauta la idea de “*eficiencia*”, esto es, cuan eficiente son los medios para alcanza el fin perseguido⁵⁶.

En dicho esquema la eliminación del control de razonabilidad, conlleva la indeterminación de la causalidad, lo que “*genera inseguridad jurídica y desfavorece la posición de los más interesados en la plena justificación de las medidas extintivas como son los trabajadores*”⁵⁷.

Por lo anterior, parece imposible, por una cuestión de estricta técnica jurídica eliminar el control de razonabilidad.

Fecha recepción: 28.10.2015

Fecha aceptación: 25.11.2015

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 176, 177 y 178.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, 1997, p. 172.