



Revista Latinoamericana de Derecho
Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

MELLA MÉNDEZ, Lourdes

EL DESPIDO POR CRISIS DE LA EMPRESA EN ESPAÑA: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS
PRINCIPALES NOVEDADES TRAS LA LEY 35/2010

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 13, julio-diciembre, 2011, pp. 87-115

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640268007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DESPIDO POR CRISIS DE LA EMPRESA EN ESPAÑA: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES TRAS LA LEY 35/2010*

**THE CRISIS-FIRING OF THE SPANIARD CORPORATION:
CRITICAL ANALYSIS OF THE MAIN NOVELTIES
AFTER 35/2010 ACT**

Lourdes MELLA MÉNDEZ**

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es el de analizar la nueva regulación legal del despido económico o por razones de la empresa en España, tras la reforma laboral de 2010. Esta nueva regulación acoge criterios fijados anteriormente por los tribunales laborales, pero también introduce otros conceptos que, por su ambigüedad, pueden generar conflicto. Asimismo, también se introducen novedades desde el punto de vista formal, con el objetivo de agilizar la tramitación del expediente de regulación de empleo.

Palabras clave: crisis de la empresa, despido económico, reforma laboral.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the new provisions that regulate the causes of redundancy and the dismissal on the basis of companies technical, organizational or production causes. This new labour reform includes not only points of law previously set up by employment tribunals, but it also introduces new concepts to clear up the ambiguity which the previous provisions generated. There are also new developments, from the formal point of view, in order to expedite the processing of the application of employment regulation.

Key Words: companies crisis, redundancy, labour reform-Spain.

* Recibido el 23 de noviembre de 2010 y aceptado para su publicación el 21 de enero de 2011.

** Profesora titular de Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad de Santiago de Compostela (lourdes.mella@usc.es).

I. CAUSAS RELACIONADAS CON LA CRISIS DE LA EMPRESA

1. *Causas económicas*

A. *Concepto*

Este trabajo pretende analizar algunos de los puntos clave que la reforma laboral de 2010 (RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, transformado en la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre) ha introducido en el régimen legal del despido económico o por crisis en España. Algunas de esas novedades son las relacionadas con la definición de las causas que lo justifican, o sea, las económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 51 de los Estatutos de los Trabajadores, en adelante ET).

En relación con la “causa económica” —la más polémica—, la mayoría de los tribunales laborales —antes de la reforma— adoptó una posición estricta, según la cual tal causa debía concurrir de una manera objetiva, suficiente y actual.¹ Así, aquélla sólo existía cuando las pérdidas económicas eran sostenidas o reiteradas con independencia de su motivo, que podía relacionarse, por ejemplo, con la disminución de las ventas, de los pedidos, de la crisis del sector y similares. En otras palabras, la causa económica se identificaba con pérdidas sustanciosas, frecuentes y prolongadas en el tiempo (mínimo dos o tres años), que generaban un desequilibrio en el balance de la entidad, poniendo en peligro el mantenimiento del empleo y hasta la propia subsistencia de aquélla.² Se trataba de situaciones en las que existían síntomas de deterioro económico graves y trascendentes que hacían dudar, seriamente, del futuro de la empresa, como sucede cuando los costes salariales son superiores a las ventas.³

Ahora bien, la gravedad de tal situación debía valorarse en su justa medida, evitando los extremos en ambas direcciones. Así, por un lado, no cabía reducir la apreciación de la causa en cuestión a las situaciones más graves,

¹ *Cfr.*, entre otras, STS del 15 de octubre de 2003 (Ar. 2004/4093).

² *Cfr.*, por ejemplo, sentencias TS del 15 de octubre de 2003, citada; del 23 de enero de 2007 y del 11 de junio de 2008 (Ar. 1910 y 3468, respectivamente); sentencias TSJ Galicia, del 22 de marzo de 2002 (AS 633), y Andalucía (Granada), del 24 de febrero de 2003 (AS 1151).

³ STSJ Andalucía (Granada), del 22 de noviembre de 2004 (JUR 2005/35942).

en las que los despidos eran la única medida que acompañaba el cierre de la empresa. Lo ideal siempre es que la situación no sea tan grave, pues de lo que se trata —en estos casos— es de adoptar la decisión extintiva como vía para salvar aquélla.⁴

Por otro lado, queda claro que las pérdidas debían tener suficiente entidad, o sea, ser “sostenidas y significativas”,⁵ resultando irrelevantes las mínimas, puntuales o esporádicas (las de un único año); la simple reducción de los beneficios actuales (sin pérdidas reales);⁶ la previsión de una disminución futura de éstos⁷ o el deseo del empresario de incrementarlos.⁸ De igual manera, la mera conveniencia para la empresa no se consideraba como causa suficiente para despedir y los tribunales declaraban la improcedencia de la decisión extintiva.⁹ Desde luego, no puede confundirse “conveniencia” con “necesidad”, pues está claro que sólo esta última justifica la adopción de la medida extintiva.¹⁰

Con todo, no faltó —ya desde un primer momento— una corriente minoritaria más flexible que estimó que existía causa económica para un despido de esta naturaleza cuando se producía una reducción de los beneficios respecto de años y periodos anteriores, o sea, una situación “desfavorable en términos de rentabilidad”, sin necesidad de que existiesen pérdidas reales.¹¹ Así, era suficiente con una mala evolución económica de la empresa o la previsión de futuras pérdidas,¹² pues carecía de sentido obligar a la empresa a permanecer en situaciones negativas, sin actuar, en tanto no tuviera pérdidas reales.¹³

⁴ *Cfr.*, por ejemplo, sentencias TS del 24 de abril de 1996 y 28 de enero de 1998 (Ar. 5297 y 1148), y STSJ Extremadura del 6 de abril de 2006 (AS 1508).

⁵ STS del 29 de septiembre de 2008 (Ar. 5536).

⁶ Así, por ejemplo, sentencias TSJ Andalucía (Granada), del 5 de julio de 1995 (AS 2976); País Vasco, del 10 de octubre de 1995 (AS 3712); Galicia, del 8 de julio de 1996 (AS 2717); Castilla-La Mancha, del 17 de febrero de 2000 (AS 1138), y Comunidad Valenciana, del 12 de septiembre de 2002 (AS 2003/2009).

⁷ *Cfr.*, por ejemplo, sentencias TSJ Andalucía (Granada), del 5 de julio de 1995 y Castilla-La Mancha, del 17 de febrero de 2000, ya citadas.

⁸ STSJ Andalucía (Granada), del 5 de julio de 1995.

⁹ STS del 8 de febrero de 2002 (Ar. 2623).

¹⁰ STSJ Asturias, del 9 de febrero de 2007 (AS 2169).

¹¹ STS del 14 de junio de 1996 (Ar. 5162).

¹² STSJ Cataluña, del 24 de abril y 3 de julio de 2007 (JUR 304889 y AS 2811). La primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo; la segunda, de lo Social.

¹³ Desdentado Bonete, A., “El despido objetivo económico entre dos reformas 1994-

El legislador reformador de 2010 entiende —en un primer momento (RD-Ley)— que las causas económicas concurren “cuando, de los resultados de la empresa, se desprenda una situación económica negativa”. A estos efectos, aquélla “tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce, mínimamente, la razonabilidad de la decisión extintiva”. Con posterioridad, o sea, con la transformación del RD-Ley en ley, se aprovecha la ocasión para introducir algunas novedades significativas. Por un lado, se clarifica lo que se entiende por “situación económica negativa”, pues ésta se produce en “casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de [l] nivel de ingresos”, que pueden afectar a la viabilidad o capacidad de la empresa de “mantener el volumen de empleo”. Por otro lado, respecto de la prueba que corresponde al empresario, se elimina la expresión “mínimamente” y se añade que la decisión extintiva debe ser razonable en relación con el objetivo de “preservar o favorecer la posición competitiva” de la empresa “en el mercado” (nuevo artículo 51.1 ET).

Esta nueva redacción legal de la causa económica *aporta una mayor seguridad jurídica*, al ofrecer ejemplos concretos de lo que se entiende por *situación económica negativa*. Así, ésta se produce, como mínimo, en tres casos: 1) cuando ya existen pérdidas económicas actuales; 2) cuando éstas se prevén para el futuro, y 3) cuando se produce una disminución persistente en el nivel de ingresos.

Repárese en que tal enumeración merece, al menos, dos matizaciones inmediatas. Por un lado, aquélla es meramente ejemplificativa, por lo que, teóricamente, caben otros supuestos de situación económica negativa. Ahora bien, resulta difícil pensar en otros diferentes y ajenos a la cuenta de resultados de la empresa, pues aunque la situación económica negativa puede tener diferentes caras y deberse a otras causas (por ejemplo, aumento de costes, crisis del mercado de trabajo o de un sector concreto), muchas de ellas se relacionan con las causas técnicas, organizativas o productivas. Así, la situación económica negativa apunta directamente a la cuenta de resultados y a la existencia de pérdidas o reducción de beneficios económicos.

De otro lado, la situación económica negativa no sólo exige que concurra alguna de las situaciones mencionadas (o similar), sino también que ésta afec-

1997”, en varios autores, *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, 1998, p. 263.

te, claramente, a la “viabilidad” de la empresa o a “su capacidad de mantener el volumen de empleo”. La referencia a la “viabilidad” pone de evidencia que se está ante situaciones muy graves, en cuanto pueden impedir la propia supervivencia futura de la empresa. En tales casos, también quedaría afectada, lógicamente, la “capacidad de mantener el volumen de empleo”. Con todo, esta última consecuencia puede producirse en solitario, por lo que puede estarse ante una coyuntura económica negativa que justifique los despidos colectivos porque la empresa no tenga recursos suficientes para mantener la misma plantilla que antes, aunque ello no afecte su viabilidad futura, al menos de manera inmediata.

Con todo, desde el punto de vista de la técnica jurídica, cabe criticar el uso de la terminología empleada —calificada ya de desconcertante—,¹⁴ en cuanto no termina de ser clara y unívoca, lo cual es un riesgo para futuras y diversas interpretaciones de los tribunales. Así, tras releer el precepto varias veces, no termina de encajarse bien la utilización de la expresión relativa a “la capacidad de mantener el empleo”. Ciertamente, bien pensado, lo que el legislador literalmente dice no resulta coherente, pues alude a unas causas económicas, que pueden tener unos efectos gravísimos (acabar con el futuro de la empresa o parte de su plantilla), para justificar la medida extintiva, pero resulta que al adoptarse tal medida se materializan, precisamente, algunos de aquellos efectos, pues se reduce la plantilla. Desde luego, se adivina la intención última del legislador —salvar o ayudar a la empresa—, pero la claridad del precepto debería haber sido escrupulosamente mayor.¹⁵

De otro lado, los ejemplos dados por el legislador de situación económica negativa son una de las grandes novedades de la reforma de 2010 —y una de las causas principales de su rechazo por los trabajadores y sindicatos—, pues se flexibiliza de manera importante lo que se entiende por “crisis de la empresa”.

A diferencia de la situación anterior, en la que la mayoría de los tribunales laborales eran restrictivos y exigían pérdidas reiteradas actuales, existentes en el momento de producirse el despido, ahora es suficiente con que las pérdidas sean futuras o, más exactamente, con que exista una previsión de futuras

¹⁴ González Biedma, E., “Aspectos clave de la reforma laboral de 2010 (I)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2010, p. 3 (según impresión de Westlaw Aranzadi).

¹⁵ *Ibidem*, p. 4.

pérdidas. De este modo, el despido colectivo o individual (o plural) por causas económicas se convierte en un importante instrumento de gestión del personal, que puede utilizar la empresa para anticiparse a la catástrofe económica y evitarla. En otras palabras, el despido en cuestión actúa como una medida de ajuste y mejora de carácter preventivo, pues al poder reducir la plantilla la empresa puede ajustar los costes de producción a las cada vez más exiguas ganancias o, incluso, evitar las pérdidas que se prevén (de no adoptar ninguna medida). El mensaje del legislador es claro: hay que garantizar la viabilidad futura de la empresa y su competitividad en el mercado, por lo que, ante los primeros resultados negativos, pueden adoptarse decisiones de reducción de plantilla (con el fin de ahorrar costes) si ello contribuye al citado objetivo.

Repárese en la extraordinaria flexibilidad que ahora se introduce, pues al empresario le basta con probar pérdidas que todavía no existen, sino que se prevé que se producirán, e incluso ni siquiera es necesario hablar de pérdidas. Ciertamente, se admite que la empresa pueda adoptar la decisión extintiva aun cuando los resultados sean positivos, o sea, tenga beneficios, aunque —eso sí— no tantos como otros años, pues el supuesto legal se refiere a la “*disminución*” de ingresos. En relación con este último supuesto cabe realizar varias consideraciones, entre ellas las que siguen:

- 1) La disminución de ingresos debe ser “persistente”, es decir, reiterada a lo largo de varios ejercicios económicos (mínimo dos o tres). Dado que, en este último caso, la empresa “va bien”, el legislador exige un particular elemento de gravedad (la reiteración de la disminución), que es el que puede encender el piloto de la preocupación y aconseja (u obliga, según se mire) reaccionar al empresario. Desde luego, la simple reducción de ingresos puntual u ocasional es algo frecuente y normal, que no resulta grave y no es motivo suficiente para despedir a nadie.
- 2) La disminución de ingresos debe ser “grave”. En un principio no se indica la “entidad” o grado de la disminución de ingresos, ni su naturaleza regular o no. Así las cosas, *a priori*, parece que caben diversas posibilidades, admitiéndose una disminución de ingresos mínima, mediana o importante. Apoyaría tal idea el hecho de que el legislador aluda a la persistencia (duración temporal), pero no a la importancia o gravedad de la disminución. Con todo, la lógica y la gravedad de la decisión extintiva

que quiere adoptar el empresario aconsejan que se trate de una disminución de ingresos “relevante e importante”, en cuanto pueda afectar a la viabilidad de la empresa o su capacidad de mantener el nivel de empleo.

Por lo demás, el requisito de la “persistencia” parece aludir a casos de pérdidas continuas, año tras año, aunque pienso que también cabe algún supuesto en el que, dentro del periodo tomado como referencia para valorar la persistencia de las pérdidas, puede incluirse algún año con recuperación del nivel habitual de ingresos, e incluso con beneficios. En otras palabras, la persistencia no exige, ineludiblemente, continuidad en la secuencia de años negativos (por ejemplo, en los últimos cinco años puede existir uno con resultados positivos).

- 3) La disminución que se toma en cuenta es la de los “ingresos”, y aquélla parece que debe medirse en relación con el nivel habitual de los mismos. Por lo tanto, la empresa tendrá que demostrar cuál era ese nivel habitual y la consiguiente disminución respecto del mismo. Repárese en que ese nivel de ingresos es el real de la empresa, no el del sector o el máximo que aquélla podría haber llegado a alcanzar (óptimo) de haber adoptado otra política de gestión del proceso productivo o del personal. Por lo demás, otra cuestión que quizá deba tenerse en cuenta es la de qué nivel de ingresos se valora cuando la empresa ha registrado diversos niveles o resultados positivos a lo largo de su historia. Aunque la responsabilidad de aclarar estas cuestiones corresponde a los tribunales, quizá una solución idónea sea la de fijarse en el nivel de ingresos de los últimos años o en su media histórica.

Otro punto de interés puede ser la alusión a la disminución de los “ingresos”, no de los “beneficios” de la empresa. Puede suceder que la empresa tenga una disminución persistente de su nivel de ingresos, ante lo cual aquélla adopte una política de reducción de los gastos, con lo que los beneficios netos no se ven afectados. En tal caso, parece claro que la viabilidad de la empresa o su capacidad de mantener el empleo no se pone en duda y, por lo tanto, no procede la decisión extintiva.

De otro lado, la persistencia en el resultado negativo sólo se exige cuando se habla de disminución de ingresos, pero no de pérdidas (actuales o futuras), por lo que parece que, en estos casos, no se exige tal condición. Así, un solo

ejercicio con déficit económico parece suficiente para justificar aquella decisión empresarial.

B. *Prueba*

La nueva redacción legal busca *aclarar qué es lo que tiene que probar el empresario*. Ciertamente, con anterioridad existió una cierta polémica sobre lo que aquél tenía que acreditar: si la *efectiva superación* de la situación económica negativa o, simplemente, que la medida extintiva *contribuía* a la misma.

Frente a una posición minoritaria, el Tribunal Supremo aclara que “la exigencia de que la situación negativa tenga *necesariamente que superarse* para justificar el despido surge de un error de partida”, al aludir el legislador a “la superación de una situación económica negativa”.¹⁶ Evidentemente, el que la medida extintiva sirva, en verdad, para superar la crisis de la empresa es algo que se verá en el futuro y, como hecho futuro, no puede acreditarse en el momento de su realización (*probatio diabolica*, quizá, de ahí muchos de los despidos improcedentes). Es más, como estableció el propio Tribunal Supremo, habrá muchos supuestos en los que los despidos sean procedentes y razonables, a pesar de no salvar a la empresa de la crisis, como sucede cuando aquélla no tiene otra solución más que la de su propia desaparición. Ciertamente, “la extinción por causas objetivas, sea plural o colectiva, es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinosa y cuya permanencia en el mercado no es posible”.¹⁷ Desde luego, ninguna otra solución legal existe para estas empresas, cuya permanencia en el mercado no resulta lógica. Por lo demás, el dato de que despidos por crisis anteriores no hayan contribuido a salvar a la empresa de la crisis no resulta relevante para valorar la procedencia de nuevos despidos.¹⁸

Así las cosas, lo que entonces se concluye es que el empresario tiene que probar que los despidos son razonables, en cuanto se prevé —desde el sentido común— que “*contribuyen a superar* una situación económica negativa de la empresa”. El término “contribuir” equivale a “ayudar y concurrir con otros al

¹⁶ STS del 29 de septiembre de 2008.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ STS del 8 de marzo de 1999 (Ar. 2117). También, del mismo Tribunal, las del 25 de noviembre de 1999 (8745), 30 de septiembre de 2002 (Ar. 10679) y 29 de septiembre de 2008.

logro de algún fin”.¹⁹ De ello se deduce que la decisión extintiva no se configura como una medida que, por sí misma, tenga que salvar a la empresa de la crisis económica, sino que es suficiente que favorezca o ayude a tal fin.²⁰ En otras palabras, tiene que haber una relación causa-efecto entre la adopción de la medida y la mejora de la economía de la empresa. Lógicamente, en los supuestos en los que los despidos acompañan el cierre de aquélla, el término “superación” no puede entenderse literalmente, sino, más bien, como equivalente “a la adopción de las medidas de ajuste que resultan necesarias”.²¹

En relación con esta última doctrina jurisprudencial, el legislador reformador prevé que, ahora, al empresario le basta con 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” (nuevo artículo 51.1 ET). Tal regla probatoria sugiere, al menos, los siguientes comentarios:

- 1) La prueba es *doble y acumulativa*: por un lado, los resultados negativos y, por otro, “la razonabilidad” de la medida extintiva para favorecer la competitividad de la empresa en el mercado. De lo recién expuesto se deduce que la acreditación de los resultados negativos no genera, automáticamente, la procedencia de tal medida; pues puede suceder que aquéllos se relacionen con causas ajenas a la plantilla (por ejemplo: método de trabajo inadecuado o necesidad de introducir nueva tecnología). En tales casos, está claro que la mejora de los resultados depende de la toma de la decisión organizativa correcta y no de la reducción del número de trabajadores, salvo que la adopción de aquélla sea imposible (por ejemplo, falta de dinero para adquirir los nuevos instrumentos de trabajo de alta tecnología). Así las cosas, tiene que existir una conexión funcional o relación causa-efecto entre los hechos alegados y “la razonabilidad” de la medida para conseguir el objetivo propuesto.

La insuficiencia de la simple prueba de los hechos, dada la necesidad de acreditar también la conexión funcional entre aquéllos y la mejora de

¹⁹ *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 22a. ed., Madrid, Espasa-Calpe.

²⁰ STS del 11 de junio de 2008 (Ar. 3468).

²¹ Sempere Navarro, A. V. *et al.*, *Comentario al artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Extinción del contrato por causas objetivas* (BIB 2009/5171), Westlaw Aranzadi, p. 5.

la situación de la empresa, no puede entenderse como un endurecimiento del régimen probatorio anterior, pues ese doble requisito ya se exigía antes por los tribunales laborales. Así, se entendía que la prueba de las pérdidas en las cuentas era condición necesaria, pero no suficiente, en cuanto era obligatorio acreditar la conexión entre la situación desfavorable y los despidos acordados, y la adecuación de éstos para superar aquélla.²²

Como matiz importante, cabe destacar el doble plano de la carga probatoria del empresario, pues los hechos “se acreditan o prueban” y “la razonabilidad de la decisión extintiva” se justifica con argumentos o razones convincentes y razonables. Sin duda, la segunda parte de la prueba —la de la razonabilidad de la decisión— es más ambigua y abstracta y su apreciación dependerá de la valoración general de todas las circunstancias concurrentes en el caso.

- 2) De los hechos alegados tiene que deducirse “la razonabilidad” del despido para conseguir *el objetivo propuesto*, cual es el de “preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado” (de la empresa afectada). Fijándonos en tal objetivo, se aprecia cómo el legislador, aquí, ya no habla en negativo, pues no alude —como ha hecho inicialmente— a la “situación económica negativa”. En otras palabras, ya no se exige que el despido contribuya a superar tal situación negativa, quizá porque tal situación negativa no lo es tanto (lo que queda acreditado con los ejemplos dados).

En igual sentido, tampoco se alude al objetivo de garantizar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo de la misma. Desde tal punto de vista, es como si el legislador hubiese cambiado su discurso inicial catastrofista, pues, al hablar de las causas que justifican los despidos, exige que aquéllas tengan importantes repercusiones y afecten al futuro de la empresa, pero después, al aludir a la prueba de los resultados alegados, el tono cambia a positivo y ya parece que se alude a otra empresa diferente: una empresa competitiva. Sin duda, estos cambios de expresiones pueden restar claridad al precepto y generar interpreta-

²² Cfr. sentencias TSJ Cataluña, del 24 de marzo de 2005 (AS 1347), 11 de octubre de 2006 (PROV 2007/134241) y 8 de marzo de 2007 (AS 2526). En la doctrina, Sempere Navarro, A. V., *op. cit.*, p. 6.

ciones contradictorias que dificulten la realización de los despidos analizados por las empresas.

Retomando la idea inicial, cuando la ley apunta al objetivo a conseguir con el despido utiliza términos positivos, pues se refiere a “preservar o favorecer [la] posición competitiva en el mercado”, o sea que la empresa que quiere despedir aún es competitiva, y lo que se busca es que lo siga siendo en el futuro, en igual o mayor medida. Evidentemente, el cambio respecto de la situación anterior es importante y abre una nueva etapa en la forma de entender el despido económico como un instrumento de que dispone la empresa para utilizar en un amplio abanico de situaciones, muchas de ellas alejadas de todo dramatismo.

Por lo demás, el que la nueva expresión refleje, claramente, que el legislador está pensando en el despido colectivo para empresas todavía solventes no debe impedir que aquél se use, también, para las que ya no lo son. En tal sentido, el que este segundo tipo de empresas no pueda acreditar, literalmente, que la decisión extintiva sirve para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado, pues se está ante una empresa terminal, cuya única solución es su desaparición, no debe ser un obstáculo para la autorización de la medida extintiva. Así, cabe aplicar la ya conocida doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, dictada al amparo de la situación legislativa anterior, en la que se aludía a la “superación” de la situación económica negativa de la empresa. Como señaló el citado Tribunal, hay crisis terminales que no se superan y ello no debe ser motivo para negar el recurso a la figura del despido colectivo como vía para poner fin a la actividad empresarial. Aquél debe verse como una medida de ajuste para superar la crisis, bien reduciendo el tamaño de la empresa, bien liquidándola.²³

Posiblemente, la nueva referencia legal al objetivo de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado quiere dejar claro que, ahora, el despido colectivo también puede ser utilizado por esta clase de empresa, pero no excluir del uso de tal medida a la que ya no goza de tal posición competitiva. Se aclara el caso dudoso, el evidente queda implícito o sobreentendido.

²³ STS del 29 de septiembre de 2008.

- 3) De la causa económica acreditada tiene que deducirse “la razonabilidad” de la medida extintiva para lograr la meta propuesta, ya comentada. La expresión en cursiva resulta clave en la nueva configuración legal de estos despidos. En primer lugar, cabe señalar la incorrección gramatical del término “razonabilidad”, que no aparece reconocido por la Real Academia Española de la Lengua. Por lo tanto, el legislador debería haber utilizado otras palabras para expresar la misma idea; quizá podría haber escrito algo así como: “que de los mismos se deduce que la decisión extintiva es razonable para”. Ciertamente, lo que se quiere expresar es que de los hechos alegados se deduce que el despido es una medida razonable (“arreglado, justo, conforme a razón”, según la Real Academia Española) para conseguir el objetivo propuesto.

En segundo lugar, repárese en la flexibilidad que, de nuevo, deriva de esta expresión, pues ahora es suficiente con que el despido sea “una de las posibles medidas razonables para mantener o mejorar la competitividad de la empresa”, sin que sea necesario que aquél sea la medida más razonable, ni la única disponible ni la más urgente o necesaria ni la más favorable (menos lesiva) para el trabajador ni la más fácil. De este modo, el despido puede ser una medida razonable, igual que muchas otras, sólo que esas no interesan. Como ha dicho algún autor, la norma es una “advertencia a los jueces para indicarles que el control judicial debe respetar el margen de decisión que corresponde al empresario en la gestión de la empresa, de forma que si los despidos responden realmente a una situación económica negativa y son una forma razonable de hacerle frente, el órgano judicial no puede declararlos improcedentes”, porque, a su juicio, haya otras soluciones razonables y preferibles.²⁴

- 4) La “razonabilidad” de la medida extintiva tiene que *deducirse* de los resultados alegados. Como concesión a las críticas recibidas, la Ley 35/2010 ha eliminado (del texto original del RD-Ley 10/2010) la referencia al carácter mínimo de tal deducción, pues tal expresión presentaba el riesgo de que, en muchos casos, no llegase a apreciarse, claramente, la “razonabilidad” del despido, esto es, la relación causa-efecto entre los

²⁴ Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”, en varios autores, *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, dirigido por García-Perrote y Mercader Uguina, Valladolid, 2010, p. 96.

resultados alegados y la necesidad de aquél. En otras palabras, de mantenerse la expresión en cuestión se introduciría un elemento nuevo flexibilizador, pero conflictivo, porque se abriría el portillo a situaciones en las que, de los resultados negativos, sería difícil y complejo deducir “la razonabilidad” de la medida extintiva. La percepción de la “deducción mínima” de tal razonabilidad sería una línea muy delgada y discutible para separar la procedencia de la improcedencia de aquélla, pues si algo puede deducirse mínimamente para el empresario, puede que no sea así para el trabajador y, especialmente, para el juez, que es quien tiene que pronunciarse al respecto.

Así las cosas, parece claro que, con la última redacción, la empresa debe probar los resultados alegados y justificar que, a la vista de los mismos, el despido es una medida razonable para garantizar la competitividad de la empresa. Ahora, la deducción ya no se califica de “mínima”, con lo que parece que tiene que ser “normal” o moderada, pero también clara y evidente. El legislador prefiere flexibilizar, directamente, lo que se entiende por “situación económica negativa”, poniendo ejemplos claros de la misma, muchos de ellos rechazados hasta el momento por la mayoría de los tribunales laborales, y eliminar una expresión (“mínimamente”) que, se preveía, podía ser un nuevo foco de conflicto judicial.

Para algún autor, el término “mínimamente” respondía a la preocupación del legislador por la actuación de un cierto sector judicial que —se dice— relativizó la reforma laboral de 1994 en materia de despido y obligó a la de 1997 y, tras el fracaso de ésta, llevó al auge del despido “expres” (artículo 56.2 ET).²⁵ Así, parecía querer limitarse el grado de apreciación personal del juez respecto de la justificación y razonabilidad del despido propuesto, diciéndole expresamente cómo tenía que hacer su trabajo. El órgano jurisdiccional no tenía que entrar a valorar “la eficacia, en sí, de la medida, su funcionalidad o acierto”, pues bastaba con que ésta fuese mínimamente razonable para que no la pudiese cuestionar. Sólo cabría la exclusión de los despidos arbitrarios, sin causa o con causa diferente a la alegada.²⁶

²⁵ Desdentado Bonete, A. y Puebla Pinilla, A. de la, “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid, 2010, p. 94.

²⁶ González Biedma, E., *op. cit.*, p. 3.

Con todo, resulta evidente que tal indicación era excesiva, máxime al dejar claro el legislador en el preámbulo de las normas reformadas que el despido económico sigue siendo esencialmente causal y que la comprobación de la observancia de tal carácter corresponde a los jueces, tras el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por el trabajador.

- 5) Una cuestión importante respecto de la prueba de los resultados alegados y de la “razonabilidad” del despido es la del *momento* en el que aquélla debe efectuarse. Dada la cada vez menor importancia que el legislador da a la forma del despido, no parece que tal prueba y justificación se configure como un requisito de forma previo o simultáneo a aquél y cuya ausencia genere su improcedencia. Así las cosas, es suficiente con que la empresa indique al trabajador el motivo de su despido en la comunicación escrita y, después, si el trabajador impugna aquél, proceda a probar los resultados negativos alegados y su conexión con el despido.²⁷

2. Causas técnicas, organizativas o de producción

A. Concepto

Aparte de la causa económica —cuyo protagonismo es casi absoluto—, el despido por crisis de la empresa puede justificarse en otras tres más: las técnicas, organizativas y productivas. Como es sabido, la legislación anterior a la reforma de 2010 también guardaba silencio sobre estas causas, y quienes tuvieron la responsabilidad de ir definiéndolas fueron los tribunales laborales.

Partiendo de la jurisprudencia dictada por estos últimos y sin ánimo de exhaustividad, cabe precisar que las primeras, *las técnicas*, se refieren a los medios o instrumentos de producción de la empresa. Cuando concurren tales causas, suele estarse en una situación en la que tales instrumentos resultan obsoletos y es necesaria su sustitución por otros nuevos, más modernos y eficaces. Ello suele exigir una revisión de la ordenación de los puestos de trabajo, sus contenidos y, en ocasiones, hasta la eliminación de algunos de ellos. De esta

²⁷ Cfr., en igual sentido, Martín Jiménez, R. y Alzaga Ruiz, I., “Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo”, en varios autores, *La reforma laboral de 2010*, dirigido por Sempere Navarro, Navarra, 2010, p. 376.

manera, el mayor coste económico que supone la inversión en nuevos medios o instrumentos de producción se compensa con su mayor eficacia y rentabilidad y, por lo tanto, con el ahorro de gasto que supone el poder prescindir de ciertos trabajadores, ya innecesarios.

Como ejemplos de situaciones en las que concurre una causa técnica, cabe citar aquellas en las que se introduce un nuevo sistema de comunicación interno,²⁸ se moderniza el sistema informático²⁹ o se mejora o mecaniza una instalación de la empresa, de manera que, en todos los casos, el puesto o puestos afectados resultan superfluos. En palabras de alguna sentencia, hay una inversión en la renovación de bienes de capital que utiliza la empresa con el fin de mejorar su competitividad en el mercado.³⁰ Se trata de producir más y mejor, o sea, más rápido, con más calidad y a un menor precio. *A sensu contrario*, no se consideró la procedencia del despido cuando la mejora técnica no eliminaba las funciones realizadas por el trabajador afectado o la introducción de aquélla no estaba justificada, objetivamente, por no aportar una mejora al proceso productivo.³¹

A la vista de la doctrina jurisprudencial anterior se aprecia que el legislador de 2010 es conservador y lo único que hace es plasmar en la Ley aquélla, pues las causas técnicas se identifican con “cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción” (nuevo artículo 51.1 ET). Se acoge, así, la expresión de una de las sentencias más antiguas sobre la materia.³²

Las causas *organizativas* se refieren a la forma de trabajar de la plantilla, o sea, al método o sistema de organización de ésta. Se trata de mejorar la gestión y resultados de la mano de obra, para lo que resulta necesario modificar su sistema de trabajo, sus tiempos de trabajo y descanso, e incluso eliminar algún puesto que, con la nueva organización, resulta superfluo. Se busca organizar mejor los recursos productivos existentes para obtener de ellos un

²⁸ Cfr. sentencias TSJ País Vasco, del 23 de febrero de 1996 y Cataluña, del 14 de noviembre de 2002 (AS 278 y 4237).

²⁹ STSJ Andalucía (Sevilla), del 30 de octubre de 1995 (AS 3855).

³⁰ STS del 17 de enero de 1985 (Ar. 228). También STSJ Cantabria, del 21 de abril de 1995 (AS 1373) y País Vasco, del 10 de octubre de 1996 (AS 3701).

³¹ STSJ Andalucía (Granada), del 20 de mayo de 2003 (AS 2038).

³² STS del 14 de junio de 1996.

mayor rendimiento, o el mismo, pero a un menor coste. En este caso, no se requiere una inversión previa en bienes de capital ni que la empresa pase por una situación económica negativa.

Algunos supuestos típicos de este tipo de causas son los siguientes: reunificación de las funciones de dos o más puestos en uno solo; establecimiento o eliminación de un turno de trabajo o de una sección o área de negocio de la empresa; puesta en marcha de una nueva manera de trabajar (teletrabajo) o, en fin, la externalización o descentralización de las funciones propias de un departamento o sección (subcontratación con terceros).³³ Cabe precisar que este último supuesto, en función de sus circunstancias, también puede ser encuadrado en las causas técnicas (externalización de los servicios informáticos) o productivas (cuando desaparece una unidad productiva).³⁴ Respetando esta jurisprudencia anterior, el legislador reformador establece que las causas organizativas concurren cuando se producen cambios, entre otros, “en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal” (nuevo artículo 51.1 ET).

Las causas *productivas* se relacionan con la capacidad de producción de la empresa y las exigencias del mercado, esto es, con los bienes y servicios proporcionados por aquélla y su adecuación a las necesidades de la demanda, en orden a ajustar sus costes y beneficios.³⁵ Así, se ha entendido que concurren tales causas cuando la empresa pierde una cuota importante de mercado o de liderazgo en el mismo y, por lo tanto, disminuye el número de pedidos de sus productos o servicios. Al vender menos, se produce menos y, consecuentemente, sobra personal.³⁶

De acuerdo con la doctrina judicial anterior, para el legislador reformador las causas productivas también concurren cuando se producen cambios, entre otros, “en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

³³ *Cfr.*, entre otras, sentencias TSJ Andalucía (Málaga), del 18 de septiembre de 2007 (AS 3432); Cataluña, del 19 de diciembre de 2007 (AS 2008/783); Madrid, del 21 de enero de 2008 (AS 1057). También sentencias TS del 7 de junio de 2007 y 12 de diciembre de 2008 (Ar. 4648 y 256, respectivamente).

³⁴ STSJ Madrid, del 10 de junio de 2006 (AS 599).

³⁵ STS del 5 de abril de 2000 (Ar. 3284) y STSJ Madrid, del 5 de mayo de 2008 (JUR 186956).

³⁶ A modo de ejemplo, véanse las sentencias TS del 7 de junio de 2007 y 12 de diciembre de 2008.

B. *Prueba*

Con la legislación anterior, los despidos propuestos debían —en estos tres tipos de causas— “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma, a través de una más adecuada organización de los recursos” (artículo 51.1, párrafo segundo, ET). Para los tribunales ello implicaba que el empresario debía probar dos cosas: una, los hechos alegados (las citadas causas) y, otra, que las medidas propuestas (despidos) servían para mejorar la situación de la empresa.

En otras palabras, que los despidos contribuían a una “más adecuada organización de los recursos” y ello, a su vez, ayudaba a garantizar tanto la viabilidad futura de aquélla como su volumen de empleo. Se trataba de probar al órgano jurisdiccional que existía una justificación objetiva, real, suficiente y actual para poder adoptar la decisión más drástica que un empresario puede tomar respecto de sus trabajadores (la extinción de sus contratos) y que aquélla se relacionaba con la propia supervivencia o mejora de la empresa. Así pues, la relación de causalidad o conexión funcional entre la medida extintiva y la situación de aquélla era clave. Ahora bien, la referencia legal a la “viabilidad futura de la empresa” no se traducía en la exigencia de la prueba de tal hecho futuro, que, en cuanto tal, resultaba imposible. Lo único que se exigía al empresario era la aportación de indicios —presentes o pasados— que evidenciaran la justificación de la medida extintiva en relación con tal finalidad.

Según alguna sentencia, es requisito imprescindible que el empresario demuestre “la concurrencia de las circunstancias, las que sean, que incidan de manera relativamente importante en el buen funcionamiento de la actividad empresarial”. Así, “si no hay dificultades que superar, si el buen funcionamiento de la empresa está perfectamente garantizado, si no aparecen en su horizonte problemas que puedan afectar a su posición competitiva en el mercado”, no es posible acogerse a las causas de despido ahora aludidas, y ello por más que la empresa pueda probar que no va a seguir necesitando en el futuro los servicios de los trabajadores afectados, dado que el nuevo sistema organizativo le permite prescindir de ellos. Insistiendo en la idea, primero tie-

ne que existir el problema y, después, la decisión extintiva tiene que aparecer “como *medida razonablemente adecuada* para superarlo”.³⁷

Repárese también en la interpretación nada extrema por parte de los tribunales de la conexión funcional entre los despidos y la situación de la empresa, pues bastaba con que la medida se presentase como “razonable” para superar las dificultades organizativas o de funcionamiento.³⁸ En otras palabras, era suficiente con que el despido ayudase a superar la falta de rentabilidad o eficiencia de la explotación, sin llegar a ser necesario que, por sí solo, lo consiguiese.

Sobre las mismas ideas gira la nueva redacción legal del artículo 51.1 ET, pues ahora el empresario debe “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”.

Como es fácil apreciar, desde el punto de vista de la técnica legislativa, cabe ser nuevamente críticos, pues el legislador da demasiadas vueltas y utiliza demasiados conceptos ambiguos para decirle al empresario lo que tiene que probar y cuáles deben ser los efectos de la decisión extintiva para que resulte razonable.³⁹ En efecto, se alude a la concurrencia de alguna de las causas; a que de la misma se deduzca la razonabilidad de la decisión extintiva; a la prevención de una evolución negativa de la empresa; a la mejora de la situación de ésta; a una adecuada organización de los recursos; a la posición competitiva en el mercado, y la mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Dado que muchas de esas expresiones son conceptos jurídicos indeterminados, que se hallan subordinados unos a otros, resulta imprescindible leer el precepto atentamente y repetidas veces para intentar entender qué es lo que pide, exactamente, el legislador.

³⁷ STSJ Cataluña, del 8 de febrero de 2007 (AS 2172). También STSJ Andalucía (Sevilla), del 20 de junio de 1997 (AS 548).

³⁸ Cfr. STSJ Valencia, del 2 de junio de 2000 (AS 4117) y STS del 31 de mayo de 2006 (Ar. 3971), dictada en unificación de doctrina.

³⁹ Cfr., igualmente crítico con la nueva redacción, González Biedma, E., *op. cit.*, p. 6: “de nuevo, se somete la aprobación de estas causas a una suerte de criterios no exentos de complicación, de difícil prueba, altamente especulativos y, de nuevo, un tanto impredecibles a la hora de someterlos a un debate judicial”.

Todo ello dificulta la comprensión de aquél y abre el campo de las múltiples interpretaciones jurídicas y, por lo tanto, del pleito judicial. El legislador debe saber que cada palabra que utiliza para expresar una idea es sometida a discusión, por lo que el consejo es que use las menos y más claras posibles. Todo lo contrario de lo que ha hecho aquí.

En fin, centrándome en el contenido del nuevo precepto, cabe concluir que el empresario debe seguir probando dos cosas: las causas alegadas y el carácter razonable de la decisión extintiva. Simplificadamente, tal carácter se valora en cuanto la medida extintiva sirve para *organizar mejor los recursos de la empresa* (humanos y económicos, pues al eliminar trabajadores se ahorran costes), lo que favorece su competitividad y eficacia, y todo ello contribuye a mejorar su *situación actual* o *prevenir su evolución negativa* en el futuro.

El hecho de que uno de los objetivos de los despidos pueda ser el prevenir un futuro negro para la empresa determina que parte de la doctrina acentúe las críticas a la reforma y hable de “despidos preventivos”.⁴⁰ Con todo, la finalidad de un despido con un fin preventivo debe verse “con cautela” y matices, pues tiene que quedar claro que el precepto no se refiere a las causas, que siempre tienen que existir, sino a los efectos negativos que se quieren evitar.⁴¹ Desde luego, si con la adopción de la medida extintiva se evita que la empresa entre en crisis y se ponga en riesgo su viabilidad futura, aquélla parece plenamente justificada ante la concurrencia de las causas técnicas, organizativas o productivas de que se trate en cada caso.

Por cierto, también aquí —al igual que en las causas económicas— la Ley 35/2010 ha eliminado la referencia al carácter mínimo de la deducción de “la razonabilidad” de la decisión extintiva; al respecto, cabe reproducir lo ya dicho entonces. Otro tanto sucede con otros aspectos de la prueba (la crítica al término razonabilidad, los medios de prueba o el momento de la misma).

II. NOVEDADES FORMALES EN EL EXPEDIENTE DE CRISIS

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a diferencia del RD-Ley 10/2010, también introduce cambios significativos en el procedimiento formal del des-

⁴⁰ Martín Jiménez, R. y Alzaga Ruíz, I., *op. cit.*, p. 376.

⁴¹ Desdentado Bonete, A. y Puebla Pinilla, A. de la, *op. cit.*, p. 95.

pido colectivo. Como es sabido, en cuanto afecta a un número importante de trabajadores de la plantilla, este tipo de despido es uno de los más graves que puede realizar el empresario, por ello el legislador le obliga a seguir un riguroso procedimiento formal en el que debe participar una serie de órganos y entidades imparciales en orden a comprobar la certeza de las causas alegadas por el empresario y garantizar los derechos de los trabajadores afectados.

Dicho procedimiento formal, conocido como expediente de regulación de empleo o de crisis, previsto en el artículo 51 ET y normativa reglamentaria,⁴² es, ahora, objeto de diferentes modificaciones, que se comentan a continuación.

1. *Previsión para empresas que carezcan de representantes de los trabajadores*

Como novedad importante, *se prevén soluciones para el caso de que, en la empresa en la que se realice el expediente, los trabajadores no cuenten con órganos legales de representación (delegados de personal, comité de empresa o delegados sindicales)*. El legislador atribuye un papel fundamental a los citados representantes durante todo el expediente de crisis. Así, éste se inicia mediante una solicitud de autorización para extinguir los contratos dirigida a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con aquéllos.

Para que dicha apertura sea efectiva, el empresario debe enviar un escrito a los representantes en cuestión, acompañado de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de la medida extintiva que quiere adoptarse. Una copia de dicho escrito se hará llegar, junto con la solicitud de los despidos, a la autoridad laboral competente.

Como se aprecia, los representantes son los que tienen la función de defender los intereses de los trabajadores durante el periodo de consultas, por lo que su ausencia en la empresa supone un problema para los trabajadores afectados. Antes de la reforma, el artículo 4o. RD 43/1996, ya citado, preveía que, en tales casos, “los trabajadores podían intervenir en la tramitación del procedimiento”, debiendo, si su número era igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral

⁴² RD 43/1996, del 19 enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

realizaría “las sucesivas actuaciones”. Así, la designación de la comisión *ad hoc* era obligatoria si el centro tenía una plantilla mínimamente significativa (diez o más trabajadores); en caso contrario, los negociadores eran los propios trabajadores.

Ahora, el nuevo artículo 51.2 ET prevé que si los representantes legales no existen, los trabajadores puedan atribuir su representación —para mediar en la negociación de que se trata y concluir un posible acuerdo— a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET. Como indica la referencia a este precepto, una regla similar se establece para el supuesto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pero también —por analogía— para los traslados colectivos y los acuerdos de descuelgue salarial (artículos 40.2 y 82.3 ET). Así, la previsión del mencionado artículo 4o. RD citado, debe entenderse derogada.

Según este referido artículo 41.4 ET, fruto también de la reforma de 2010, en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a su elección, a una comisión —que podemos llamar interna— integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o a una comisión —que podemos llamar sindical— cuyos componentes sean designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, y “que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”.

En cualquiera de los casos, el número máximo de miembros es de tres; el mínimo no se fija, por lo que pueden ser dos o, incluso, uno. Aunque en este último caso no resulta muy apropiado hablar de comisión, en cuanto órgano unipersonal. Por su parte, cuando los miembros sean dos, también pueden producirse problemas de empate y bloqueo en la toma de decisiones, pues los acuerdos de la comisión requieren el voto favorable de la mayoría de sus miembros. Así, parece que el número ideal de miembros es el clásico de tres, con el que se garantiza el carácter colegiado de la comisión y se evitan problemas en la toma de los acuerdos.⁴³

⁴³ Como apunta I. García-Perrote Escartín (“Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, *La reforma*

Como se ve, la designación de tales comisiones no se prevé ya como una obligación para los trabajadores que sobrepasen un determinado número, sino sólo como una facultad (“podrán”), por lo que se está ante un ámbito de decisión libre. Son los propios interesados los que eligen la fórmula representativa que más les convenga. Otra diferencia es la del número máximo de miembros de la comisión que pueda designarse, que pasa de cinco a tres, con clara intención de hacerla más operativa y eficaz.

Con el fin de poder negociar en condiciones de máxima igualdad por ambos lados, o sea, dos órganos colectivos similares y con equivalentes poderes, el artículo 41.4 ET prevé que si la comisión que negocia es la sindical, el empresario pueda atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que esté integrado (sectorial o intersectorial), las cuales pueden tener el carácter de más representativas a nivel autonómico.

Siguiendo con las reglas del último precepto citado, la designación de los miembros de la comisión debe realizarse en un plazo de cinco días desde el inicio del periodo de la consulta, “sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo”. Queda claro que el legislador busca celeridad en la tramitación del procedimiento y, por lo tanto, de ahí, la brevedad del plazo que prevé para el nombramiento de los miembros de la comisión. Ninguna crítica al respecto. Ahora bien, cabe destacar dos cosas: una, la regla de que el cómputo del plazo de cinco días se haga desde el inicio del periodo de consultas encaja mal con la regulación del artículo 51 ET. Ciertamente, cuando se inicia el expediente de crisis, mediante la solicitud a la autoridad laboral competente, también debe abrirse, simultáneamente, la fase de consultas con los representantes, por lo que parece lógico que éstos sean designados antes de comenzar algún trámite. Además, en caso contrario, podrían restarse días a la duración efectiva del periodo de consultas: los que tarden en designarse los representantes.

La segunda idea a destacar es la de que la falta de designación de los miembros de la comisión no pueda suponer la paralización del periodo de consultas. Desde luego, con ello se quiere evitar que la desidia, incapacidad o falta de voluntad de los trabajadores a la hora de designar una comisión obstaculice el plan empresarial, en este caso, el procedimiento de despido colectivo. Evi-

del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, cit., p. 158), con la regulación anterior, que permitía una comisión de hasta cinco miembros, lo habitual era elegir tres, no dos o cuatro.

dentemente, de aceptar lo contrario, los trabajadores tendrían el control de la situación, pues les bastaría con no elegir la comisión para detener el referido procedimiento. Tal conclusión sería intolerable, máxime desde la normativa actual, que pretende flexibilizar —todo lo posible— aquél.

Así las cosas, de no existir comisión representativa de los trabajadores en dicho plazo, las consultas se celebran directamente con aquéllos, como sucedía antes de la reforma. En todo caso, no parece existir especial problema en aceptar una comisión designada transcurridos ya los cinco días, pero antes de que concluyan los quince o treinta fijados para las consultas. En tal supuesto, la negociación comenzaría con toda la plantilla de trabajadores y concluiría con sus representantes.

2. Otras novedades significativas

a) *El cambio de carácter —de mínimo a máximo— del periodo fijado para consultas.*

El anterior artículo 51.4 ET establecía que la consulta con los representantes tenía “una duración *no inferior* a treinta días naturales, o de quince en empresas de menos de cincuenta trabajadores”, con lo que los afectados por aquél entendieron que se trataba de un plazo mínimo, pero no máximo, para negociar. De hecho, con frecuencia, dicho plazo fue superado por las partes en busca del ansiado acuerdo y tal situación también fue consentida y aceptada por la administración laboral, que prefería agotar todas las posibilidades de que las partes llegasen a aquél.

Con la regulación actual, la duración de los plazos se mantiene, pero su carácter no, que pasa a configurarse como un máximo. Así, el legislador prevé que aquéllos tendrán una duración “no superior” a la ya indicada, por lo que, tras el transcurso de ésta sin acuerdo, el empresario queda legitimado para entender concluida la fase de consultas y trasladar a la administración la decisión sobre la procedencia o no del despido colectivo. Ahora bien, al margen del carácter del plazo y de su duración legal, cabe tener en cuenta que las partes, antes de abrir formalmente el expediente de regulación de empleo, ya pueden haber negociado los diferentes aspectos del despido, con lo que se puede llegar a la fase de consultas con los acuerdos alcanzados. En tales casos, las consultas duran mucho más que lo fijado legalmente.

De otro lado, el carácter de mínimo del plazo de consultas anterior a la reforma tenía una importante consecuencia: obligaba a las partes a mantenerlo abierto hasta su extinción, aunque fuese clara la imposibilidad de acuerdo. Por lo tanto, no cabía un cese anticipado por mutuo acuerdo ni, menos aún, por voluntad unilateral de una de las partes. Sin embargo, el carácter máximo del plazo de la nueva regulación legal sí permite la extinción de éste por voluntad conjunta de aquéllas antes de su vencimiento, ya exista o no acuerdo. Prevalece, pues, el deseo de las partes frente al plazo legal, en aras a agilizar la tramitación del expediente de regulación de empleo. Al fin y al cabo, si las propias partes manifiestan su voluntad de no consensuar y de someter aquél a la decisión de la autoridad laboral, no tiene sentido que se mantenga paralizado el trámite y no se pase a la siguiente fase.

Con todo, al igual que antes y con independencia del carácter del plazo, lo que no cabe es la ruptura del mismo por una de las partes cuando no hay previo acuerdo. Tal decisión podría considerarse vulneradora del deber de negociar —durante el periodo de consultas— de buena fe, con vistas a la consecución de aquél.⁴⁴

- b) *La reducción del plazo de que dispone la autoridad laboral para dictar resolución, cuando las partes han consensuado previamente.* Con la misma finalidad que la novedad anterior —la de agilizar el procedimiento de regulación de empleo al máximo—, el legislador reformador de 2010 introduce también ésta. Si las partes ya han llegado a acuerdo, el papel de la administración laboral se limita a dictar resolución, autorizando la extinción de los contratos, por lo que no tiene sentido poner a su disposición un plazo largo para ello. En este sentido, se entiende adecuado reducir el de quince a siete días naturales. Si no hay previo acuerdo, el plazo anterior se mantiene.

Es verdad que la citada administración tiene competencia para valorar la licitud del acuerdo alcanzado por las partes (existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de aquél), pero parece que, dada la brevedad del plazo, tal valoración será más bien superficial, pasando la responsabilidad, en este sentido, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a la entidad gestora de la prestación

⁴⁴ *Cfr.*, en igual sentido, Desdentado Bonete, A. y Puebla Pinilla, A. de la, *op. cit.*, p. 98.

por desempleo. Desde luego, el tenor literal del nuevo artículo 51.5 ET parece imperativo y no admitir posibilidad de prórroga, ni siquiera para poder efectuar tal control. Así, es significativo que el legislador prevea que “la autoridad laboral procederá a dictar resolución” en el citado plazo; que se dará traslado de tal resolución a las mencionadas Inspección y entidad gestora y que “si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo”.

- c) *Mayor atención en el establecimiento de medidas para los trabajadores afectados.* Como es sabido, durante el periodo de consultas, el empresario y los representantes de los trabajadores deben debatir no sólo sobre la existencia de las causas justificativas del expediente y el número de trabajadores afectados por el mismo, sino también sobre las medidas protectoras de éstos. Desde tal punto de vista, el nuevo artículo 51.4 ET da ejemplos concretos de aquéllas, estableciendo que pueden consistir en “medidas de recolocación, que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas, o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”.

La mención legal de algunas de las medidas que se pueden y deben ofrecer a los trabajadores despedidos por causas de la empresa refleja la preocupación del legislador por el futuro profesional de aquéllos. La idea es la de que su futuro no sea pasivo, en cuanto meros integrantes de la lista de parados, sino activo, en cuanto trabajadores de otras empresas. Lógicamente, tal reincorporación pasa, muchas veces, por la necesaria formación o reciclaje profesional previo. Cuáles sean las medidas de formación más aconsejables será cuestión a decidir en cada caso concreto y en atención a las circunstancias concurrentes, *u. gr.*, capacitación del trabajador, características del puesto futuro, sector con demanda de mano de obra y similares.

- d) *La posible sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje aplicable a la empresa.* Al igual que en los casos de la movilidad geográfica (artículo 40.2 ET) y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41.4 ET), en el del despido colectivo también se prevé la posibilidad de sustituir el periodo de consultas que el empresario celebra con los trabajadores o sus representantes por el procedi-

miento de mediación o arbitraje aplicable en la empresa (artículo 51.4, *in fine*, ET). Se pretende, así, potenciar el recurso a estas vías pacíficas y clásicas de solución de discrepancias.

En todo caso, tal decisión corresponde al empresario y a la representación de los trabajadores (y a éstos en defecto de aquélla). Por lo tanto, tal sustitución no es una imposición legal, sino una posibilidad que las partes tienen (“podrán acordar”) y que, posiblemente, utilizarán cuando al mediador o al árbitro —en cuanto tercero imparcial— le parezca la mejor solución para llegar a acuerdos en los procedimientos de negociación abiertos en la empresa.

De otro lado, el acuerdo de sustitución podrá adoptarse “en cualquier momento” —parece— del periodo de consultas, por lo que da a entender que, primero, las partes pueden intentar llegar a acuerdos entre ellas y, si aquéllos son imposibles, entonces se puede acordar el pase al procedimiento de solución extrajudicial de conflictos. Ahora bien, tal interpretación no encaja bien con la precisión legal de que este último procedimiento “deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado” para la fase de consultas, que se mantiene en los treinta o quince días, según la plantilla tenga más o menos de cincuenta trabajadores.

Ciertamente, cabría pensar en la posibilidad de que el acuerdo de sustitución se produzca en los últimos días del plazo, por lo que, en tal caso, sería imposible que el mediador o el árbitro (que primero debe ser designado) haga su trabajo dentro del mismo plazo. Como ha propuesto algún autor, lo lógico sería que, desde el momento en que se acordara el recurso al procedimiento extrajudicial, se abriera un nuevo plazo de igual duración para que éste pudiese desarrollarse con normalidad.⁴⁵ Con todo, tal interpretación también tiene sus contras, pues si el acuerdo se adoptara en los últimos días del plazo de consultas y se abriera otro nuevo para el mediador o árbitro, resultaría que, al final, ambos plazos sumarían uno o dos meses (según el caso). Dado que el legislador quiere reducir la duración del procedimiento, la solución es compleja. Quizá lo mejor hubiera sido limitar la posibilidad de acordar la sustitución a los primeros días del plazo de consultas, por ejemplo, a

⁴⁵ García-Perrote Escartín, I., *op. cit.*, p. 162, en relación con el plazo de quince días previsto para el caso de la movilidad geográfica.

los tres o cinco iniciales, para que, en su caso, el tercero imparcial tuviese un mínimo de tiempo para actuar con conocimiento de causa.

III. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones que cabe extraer de la nueva regulación analizada del despido por causas empresariales —individual o colectivo— son las siguientes:

- 1) El legislador sigue respetando el carácter causal y formal del despido por crisis, poniendo especial atención en el primer aspecto. En tal sentido, la flexibilización buscada con la reforma de 2010 se centra en las causas, a las cuales se las dota de contenido. La modificación del procedimiento es mínima, en cuanto sólo se introducen pequeños retoques, pero no se modifica su naturaleza ni configuración anterior.
- 2) El legislador acierta al utilizar criterios jurisprudenciales anteriores para definir las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se aporta concreción y claridad al dar ejemplos precisos de la “situación económica negativa”, y se definen, coherentemente, el resto de causas.
- 3) El legislador acoge una interpretación de las causas justificativas del despido, especialmente de la económica, muy flexible. Así, de los diversos criterios anteriores de los tribunales se valida el menos riguroso con la situación de la empresa, pues ya no es necesario que existan pérdidas actuales, siendo suficiente que simplemente se prevean o, incluso, que no existan. En tal caso, la situación negativa se manifiesta, únicamente, en una reducción de beneficios. Con todo, dicha reducción debe ser persistente y grave, pues en caso contrario no se justifica la medida extintiva, en cuanto la causa alegada no afectaría a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el empleo.
- 4) El legislador indica al empresario qué es lo que tiene que probar, que son varias cosas: los hechos alegados (resultados o causas) y que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva. Además, debe acreditarse que esta última es razonable en relación con determinados fines: preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado (causa económica) y contribuir a prevenir una evolución negativa de la

- empresa o a mejorar su situación, a través de una más adecuada organización de los recursos, que a su vez favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.
- 5) El legislador no acierta en la técnica legislativa utilizada al referirse a la carga probatoria del empresario. Se utilizan frases contradictorias, ambiguas y complejas para aludir a la justificación de la medida extintiva, sin que, finalmente, se tenga claridad y certeza en lo que hay que probar. Ello puede determinar que el despido sea cuestionado por los trabajadores afectados y que el debate se someta al criterio de los jueces. Sin la seguridad de ganar, el empresario puede verse inclinado a pactar una indemnización con el trabajador o arriesgarse a esperar una sentencia contraria que incluya el pago de salarios de tramitación. Todo ello puede provocar que, al igual que antes de la reforma, la opción extintiva preferida por los empresarios sea la del despido exprés. Tal opción —aparentemente la más cara— tiene la gran ventaja de la seguridad jurídica y de la certeza del coste económico del despido: cuarenta y cinco días sin salarios de trámite. Penoso que, tras la reforma, aquélla pueda seguir siendo —esperemos que no— la opción preferida por los empresarios a la hora de despedir, con independencia de las causas de tal decisión.
- 6) Desde el punto de vista de la forma, el legislador introduce tres grandes novedades en el expediente de regulación de empleo. Una de ellas es la prevista para las empresas que carezcan de representantes legales de los trabajadores. En tal caso, éstos pueden acordar atribuir su representación para negociar en la fase de consultas y llegar a acuerdos a una comisión, bien elegida por ellos mismos e integrada por compañeros de la empresa, bien elegida por los sindicatos más representativos del sector al que aquélla pertenezca y cuyos miembros estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora de un eventual convenio colectivo aplicable a la empresa. La designación de la citada comisión es potestativa y su ausencia no paraliza el periodo de consultas.
- 7) La segunda novedad formal del expediente de crisis está relacionada con el deseo del legislador de agilizar su tramitación. Así, el periodo fijado para la celebración de las consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores (quince o treinta días, según la plantilla), aunque es igual que antes de la reforma, cambia su carácter de mínimo

a máximo, con lo que formalmente no se puede superar. Además, para el caso de que las consultas concluyan en acuerdo, se reduce el plazo de que dispone la autoridad laboral para dictar resolución, que pasa de quince a siete días naturales.

- 8) La tercera novedad consiste en la posibilidad de sustituir el periodo de consultas entre el empresario y sus representantes (o la comisión designada) por el procedimiento de mediación o arbitraje aplicable a la empresa. Tal posibilidad busca potenciar el recurso a tales vías pacíficas de solución de conflictos y parece la vía preferida cuando, durante el periodo de consultas, no hay acuerdo. Con todo, la mencionada previsión legal no deja de suscitar dudas, como la relativa al periodo durante el que tiene que desarrollarse el procedimiento de mediación o arbitraje. La solución a tal cuestión puede depender del momento (día del periodo de quince o treinta días) en el que se decide la sustitución en cuestión, pues habrá casos en los que reste tiempo suficiente —dentro del plazo de consultas— para el desarrollo del referido procedimiento, y otros en los que no. 