

XXVI JORNADAS CATALANAS DE DERECHO DEL TRABAJO:
LOS DERECHOS LABORALES DESDE LA PERSPECTIVA DE
LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DE LA NORMATIVA
INTERNACIONAL

***Mesa Redonda: La acción de rescisión
de contratos como acción subsidiaria.
COMUNICACIÓN: Extensión y límites
del control judicial***

**María Luisa Segoviano Astaburuaga.
Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.**

XXXVI JORNADAS CATALANAS DE DERECHO SOCIAL

Mesa redonda:
La acción de rescisión de contratos como acción subsidiaria

Extensión y límites del control judicial

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA CUARTA

BARCELONA 20 DE FEBRERO DE 2015

I INTRODUCCIÓN

A partir de la aparición del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, seguido de la Ley 3/2012, de 6 de julio, se ha originado un intenso debate acerca de si la nueva regulación entraña una limitación del control judicial sobre las decisiones empresariales, especialmente en materia de despidos colectivos y de despidos objetivos regulados en el artículo 52 c) ET.

A este respecto hay que señalar que la definición de las causas económicas es mucho más breve que la que introdujo la regulación anterior, el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, mantenida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. En efecto, en dichas normas se establecía que la empresa había de acreditar los resultados alegados y justificar que, de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva, para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado, exigencias que no aparecen en la Ley 3/2012.

También es mucho más breve la definición actual de las causas técnicas, organizativas o de producción que la que aparecía en el Real Decreto-Ley 10/2010 de 16 de junio y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ya que en la redacción que presentaban se exigía que la empresa acreditara la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificara que de las causas alegadas se deducía 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.

En la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, ya se adelanta esta mutilación del precepto en los siguientes términos: “La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Mas allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo... tales incorporaban proyecciones de futuro de imposible prueba y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración

sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto los despidos por causas objetivas, artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”.

II.- POSICIONES DIVERGENTES

El alcance del control judicial de los despidos colectivos y la cuestión de si debe limitarse a un mero automatismo, a comprobar si concurren unos hechos: “las causas”, ha sido examinado por diversos autores.

Así Ignacio García Perrote señala que “una cosa es que el Juez o tribunal laboral no pueda ni deba sustituir al empresario y otra que el empresario, una vez probada la concurrencia de la causa, esté completamente eximido de tener que acreditar que la decisión extintiva es “una medida racional”: en sí misma y en sus dimensiones, para afrontar la causa alegada. El propio empresario estará interesado en acreditar que la decisión extintiva es una medida racional para ello, tanto en el período de consultas, para así convencer y conseguir un acuerdo, como en el caso de que su decisión final se impugne judicialmente, a fin de evitar la declaración de que la decisión extintiva es no ajustada a derecho o improcedente.

Aurelio Desdentado Bonete señala que “En realidad la conexión de funcionalidad estaba mal definida en la legislación anterior que en la primera versión se refería a la superación de la situación económica negativa y en la tercera a “preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa”. Ahora estas justificaciones finalistas han desaparecido y es bueno que sea así, porque las justificaciones prospectivas son difíciles de acreditar y estaban además mal definidas. La empresa podría temer que cerrar y en este caso ni se supera la situación negativa, ni se preserva su posición competitiva en el mercado. Pero esto no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, porque, como hemos visto, la situación económica negativa no puede operar en el vacío de forma abstracta: nueve meses consecutivos con una pérdida ridícula y se puede despedir a toda la plantilla. La situación económica tiene que tener efectos actuales sobre los contratos de trabajo y los despidos son la forma -también actual- de hacer frente a esos efectos sobre los contratos. No se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla de la empresa.

La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa. 2º) Establecer el efecto de esta situación sobre los contratos de

trabajo en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3º) mostrar la adecuación de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad

No creo que se hayan eliminados los pasos segundo y tercero. Lo que se ha querido eliminar no es la conexión de funcionalidad, sino su formulación en términos de objetivos futuros de “superación” de la situación negativa o de “preservar/favorecer” la posición competitiva de la empresa en el mercado. La justificación del despido ahora es actual, aunque siga siendo compleja. El despido es procedente si reacciona para corregir un desajuste en la plantilla provocado por una situación económica negativa...¿Qué tendrá que hacer el empresario? Probar unos hechos -los resultados de la empresa que determinan una situación negativa- y argumentar a partir de ellos en orden a poner de manifiesto las consecuencias sobre la reducción de la plantilla, de lo que se sigue que las medidas extintivas se justifican desde el momento que responden a esa necesidad de reducción”.

José María Goerlich Peset, entiende que “No obstante esta clara continuidad en la conceptualización de las causas, los criterios para el desarrollo del control externo, a partir de ahora únicamente judicial, han variado de forma sustancial. De un lado, aunque de forma limitada para la causa económica, se introduce una regla que objetiva la legitimidad de la decisión empresarial, y, por tanto, constriñe el control que pueda ser desarrollado por el juez o tribunal. En esta línea, el inciso final del segundo párrafo del artículo 51.1 ET establece un criterio cuantitativo para determinar cuando el descenso de ingresos ordinarios o ventas puede considerarse suficiente como para recurrir al despido económico: cuando se extienda a “tres trimestres consecutivos”. De otro lado, desaparecen del precepto los criterios legales respecto a las finalidades que debía perseguir la empresa a través de la reestructuración de plantilla. En la redacción anterior, no sólo era preciso acreditar la causa, sino también “justificar” que de ella se podía deducir de forma razonable que la decisión extintiva preservaría o reforzaría la situación de la empresa en el mercado. Se suprimen los dos incisos -uno contenido en el anterior artículo 51.1 II ET, referido a las causas económicas, otro en el anterior artículo 51.1 III ET con ligeras variantes textuales, relativo a las técnicas, organizativas o de producción- además, aunque en clara conexión con ello, la desaparición de la autorización administrativa, a la que luego me referiré, arrastra los criterios de control externo anteriormente existentes con la anterior redacción del artículo 51.6 ET, desaparece la idea de que aquellos incluían la concurrencia de la causa alegada por el empresario, y la razonabilidad de la medida.

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; y cuando es posible, objetivarlo de forma extrema como muestra la regla que impone considerar concurrente la causa después de tres trimestres consecutivos de disminución de ingresos o ventas. La Exposición de Motivos lo plantea con total claridad. Con este planteamiento la capacidad empresarial de elección de las medidas adecuadas para reestructurar su empresa resulta en línea de principio notablemente potenciador; sobre todo si tenemos en cuenta que esta misma restricción del control judicial a los hechos que actúan como causas se proyecta sobre las restantes medidas de reajuste organizativo”.

Ángel Blasco Pellicer, pone de relieve que “La nueva redacción de la norma está limitando y restringiendo, directamente, el control judicial, circunscribiéndolo a una simple valoración sobre la concurrencia de las causas. En la mecánica de la ley, su vertiente aplicativa queda circunscrita a la acreditación de las causas que se convierte en el único elemento objeto de comprobación judicial y, por tanto, en la exclusiva materia que constituye cuestión esencial en materia de prueba a cargo del empresario a los efectos previstos en los artículos 105.2, 108.1, 122.1 y 124.9 LRJS. Esta concepción del control judicial de la causa destierra definitivamente, si no lo estaba ya, cualquier tipo de comprobación judicial basada en juicios de oportunidad. Ya no pueden jugar criterios de valoración de la razonabilidad de la medida empresarial, ni de adecuación a fines 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 la decisión empresarial y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial.

Ahora bien, eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado,... la decisión empresarial queda sujeta, por un lado, como se desprende de los propios textos normativos, al respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación. Pero, por otro lado, juegan los límites genéricos de la buena fe contractual (entendida como actuación ajustada a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes) y, especialmente, los relativos al abuso de derecho y al fraude de ley”.

Coincido con las anteriores opiniones en que la nueva redacción del artículo 51.1 ET trata de limitar el control judicial sobre los despidos colectivos, actuando en dos sentidos; Por un lado suprime la intervención administrativa, con lo que desaparece el primer filtro de dichos despidos, ya que al no exigirse la autorización administrativa, el empresario puede

adoptar su decisión de despedir, sin necesidad de ser “autorizado” por la Administración. En segundo lugar, se debilita el control judicial sobre los despidos, recurriendo a una nueva definición de los mismos que adelgaza seriamente los requisitos exigidos para la concurrencia de las causas. En efecto, no solamente se acorta sensiblemente la definición de las causas económicas, sino que se suprime de la descripción elementos esenciales, que atañen a la justificación del despido y a su razonabilidad.

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

Como ya hemos señalado la nueva redacción del precepto no contiene referencia alguna a que la situación económica pueda afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Tampoco exige explícitamente que la empresa tenga que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva.

Sin embargo, tal “aligeramiento” del precepto no significa que el control judicial suponga una mera comprobación de la concurrencia de unos hechos: las causas alegadas por el empresario. El control ha de extenderse a comprobar la realidad de las causas alegadas, y su incidencia en los contratos de trabajo, es decir, la relación de causalidad existente entre la situación económica negativa alegada y los despidos acordados por el empresario. En efecto, en nuestro ordenamiento el despido es causal, lo que significa que requiere la existencia de una causa que justifique el mismo, pero no una causa que opera “per se” y aisladamente considerada -la situación económica negativa- sino en relación directa de causalidad, funcionalidad o instrumentalidad con la decisión extintiva que se adopta. El empresario tiene que probar que concurre la situación económica negativa aducida, que dicha situación provoca la necesidad de extinguir contratos de trabajo y que es además adecuada la medida de extinción acordada, que es proporcional la medida que se adopta con la situación económica negativa, teniendo en cuenta los resultados de la empresa. La razonabilidad, la racionalidad de la medida no pueden estar ausentes del control judicial. El propio legislador, en la Exposición de Motivos, al hablar del “despido exprés”, alude a que “no constituye un comportamiento económicamente racional -el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial-

despedir prescindiendo muchas veces de criterios... y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica”. Por lo tanto, si se espera un comportamiento “racional” del empresario, en el sentido de que va a acudir a un despido por causas económicas, técnicas... cuya justificación debería ser más habitual en una época, como la actual, de crisis económica, el control judicial ha de extenderse, no solo a la concurrencia de la causa económica, sino también a la “racionalidad” de dicha medida en relación con la causa alegada.

Por otra parte, la ley no ha desterrado de su texto toda “proyección de futuro” a la que alude la Exposición de Motivos, pues establece entre las causas económicas las “pérdidas previstas”, que diga lo que diga el legislador, pertenecen a la esfera de lo futurible.

Respecto al carácter causal del despido, no está de más recordar que el Convenio número 158 de la OIT, ratificado por España el 26 de abril de 1985, señala en su artículo 4: No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Por lo tanto exige una causa justificativa derivada de las necesidades de funcionamiento de la empresa, siendo esa causa la relación de instrumentalidad entre las necesidades de funcionamiento, derivadas de la situación económica negativa, y la medida extintiva que adopta la empresa.

III.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo, Sala Cuarta, ha venido pronunciándose, tras la entrada en vigor de la nueva regulación, acerca del alcance del control judicial sobre las decisiones del empresario, señaladamente en despidos colectivos y objetivos del artículo 52 c) ET, aunque también lo ha hecho respecto a otras cuestiones, como el control judicial de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

A.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

La STS de 27 de enero de 2014, casación 100/2013, resolviendo un recurso sobre modificación colectiva de condiciones de trabajo, se

pronuncia acerca del control judicial de la medida adoptada. La empresa, dedicada a la venta de prendas de vestir, venía abonando “comisiones” a todos los trabajadores desde la primera venta. A partir del 1 de septiembre de 2012 modifica el sistema de comisiones, cobrando comisiones los trabajadores únicamente si la tienda donde prestan servicios cumple los presupuestos señalados, que supone un 3% de superación respecto del ejercicio anterior en cada una de las tiendas del Grupo. En el periodo 2007 a 2011 las ventas del comercio minorista textil han caído en torno a un 30% y las del Grupo C...más del 16’91%..Se encontraban en pérdidas en la fecha de modificación sustancial de condiciones de trabajo 72 tiendas de las 864 del Grupo.

La sentencia razona en los siguientes términos: “3.- *Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; ... 24/09/12 - rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 - rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- 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» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».*

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 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.

Razonabilidad que 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, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de ... trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE (SSTC 28/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4 ; y 13/1998, de 22/Enero , FJ 3. STS 24/06/09 -rcud 1542/08 -).

4.- En el caso de que tratamos, la caída de ventas en torno al 30 % tanto para todo el sector minorista textil como para el grupo empresarial demandado, nos parece que innegablemente constituye -en abstracto- «causa» legal que puede justificar la modificación de condiciones consistente en fijar un suelo mínimo para percibir la comisión por ventas fijada extra convenio, en tanto que con tal medida se puede promover -qué duda cabe- el incremento de la productividad y de la competitividad, persiguiendo añadir a las ventas que son iniciativa del cliente aquellas otras que puedan resultar por sugerencia incentivada del propio vendedor. La cuestión radica entonces -en el presente caso-, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar -por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable [reproche que en concreto hace la parte recurrente], 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 que -como más arriba se ha indicado- no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea» de la modificación ni censurar su «oportunidad» en términos de

gestión empresarial, pero tampoco podemos hacer dejación de nuestro obligado deber de enjuiciar la racional «adecuación» de la SMCT, y aunque no dejemos de apreciar -en el caso de autos- que se trata de una decisión innegablemente drástica e incuestionablemente penosa para los trabajadores [afecta a la más importante condición de trabajo y que constituye razón de ser del mismo], lo cierto es que la recurrente se limita -en su poco extenso recurso- a afirmar que se trata de un objetivo inalcanzable, desproporcionado e irracional, pero sin tan siquiera añadir argumentación o remisión a prueba acreditativa algunas, que propiciasen convencer a esta Sala de que sus categóricas afirmaciones se ajustaban a la realidad. Muy al contrario, en su impugnación, la empresa hace observaciones significativas en orden a la confirmación de la sentencia de instancia y en contra del planteamiento recurrente, como que ya el primer mes posterior a la MSCT el 31,8% de las tiendas habían alcanzado el nuevo suelo de ventas para devengar comisión [en este sentido, los documentos 29 y 30 de su ramo de prueba; descripciones 64 y 65 en el CD de digitalización de los autos]; que ese mínimo para el devengo tiene la contrapartida - alcanzado el suelo de ventas fijado- del incremento de los porcentajes de comisión, como se expresa en la comunicación individual y colectiva de la MSCT [así, la descripción 51 del indicado CD]; y que la prolongación del un nivel de ventas inferior al de 2007 [ahora con 40.000 m² más de superficie comercial] «haría irreversible la necesidad de cierre de todas las tiendas que no son rentables por sí mismas, con la pérdida de empleos que ello supone»; precisamente en los términos que sostiene el Ministerio Fiscal en su razonado informe”.

B.- Despidos colectivos

a).-La STS de 19 de marzo de 2014, casación 226/2013, resolvió el recurso presentado por la empresa G contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla –La Mancha que había declarado la nulidad del acuerdo alcanzado en periodo de consultas entre la empresa y el sindicato UGT, en virtud de demanda formulada por CCOO impugnando el citado acuerdo.

Dicho acuerdo, entre otros extremos, disponía que los trabajadores extinguirán su contrato a tiempo completo, como medida transaccional para el empleo, accediendo a un contrato de trabajo de carácter fijo discontinuo, con efectos de inicio de 11 de marzo de 2013, firmándose un preacuerdo de incorporación en el mismo día que se comunique la extinción del contrato, teniendo garantizada la percepción de las prestaciones por desempleo íntegras. Si la entidad gestora de las prestaciones por desempleo las

denegara, la empresa optará entre el abono de dichas prestaciones o el abono del salario y cotizaciones correspondientes a dicho periodo y los trabajadores se mantendrán a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria si así se lo ordenara. A 1 de enero de 2016 la empresa ofertará a los trabajadores una nueva novación contractual para retornar a la situación de trabajador indefinido a tiempo completo, en cuyo momento el trabajador podrá optar entre aceptar dicha propuesta o mantener su situación de trabajador fijo discontinuo. La sentencia estimó el recurso interpuesto por la empresa G y desestimó la demanda, con lo que el acuerdo, en su día alcanzado, se considera ajustado a derecho.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: *“Lo acordado, según lo refiere el hecho decimocuarto del relato de la sentencia recurrida, es que se extingue el contrato a tiempo completo con tres posibles soluciones, según los casos: acceso directo a un sistema específico de jubilación, recolocación diferida a empleo estable y baja indemnizada, de manera que la novación mencionada se referiría sólo a la segunda posibilidad. En este punto, la Sala comparte la tesis del M^o Fiscal de que tanto del RD 801/2011 en su art 9 como del RD 1483/2012 en su art 8 se infiere que la finalidad del ERE es evitar o reducir los efectos del expediente de regulación de empleo con medidas tales como recolocación interna, entre otras, y que si la pretensión inicial era extinguir definitivamente y luego derivó, tras las consultas y negociaciones, en una novación no extintiva y temporal de los contratos de trabajo en los términos del art 47 del ET , ya de antemano, no cabría la indemnización referida y en ello, en todo caso, no puede verse fraude normativo porque no hay constancia suficiente de que se haya perseguido el fin o resultado que la norma reguladora califica, como se ha dicho, de prohibido por el ordenamiento jurídico, sino que cuanto aparece acordado ha de contemplarse en el marco o contexto de esas negociaciones que culminan con el cierre de unas medidas que pretenden asegurar un resultado de cobertura económica y social en donde el impacto de la medida sea lo menor posible para los afectados, lo que implica siempre un juego de alternativas que individualmente consideradas pueden arrojar alguna deficiencia pero que han de ser valoradas en su conjunto como solución global del problema y adecuada a los grupos previamente establecidos de dichos trabajadores como mejor fórmula de acercamiento de dichas medidas a cada individuo en particular sin perder de vista por ello esa globalidad en la solución”.*

b).-En la STS de Pleno, de 26 de marzo de 2014, casación 158/2013, la Sala se ha pronunciado acerca del despido colectivo de un grupo de empresas TM, con una plantilla de 1161 trabajadores, que proceden a

despedir a 925 trabajadores, alegando insuficiencia presupuestaria, es decir causa económica, aunque en realidad proceden a la elaboración de un nuevo modelo empresarial, que comportaba la externalización de servicios. Respecto a esta cuestión la sentencia se expresa en los siguientes términos: *“Sobre la oportunidad de tal externalización, respecto a la que consta que forma parte de un “nuevo modelo” empresarial que en su caso podría estar amparado en causas organizativas, la Sala no debe pronunciarse, pues la causa alegada, como queda dicho, es la insuficiencia presupuestaria, causa de naturaleza económica –no organizativa-, por ello expresando el parecer de la mayoría de la Sala, la conducta empresarial no puede calificarse en fraude de ley que daría lugar a la nulidad del despido colectivo, ni tampoco puede afirmarse que haya existido ausencia de buena fe en la negociación. Tal conducta sin alcanzar aquel grado superior, aceptando el iter fáctico que se constata en el relato de hechos probados de instancia, ha de calificarse desleal, aceptando la calificación de la sentencia recurrida”*.

Respecto a la concurrencia de la causa económica la Sala señala lo siguiente: *“Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, 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 acordada.*

Como señala la sentencia recurrida, una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de 925 trabajadores de una plantilla total de 1161.

Tal medida ha de estimarse desproporcionada en todo caso.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida dentro de los términos expuestos.

Con ello llegamos a la conclusión de que no es suficiente para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, por lo que se ha podido constatar que una reducción presupuestaria, como la acreditada, entre un 5% a 10%, no puede en modo alguno justificar la idoneidad de la medida

extintiva. Procede por ello declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por las demandadas al no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva”.

c).-La STS, adoptada en Pleno, el 17 de julio de 2014, casación 32/2014, examina el supuesto en que una empresa, perteneciente a un grupo de empresas, procede a un despido colectivo, que afecta a 26 trabajadores, por causas económicas y productivas, debido a un descenso en las ventas, en la carga de trabajo y en la facturación. La sentencia contiene el siguiente razonamiento: **“QUINTO.- 1.- El control judicial de la decisión empresarial conforme al Preámbulo de la Ley 3/2012.- Tal como adelantamos, el tercer motivo del recurso -con denuncia de interpretación errónea del art. 51.1 ET - se destina a sostener que no han concurrido las causas productivas que justificasen la extinción de 26 contratos de trabajo, por defecto de «razonabilidad», entendiéndolo como presupuesto previo que «el control judicial ha de versar también sobre la razonable adecuación entre las vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario».**

Con ello, el Sindicato «ELA» plantea frontalmente el arduo problema del control judicial en los despidos colectivos, que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 parece limitar -al menos formalmente- de manera taxativa, al decir con rotundidad que los precedentes normativos «incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas».

2.- Algunas consideraciones sobre el alcance -debido- del control judicial sobre la medida adoptada.- Pero a pesar de esta contundencia, la Sala considera que no son admisibles ni el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo 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:

a).- *En efecto, el derecho al trabajo [art. 35] en su dimensión individual se concreta -aparte del derecho de obtención de puesto de trabajo en igualdad de condiciones- en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa» (SSTC 22/1981 , de 2/Julio, FJ 8; 125/1994, de 25/Abril, FJ 3 ; y 192/2003, de 27/Octubre , FJ 4), porque «tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rijan 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 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho» (STC 192/2003, de 27/Octubre , FJ 4). Cita a la que añadir -a ella se refiere obviamente la doctrina constitucional citada- los arts. 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 [art. 96.1 CE]; e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos -el derecho al trabajo, en el caso- (SSTC 36/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3 ; 110/2007, de 10/Mayo, FJ 2 ; 247/2007, de 12 de diciembre, F. 20 ; y 62/2010, de 9/Junio , FJ 1).*

Normativa de rango máximo que por fuerza hemos de tener en cuenta en la materia que tratamos [ámbito del control judicial de la decisión extintiva o modificativa], porque no hay que olvidar que la interpretación de las normas ha de ser acorde a la Constitución, a virtud del art. 5.1 LOPJ , lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» (SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2 ; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3 ; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2 ; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4 ; y 192/2003, de 27/Octubre . Y SSTS 10/12/02 -rec. 1492/02 -; SG 22/12/08 -rcud 3460/06 -; SG 22/12/08 -rcud 856/07 -; 10/11/09 -rcud 2514/08 -; y 10/12/12 -rcud 4389/11 -). Y en concreto, nos 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 alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE], resultando más

acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los «juicios de oportunidad» que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido -como insistiremos- en forma ajustada a los principios generales del Derecho.

b).- Porque -ya en otro orden de consideraciones normativas- a la misma conclusión hemos de llegar por la directa vía de aplicar los citados 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» [art. 7.1 CC], cuanto el que prohíbe el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» [art. 7.2].

Y al efecto no cabe olvidar que la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC , precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga [derecho; facultad], hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE, en cuyo ejercicio se someten -como afirma el máximo intérprete de la Constitución- al control de actuación acomodada a la buena fe; de manera que a la hora de determinar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho -incluso fundamental, repetimos-, es la buena fe a la que hay que atender para determinar el ámbito de actuación permitido. En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe «es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para» los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como «condicionamiento» o «límite adicional» (así, para la libertad de expresión, las SSTC 120/1983, de 15/Diciembre ; 88/1985, de 19/Julio ; 6/1988, de 21/Enero, FJ 8 ; 106/1996, de 12/Junio ; 1/1998, de 12/Enero ; 90/1999, de 26/Mayo ; 20/2002, de 28/Enero ; 151/2004, de 20/Septiembre , FJ 7. Para el derecho a información veraz, la de 241/1999, de 20/Diciembre; y para el derecho de libertad sindical, la STC 198/2004, de 15/Noviembre , FJ 7). De manera que -ello es una consecuencia obvia- con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho -como el del empresario a 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.

3.- Criterio de la Sala en orden al control judicial procedente.- *Los preceptos anteriormente citados -de orden constitucional, internacional y común- son insuperable obstáculo para limitar el control judicial a la exclusiva apreciación de la concurrencia de la causa como simple dato fáctico justificativo de la medida extintiva [o modificativa, en su caso], prescindiendo de la entidad -cualquiera que ésta fuese- de la reacción adoptada por el empresario para corregir la crisis padecida, sino que muy contrariamente 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 la EM de la citada Ley 3/2012, y que a la par supone -nos parece incuestionable- un claro apoyo para la hermenéutica del art. 51.1 ET que anteriormente hemos justificado y acto continuo desarrollaremos, en forma -entendemos- plenamente ajustada a nuestro sistema jurídico constitucional y ordinario.*

El citado juicio de «razonabilidad» tendría 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 (así, SSTS 27/01/14 -rco 100/13-, FJ 4 ; y SG 26/03/14 -rco 158/13 - FJ 10), 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.

SEXTO.- La razonabilidad -en principio- de la decisión extintiva acordada en el caso.- Llegados a este punto, se ha de señalar que el Sindicato «ELA» rechaza que se ajusten a Derecho las 26 extinciones contractuales decididas, con la afirmación de que «no se desprende razonablemente que la medida propuesta por la empresa sea necesaria», lo que sustenta en plural argumento: a) «las causas productivas no pueden basarse en meras previsiones, deben responder a hechos reales y objetivables a la fecha de inicio del periodo de consultas»; b) la empresa debería haber justificado el ajuste de plantilla «en razón a la bajada de producción constatada a la fecha de apertura del periodo de consultas»; c) la documental «no acreditó que la plantilla estuviera sobredimensionada en el primer cuatrimestre de 2013, ya que no se estableció una relación entre carga de trabajo, capacidad productiva y número de operarios precisos»; y d) «hubiera sido necesario comparar la plantilla existente en el primer cuatrimestre del 2012 con la existente en el primer cuatrimestre de 2013».

El sustrato fáctico que apoya tal planteamiento es que -conforme a revisión propuesta y aceptada- en el primer trimestre de 2012, la plantilla de la empresa «Sic Lázaro, SL» osciló entre los 121 [Enero] y 112 [Marzo] trabajadores, en tanto que en el mismo periodo de 2013 fluctuó entre 104 [Enero] y 98 [Marzo]. Datos éstos con los que la recurrente pretende enervar -como causa extintiva- las afirmaciones del ordinal decimoquinto, respecto de que la facturación en kilogramos en el mismo periodo de tiempo cayó un 33,05 % [la facturación en euros nada sustancial expresa, por ir referida al porcentaje por secciones -grúas, hormigón y oxicorte- y no a su concreto importe]. Expresado aritméticamente, desde Marzo/2012 a Marzo/2013, en tanto que la facturación habría sufrido un descenso del citado 33,05 %, la plantilla había tenido una minoración del 12,5 %. O lo que es igual el desfase de la merma producción/personal era porcentualmente todavía del 20,55%, por lo que un despido colectivo del 28,26 % de la plantilla restante es algo que podrá cuestionarse desde el punto de vista de la exacta y deseable «idoneidad» o de la «oportunidad» en la gestión empresarial [algo ajeno a la misión que corresponde a los Tribunales], pero en principio no puede pretenderse que sea patentemente desproporcionado y que por ello resulte contrario a la buena fe, constituya un ejercicio abusivo del derecho o integre ejercicio antisocial del mismo, que son las causas por las que

pudiéramos excluir la obligada «adecuada racionalidad» de la medida.

De esta forma, en el supuesto objeto de debate se cumplen las tres facetas o escalones del juicio de «razonabilidad» de la medida extintiva adoptada por el empresario: 1^a) consta acreditada la «existencia» de la causa legalmente justificativa de la medida empresarial, cual es el persistente y significado descenso en la facturación; 2^a) es innegable la «adecuación» de la medida adoptada, pues la reducción de plantilla se presenta como reacción natural frente a un irremediable descenso en la demanda; y 3^a) la concreta medida adoptada también ofrece «racionalidad» en sus dimensiones [excluimos todo juicio de «oportunidad» y/o «idoneidad»], estando ausente atisbo alguno de ser contraria a la buena fe o abusiva, así como tampoco hay motivo para considerar -ni se pretende por la parte- que hubiese supuesto un ejercicio antisocial del derecho.

SÉPTIMO.- 1.- El argumento de la concreta inalegabilidad de la causa productiva.- *El cuarto y último motivo del recurso va dirigido -como hemos dicho- a dejar constancia de una doble infracción del art. 51 ET . De un lado, porque la causa productiva es meramente coyuntural y no estructural, de manera -se argumenta- que únicamente justificaría la suspensión de los contratos de trabajo y no su extinción; y de otro, que «durante la aplicación de un expediente colectivo de suspensión de contratos no se podría aplicar un ERE extintivo a los mismos trabajadores afectados por la suspensión, siempre y cuando ambos expedientes estuvieren motivados por las mismas causas». Trataremos separadamente los argumentos.*

2.- La coyunturabilidad/estructuralidad como apreciación empresarial.- *El art. 51 ET -bajo el título «despido colectivo»- dispone que «[s]en entiende que concurren ... causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado»; pero es que idéntica redacción también la ofrece el art. 47.1 ET , aunque refiriéndola como posible causa de la suspensión del contrato o reducción de la jornada.*

A la vista de ello, de la identidad formal de conceptos, todo invita a sostener que mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en

las coyunturales, en todo caso resulta claro 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 tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de «oportunidad» que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. 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”.

d). La STS, adoptada en Pleno, de 23 de septiembre de 2014, casación 231/2013, examinó el supuesto del despido de 77 trabajadores de la Agencia P L E, habiéndose producido sucesión de empresa entre la citada Agencia y la Comunidad de Madrid-Consejería de Sanidad, si bien por la Ley 4/2012 se ha excluido que la CAM se subrogue en los contratos temporales. La sentencia entendió que el despido no es ajustado a derecho porque la entidad de los problemas económicos no justifica un despido tan masivo como el realizado. Razona lo siguiente: “**D)** *En la sentencia de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), también dictada por el Pleno de esta Sala, resolviendo la impugnación del recurso en el despido colectivo de "Telemadrid" hemos sentado doctrina que ahora reiteramos y debemos aplicar. Conforme a la misma la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta. La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2º) Establecer 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 3º) Examinar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad. Ampliemos lo expuesto en tal ocasión.*

1º) El primer requisito, la situación económica de pérdidas del EPRTM ha resultado probada, tanto desde la posición de la empresa, como desde la posición de los demandantes. Ahora bien, entendemos que esto no es equivalente a situación económica negativa, y que con "la causa extintiva" que la empresa alega, se pretende conseguir un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización, y así aprovechando la reducción presupuestaria, impuesta por la Ley, lo que se está articulando es una reestructuración contable.

Efectivamente, como textualmente señala la sentencia recurrida,

"aquí lo que sucede es, que, como para el año 2013 la empresa recibe una dotación presupuestaria inferior, la respuesta que se arbitra, que cómo decisión empresarial, sería factible y en ello no entramos, se decide hacer una revisión general de toda la contabilidad y cambiar el sistema de producción, pero esto, que cómo decimos, se puede aceptar como planteamiento estratégico y decisión empresarial, no constituye una causa de extinción de despido colectivo para así eludir las consecuencias legales que de dicha decisión se derivan".

2º) El segundo requisito, el efecto provocado sobre los contratos de trabajo, ha resultado más controvertido, y a las repercusiones que unos y otros han expuesto sobre los mismos nos remitimos.

3º) Es, en la concurrencia del tercer requisito, donde no se ha podido llegar a probar por la empresa y alcanzar la convicción de que las medidas extintivas adoptadas responden plenamente a la necesidad que invocan. La justificación del despido, solo sería procedente si reacciona para corregir un desajuste en la plantilla provocado por una situación económica negativa, emitiendo el órgano judicial no sólo un juicio de legalidad, sino también de razonable adecuación entre la causa alegada y la medida acordada.

No compete a la Sala efectuar un juicio de "oportunidad" sobre cuál sea la medida que se debió adoptar, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Pero, no basta para demostrar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, como se constata de una reducción presupuestaria, entre un 5% a 10%, que en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva, pues no es ni plausible, ni razonable, ni proporcional.

Desde esta premisa llega a la conclusión de que el acudimiento al despido masivo no está justificado porque la causa no está bien ponderada y el resultado no es razonable a la causa económica alegada.

E) Tanto en la sentencia recién citada cuanto en otras como las de 27-01-2014 (rec. 100/2013) -aunque referida a modificación colectiva de condiciones de trabajo-, se señala que tras la Reforma laboral de 2012, iniciada con el RD.Ley 3/2012, a los Tribunales corresponde 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: "Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple

gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; 24/09/12 - rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 -rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- 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» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

*Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 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.*

Razonabilidad que 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, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad] ...

F) Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, 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 razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar 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 acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.

G) Todo lo anterior es perfectamente trasladable a este supuesto, pues la sentencia recurrida prescindió de realizar el análisis de adecuada proporción en los términos expuestos, como ella misma indica, por entender que ya no era posible.

Con ello llegamos a la conclusión de que no es suficiente para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción de la subvención percibida y unos resultados económicos deficitarios, sino que ha de aquilatarse su entidad y ponerla en proporción con la del despido colectivo instrumentado.

Las mismas razones metodológicas (criterio de coetaneidad) que llevan a descartar la nulidad por no haber intervenido la Comunidad de Madrid en la negociación del convenio, conducen a considerar el problema económico esgrimido para el despido con los datos del momento en que se ha iniciado el procedimiento para implementarlo. Y esos datos en modo alguno arrojan una disminución de ingresos con parangón en la drástica reducción de plantilla.

La existencia de la situación económica negativa, al margen de los problemas aplicativos derivados de los cambios en los criterios contables, no alcanza entidad suficiente como para justificar un despido de la magnitud del enjuiciado. Este Tribunal carece del poder arbitral que podría haber autorizado o impuesto un número concorde de extinciones o medidas alternativas; solo nos compete examinar el despido que existe, no elucubrar o recomendar. Tampoco estamos ante un despido articulado mediante la salida de sucesivas cohortes de empleados, que los aglutine por centros de trabajo, ocupaciones o fases cronológicas y que pudiera, en

hipótesis, parcelar la apreciación sobre la entidad de la causa y su afectación sobre el empleo.

Por tanto, siendo innegables los problemas económicos de la Agencia, pensar en la activación de otras eventuales causas de extinción o el recurso a un despido colectivo tras haberse producido la subrogación son hipótesis que escapan a nuestra jurisdicción”.

IV.-CONCLUSIONES

El control judicial se extiende a:

- Comprobar si las causas alegadas son reales, es decir, si existen efectivamente
- Si tienen entidad suficiente para justificar la decisión extintiva.
- Si la medida es razonable en términos de la existencia de una adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Los órganos jurisdiccionales no sólo emiten 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 acordada.

No corresponde a los Tribunales:

- Fijar la medida «idónea»,
- Censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.