

EL CONCEPTO DE CAUSA ECONÓMICA «DINÁMICA» O «IN FIERI»: ¿«JUICIO DE PROPORCIONALIDAD» O DE «OPORTUNIDAD PRO EMPRESARIO»?

**Diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala 4.ª, de 25 de febrero de 2015, rec. núm. 74/2014**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Jaén

«En una actividad verdaderamente "creadora", es decir, portadora de nuevo derecho, solo se han colocado los juristas de tipo profético. Por lo demás, ... aun los efectivamente creadores se consideran subjetivamente como portavoces de las normas en vigor..., es decir, como intérpretes y aplicadores, no como "creadores"... No es seguro que en países de derecho codificado se pueda convertir a un juez burócrata en profeta jurídico con solo ceñirle la corona del "creador". De todos modos, la precisión jurídica del trabajo es rebajada cuando... se hacen intervenir en los considerandos de las sentencias consideraciones sociológicas... o económicas».

M. Weber. *La sociología del Derecho.*

1. MARCO LEGAL: UNA VOLUNTAD LEGAL IGNORADA SIN AMBAGES POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Superado el «juicio de licitud formal» se precisa, en virtud del derecho al trabajo, un «juicio de legitimidad causal» del despido colectivo. Ahora bien, ese juicio puede desplegarse en un plano fáctico –constatación de la concurrencia del motivo empresarial subsumible en el tipo normativo– y/o bien en otro valorativo o de fondo. La técnica jurídica usada desde antaño por el legislador, previa a la reforma laboral de 2012, ha gustado de incluir elementos finalistas en el juicio de causalidad, con vistas no solo a asegurar la gravedad –clásica teoría de la graduación– de la situación que está en la base de la decisión extintiva sino también a propiciar la adecuación de la medida re-organizativa a la finalidad socio-económica que la ley tutela. Amén de la confusión entre la «causa» y el «fin» que se introducía, de modo que este formaría parte de aquella,

se rodeaba el análisis jurídico de aspectos de carácter socio-económico (extra-jurídico o meta-jurídico) que dificultan, a cualquier jurista, la aplicación de la norma.

Como se deslizó en el diálogo con la jurisprudencia comunitaria más reciente, la Ley europea inspiradora de la Ley nacional se despreocupó en gran medida de esta cuestión, de ahí que eligiera un concepto jurídico, si bien indeterminado o abierto —«motivos no inherentes a la persona del trabajador», que el TJUE ha identificado con toda causa en la que no concurra el consentimiento del trabajador—. Tampoco el legislador social internacional —art. 4 Convenio n.º 158/1982 OIT— fue muy preciso al respecto, estableciendo solo un mandato de protección, sin más adorno finalista ajeno a la estricta fijación de una cláusula general para la justificación de todo tipo de despidos: *«No se pondrá término a la relación... 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»*.

Cerrada ya prácticamente la Legislatura de la reforma laboral de 2012, sabemos con certeza que la voluntad del Gobierno era quebrar con esa tradición legislativa española, y, sobre todo, con la práctica precedente al respecto. Así, frente al «derecho de los precedentes», que incorporaban *«... proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizaran... 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»*. Cuánta ingenuidad legislativa y falacia voluntarista.

Y es que tan «cierta» como esa voluntad liberadora de juicios finalistas, de prolijo, si no imposible deslinde entre «razonabilidad» y «oportunidad», va a ser la posición de resistencia del Tribunal Supremo a esa pretensión de cambio. La doctrina del caso *Sic Lázaro y Grupo Corlago* (STS de 17 de julio de 2014, rec. núm. 32/2014) es contundente. Sin «anestesia» alguna, la Sala considera «inadmisible» *«el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo»* y *«la discrecionalidad absoluta que —en consecuencia— correspondería al empresario cuando mediase la causa legalmente descrita»*. Por tanto, por auténtico imperativo jurídico superior, el Tribunal Supremo le dice al legislador *«que por fuerza (superior) ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la "causa" como hecho, no solo por... los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos...»* — STS, Sala 4.ª, 17 de julio de 2014, FJ quinto, punto 2—. Este modelo de control judicial asentado en un plus de valoración ha sido validado por la STCO 8/2015, de 22 de enero, poco sospechosa de rebelde al legislador.

Ahora bien, un análisis detenido de la doctrina judicial y de la jurisprudencia evidencia que sería tanto o más ingenua que la del legislador la creencia de que con la doctrina general ya están resueltos todos los problemas. La sentencia analizada lo evidencia.

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

La empresa Videoreport Canarias, concesionaria de servicios a la Televisión de Canarias, se constituyó en 1991 y se dedica a la producción audiovisual y servicios auxiliares, difusión por cable o por ondas de señales de TV y prestación de servicio de agencia de noticias. Desde junio de 2008, tras la celebración de un concurso público, logra la adjudicación, por ocho años, de la prestación de servicios a la televisión pública canaria (TVPC) para producir programas de contenido informativo y digitalización de archivos informativos.

A consecuencia de las medidas de estabilidad presupuestaria y necesidad de reducir el déficit público, incluidas en el programa de viabilidad 2012-2014 para la TVPC –Orden de 15 de mayo de 2012 de la Consejería de Economía–, se exigió renegociar el contrato con la empresa para reducir costes en un 20% sobre el presupuesto aprobado. Como consecuencia de esta «decisión político-económica», la TVPC comunicó a Videoreport que debía reducir su precio un 20% con efectos a 1 de octubre. A fin de asumir esa reducción, la empresa ensayó una vía de flexibilidad interna negociada, promoviendo un acuerdo con la representación laboral para reducir los salarios en un porcentaje suficiente para asumir el nuevo precio del servicio. La representación aceptó la necesidad de una rebaja pero no logró un acuerdo en torno a cuál debía ser el porcentaje de reducción salarial adecuado, por lo que no hubo pacto. Fallida esta vía se acudió al procedimiento de regulación extintiva de empleo –hecho probado octavo–.

En la memoria se alegaban causas productivas, «reducción de la dotación económica que recibe de la TVPC y la consiguiente reducción de programas», y económicas, concretadas en «reducción de ingresos en el último trimestre de 2011 y los dos primeros de 2012». Los resultados de la empresa, antes de impuestos, fueron positivos en 2009-primer semestre 2012. La memoria explicativa, acompañada de informe pericial, planteaba diversos escenarios para abordar la reducción económica que se le impone, concluyendo que tanto en el supuesto de que no adopten medidas de reducción de costes (escenarios 1 y 2) como en el caso de reducción de costes en paralelo a la reducción de ingresos incurriría en pérdidas (escenario 3), salvo en el escenario 4. Las ventas de Videoreport a la TVPC representaban el 98% del total.

Iniciado el periodo de consultas, mantienen diversas reuniones, contrastando ofertas de la empresa y contraofertas. A resultados de lo cual la empresa asumía una reducción del número de trabajadores afectados por el despido –pasaría, en ciertas condiciones, de 44 a 26–, lo que provocó la toma en consideración por parte de los trabajadores que, en todo caso, insistían en la petición de documentación añadida, en especial el Acuerdo entre la TVPC y Videoreport. Finalmente, y pese a haberse acercado las dos posturas en el tema de la rebaja salarial –desde una distancia inicial entre el 3 y el 12,5%, se llegó a una diferencia mínima de un punto escaso–, el periodo se cierra sin acuerdo el 10 de septiembre, procediendo la empresa a realizar 44 despidos del total de 266 trabajadores.

Finalizado el periodo de consultas, y presentada la demanda, tuvo lugar la suscripción del acuerdo novatorio del contrato de prestación de servicios por la TVPC y Videoreport. En él se

concretaron las nuevas cláusulas para el desenvolvimiento de la prestación de servicios de la empresa a la televisión canaria y cómo deben incidir en términos de necesidades de personal. En el contrato se pacta la prórroga de la duración del contrato hasta el 30 de junio de 2018.

Impugnado el despido, tanto por razones de vicios de procedimiento como de falta de causa, el [Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas dictó la Sentencia de 10 de julio de 2013 \(rec. núm. 24/2012\)](#), considerando no ajustado a derecho el despido colectivo, rechazando, eso sí, las pretensiones sindicales de nulidad. Contra esa sentencia, se presentarán sendos recursos de casación.

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: PRINCIPALES RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El Tribunal Supremo confirma la doctrina de suplicación en relación con la inexistencia de vicios de forma con suficiente trascendencia para declarar la nulidad, ahondando la comprensión no rigorista o no formalista de las garantías del procedimiento consultivo-negociador, que se concreta, como vimos en el diálogo anterior, incluso en actitudes condescendientes con la empresa –remite a las [SSTS de 27 de mayo de 2013, rec. núm. 78/2012 y 19 de noviembre de 2013, rec. núm. 78/2013](#)–. Por eso, nos centramos en el alcance del control judicial de la causa, que es donde presenta una novedad reseñable, pues coincidiendo plenamente con el planteamiento teórico general de la Sala de Suplicación, favorable a integrar un juicio de razonabilidad de la decisión, no ya solo de verificación de la concurrencia fáctica de la causa, alcanza un resultado práctico opuesto. Así, la Sala de Suplicación canaria entendió antijurídico el despido por no quedar probado el nexo de razonabilidad entre lo pretendido –cierto número de extinciones– y la causa determinante –una circunstancia económica y productiva–. La Sala de Casación, en cambio, lo considera bien probado, pese a que los hechos valorados son exactamente los mismos. En suma, la diversidad de criterio reside en el «juicio de valor» de una y de otra salas.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias concretó la causa, configurada como mixta, económico-productiva, en la reducción del precio que pagaba, como contrapartida a los concretos servicios a prestar, la Televisión de Canarias a Videoreport, con la disminución de ingresos en varios trimestres. De ahí la reducción de servicios paralela a la pérdida de ingresos, a lo que habría que sumar las tensiones de tesorería previstas –vencimiento de dos préstamos por importe de 5 millones– que, en las proyecciones de la empresa, la haría inviable en el año 2014. Ahora bien, dado que en los años 2011 y 2012 hay beneficios, una disminución de ingresos como la expuesta no justifica la adopción de una medida tan drástica para la Sala –que prima medidas de flexibilidad interna, incluso el descuelgue salarial, como reflejo del favor hacia el sacrificio de salarios por empleos para mejorar la productividad sobre el sacrificio de los empleos–. Por lo tanto, para el Tribunal Superior de Justicia de Canarias la extinción sería *«desproporcionada considerada... en sí misma»*. Los despidos no se podrían acordar en función de una situación que no es la que al final tiene lugar en la empresa, pues la situación económica previsible ha variado en el tiempo, de

tal manera «que se ha pasado de una previsión de una reducción de más de un 20 %, a una previsión que se sitúa al final por debajo del 10 %, sin que ello se haya incorporado al resultado final del despido colectivo, pues la Addenda del perito incorpora tales datos para concluir que en el 2014 lo importante son las tensiones de Tesorería», cuando estas se producirían de todos modos.

A la luz de estos razonamientos, el juicio de suplicación es que tales tensiones nunca pueden ser la base de los despidos, porque no tienen su fundamento en la rebaja del precio del contrato de prestación de servicios, lo que le lleva a pensar que la empresa, realmente, lo que está es buscando una solución para prorrogar el crédito ICO (lo que se puede ver facilitado por la propia prórroga en dos años del contrato). A su entender, no sería comprensible en un plano de gestión racional que la empresa, sabiendo desde 2009 el programa de vencimientos, no haya establecido «un plan para hacer frente a los mismos», aunque no los haya explicado ni en la memoria ni en el informe técnico. El empresario deber actuar «con la diligencia propia de un buen comerciante» y eso requiere necesariamente una previsión, pues de no ser así la tensión era inevitable, hubiera o no habido modificación del precio del contrato, como recoge la propia *Addenda* pericial. En suma, siendo el panorama económico final distinto al previsto o estimado, habría desaparecido el substrato del despido colectivo, por tanto «*no cabe hablar de la existencia de la verdadera causa justificada económica-productiva, pues la disminución mínima de ingresos no justifica los despidos...*».

La mayoría de la Sala de Casación no comparte su valoración. Para ella, en el constatado panorama económico negativo, dada la «*inminente modificación del acuerdo de su casi único cliente, que la situaban en un escenario de pérdidas previsibles y partiendo de una situación de disminución del nivel de ingresos, en los términos del art. 51.1 ET*», no cabe obviar la prevista tensión de tesorería, porque, aunque no la cause la rebaja del precio de los servicios, incidirá en «el previsible panorama inmediato» –FJ octavo, punto 3–. En conclusión, para la Sala, esta previsión negativa por la reducción de ingresos sí es «causa razonable para la utilización del mecanismo del art. 51 ET», y al no haberlo entendido así la Sala canaria, esta habría realizado realmente un juicio de oportunidad» en «sustitución de la decisión empresarial».

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DECISIÓN Y PREVISIBILIDAD DE CONFIGURACIÓN COMO JURISPRUDENCIA DOMINANTE

La trascendencia práctica de la sentencia es fácilmente visible. Para el caso concreto, porque emerge claramente la fuerte tensión o conflicto que genera en torno al límite del juicio de casación para revisar el de suplicación sin alterar las bases fácticas del razonamiento, como el voto particular que contiene esta sentencia evidencia con toda nitidez y contundencia. Pero la tiene mayor en su proyección general. Este fallo y su razonamiento jurídico abre profundas dudas en torno a cómo ha de operar, en la práctica, la doctrina jurisprudencial que distingue, con buen criterio, entre el «juicio de oportunidad» sobre la causa extintiva, vetado, hoy como ayer, al juez, y el «juicio de razonabilidad», no querido por el legislador pero incluido, hoy como ayer, por decisión de política judicial del Derecho, con sólidas razones de Derecho, prevalente sobre la ley. El Tribunal

Supremo reprocha al Tribunal Superior de Justicia de Canarias que haya sustituido o suplantado la voluntad del empresario en una decisión de gestión económica que solo a él le compete, pero, con ello, ha sido el Tribunal Supremo el que ha sustituido al juez de instancia en la valoración de unos hechos que, por las condiciones del recurso de casación, difícilmente le correspondía.

Consecuentemente, cabe preguntarse qué previsibilidad tiene este fallo para convertirse en jurisprudencia dominante, ofreciendo un mayor margen de seguridad jurídica, tan maltrecha en este ámbito, garantía a su vez de un derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. De nuevo distinguimos dos planos. En el de la «justicia de caso concreto», estoy convencido de que la mayoría de la Sala actúa de forma correcta, en equidad, atendiendo a las circunstancias del caso, porque, en efecto el juez de instancia ha realizado un juicio de oportunidad, deslizando juicios de gestión económica racional para los que no tiene competencia –ni jurídica ni técnica–. En apoyo de su razonamiento, se remite, como el precedente más directamente aplicable, a la orientación fijada en la interesante [STS, Sala 4.ª, Pleno, de 25 junio 2014, rec. núm. 165/2013](#) (Grupo Teletech), en el que la situación negativa procedió de la pérdida de los contratos con sus clientes principales –Orange y Vodafone (93% negocio)–, si bien, en este caso, el juicio de valoración del criterio general para el caso concreto coincide de forma plena con la Sala de instancia –[SAN 166/2012, de 18 de diciembre de 2012](#)–.

Precisamente, enlazando con esta última referencia del «derecho de precedentes», hay que llamar la atención que es en este otro plano, el de la función de creación jurisprudencial, donde la sentencia comentada presenta mayor conflictividad y genera más dudas aplicativas. De un lado, en el plano sustantivo y, de otro, en el procesal. En el plano sustantivo, a su vez, su interés reside en dos aspectos de la doctrina jurisprudencial en torno al alcance del control por el juez de la legitimidad de la causa de despido colectivo: el plano general de la doctrina base, y el plano concreto de su aplicación específica al caso que se enjuicia.

En el plano sustantivo, centrado en la cuestión de la fijación de doctrina general, la sentencia parecería asumir, en principio, el criterio fijado por la jurisprudencia social, también en apariencia inequívoco hoy. El precedente cabecera fue la [STS, Sala 4.ª, Pleno, de 18 de febrero de 2014 \(rec. núm. 96/2013\)](#), en la que aplicó al despido colectivo la doctrina fijada para la modificación sustancial de condiciones ex artículo 41 del ET¹. Un criterio, crítico con la voluntad legislativa liberal y defensor del juicio de razonabilidad, que fue ratificado por la [STS, Sala 4.ª, Pleno, de 17 de julio de 2014, rec. núm. 32/2014](#).

Sentencias posteriores del Tribunal Supremo, confirmando una línea de la Audiencia Nacional, avalarían este cambio, asumiendo claramente la integración del juicio de razonabilidad dentro del principio de proporcionalidad. En este sentido, clara es la [SAN 190/2013, de 28 de octubre](#) confirmada por la [STS de 25 de febrero de 2015, rec. núm. 145/2014](#) (caso grupo Capge-

¹ Fijada en la [STS, Sala 4.ª, de 27 de enero de 2014, rec. núm. 100/2013](#), Grupo Cortefiel, comentada por la profesora Miñarro en su día en esta Revista. También en la [STS, Sala General, de 26 de marzo de 2014, rec. núm. 158/2013](#), FJ décimo.

mini), cuando acepta que el despido se adecua razonablemente, ya que «el número de trabajadores, cuyos contratos se extinguen, se aproxima al 5% personal..., cuando la caída de ventas... ascendió al 9,9 y al 25,9% desde el segundo trimestre de 2012, de manera que el porcentaje de trabajadores despedidos es muy inferior...»— FJ quinto— .

Consecuentemente, podría pensarse que desautorizaba el criterio inicial de la [STS, Sala 4.ª, Pleno, de 20 de septiembre de 2013, rec. núm. 11/2013](#) (primera sentencia del célebre caso Celsa Atlantic, S.L.), con voto particular, según el cual los órganos judiciales no debían efectuar «un juicio de proporcionalidad», en el sentido jurídico, que «presupone una *valoración del carácter indispensable* de la decisión adoptada». En cambio, le correspondería «un *juicio de adecuación*», «más limitado, que compruebe la existencia de la causa..., su pertenencia al tipo legal» y su «*idoneidad* en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses». Como es sabido, esta sentencia fue auto-anulada por el Tribunal Supremo —[Auto de 26 de marzo de 2014](#), comentado en esta Revista y sección—, por vicios de carácter procesal. Pero ¿desapareció su doctrina en el plano sustantivo, contestada por el voto particular que sí defendía el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, deviniendo luego mayoría?

No es lugar este para profundizar en esta cuestión, que para mí abre un más que sugerente misterio. Bastará aquí con algunas breves observaciones. De un lado, ya la minoría resistente de aquella primera malograda sentencia, en su día mayoría, evidenció que el cambio no debía afectar a la posición de fondo, que no había sido anulada. No es pura nostalgia, pues algunas resoluciones de instancia la siguen recordando, dándole por viva cuando no lo estaría —«vigencia zombi»—. Es el caso de la [SAN 67/2015, de 15 de abril de 2015](#) —FJ undécimo—.

De otro, la jurisprudencia social ha matizado aquel limitándolo a la «*adecuación idónea al fin*», descartado «que la medida... sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella». Esto sería propio de un juicio de oportunidad. De esta confusión nominalista y conceptual, pero también de la opción matizada, da prueba la [STS de 17 de julio de 2014](#), que escalona la razonabilidad en tres sucesivos juicios:

«... 1) ... la "existencia" de la causa tipificada legalmente como justificativa... 2)... la "adecuación"... en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines —legales— que se pretenden conseguir... Y 3)... "racionalidad" propiamente dicha de la medida... 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... 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... aquellas decisiones empresariales... que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores..., porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe...».

Pero, entonces ¿qué diferencia hay, al menos teóricamente, entre este criterio y el que fijara inicialmente el Tribunal Supremo en la sentencia auto-anulada comentada? A mi juicio, y al margen de esta nueva polémica nominalista en la que se desliza con tan extrema confusión el Tribunal Supremo, que bien haría en precisar en algún momento, teniendo en cuenta que la razonabilidad de la decisión es el último escalón del juicio de proporcionalidad, no hay ninguna diferencia en la práctica. La jurisprudencia reduce el juicio de proporcionalidad en sentido técnico jurídico –ponderación de la ratio de dificultad económica con la ratio de despidos– a un mero «juicio de razonable idoneidad». Por tanto, en este punto, la [STS de 20 de septiembre de 2013](#) sigue viva.

Consecuentemente, la cuestión ahora queda centrada no en la teoría, consolidada, pese a esas deficiencias técnico-conceptuales, sino en su aplicación práctica. Como afirma, con todo realismo, la [STS de 25 de junio de 2014, rec. núm. 165/2013](#), citada, el problema es si es correcta o no la aplicación de la técnica en cada caso. Ahora bien, debe quedar igualmente claro que esta aplicación no depende solo de la habilidad o capacidad técnica del juez para manejarla, sino también de un juicio valorativo en torno a (1) quién debe ser el protagonista último de esa decisión y (2) cuál es el margen que tiene el juez para entrar en consideraciones económicas, de difícil fijación, más en situaciones dinámicas, en movimiento constante e incierto, sujetas a diversas decisiones –en el caso del cliente principal de la empresa; de los socios en torno a qué les resultará más rentable, si exigir el préstamo de inmediato o no; de la dinámica de mercado y de tantos otros factores...–. Por eso, unos mismos hechos admiten valoraciones opuestas.

De ahí, y ya en el plano procesal, que otros jueces de la misma Sala entiendan que, con los mismos hechos, sin pruebas adicionales, y dado el carácter extraordinario del recurso de casación (arts. 205 a 217 LRJS), «no es posible, a través de este recurso, efectuar un reexamen completo de las cuestiones discutidas en la instancia» ni desbordar la «limitada revisión de la sentencia impugnada». Recuerda que esta «impugnación limitada» es jurisprudencia consolidada –[SSTS, Sala 4.ª, de 20 de mayo](#) y 17 de noviembre de 2014–, por lo que la mayoría se apartaría de ella «de manera evidente».

Y ahora, evidenciando el carácter dinámico e interactivo del Derecho, corresponderá a la parte sindical reaccionar. Y así lo ha anunciado. El sindicato CC.OO. estudia la posibilidad de presentar un recurso de amparo, al entenderla incongruente con su doctrina general, pues al evaluar nuevamente las circunstancias del ERE «ha ido más allá de lo que permite un recurso de casación». A lo que hay que sumar los procedimientos individuales, lo que multiplica sin fin la conflictividad. Cuánto mejor, pues, un (a ser posible buen) acuerdo que, en este caso, como se vio, estuvo a punto de haberse producido, bastando solo un poco más de generosidad por ambas partes.