



VNIVERSITAT E VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET

DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL I DE LA SEGURETAT SOCIAL

Programa de Doctorat en Dret, Ciència Política i Criminologia

**LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN
DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS
POR EL DESPIDO COLECTIVO**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

JUAN ALBERTO TORMOS PÉREZ

Director:

Prof. Dr. JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Noviembre 2019

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quisiera dedicar estas líneas a mostrar mi agradecimiento a todas las personas que me han ayudado en la consecución del presente trabajo. Quiero agradecer especialmente a mi familia, a mis padres, abuelos y hermana, por haberme apoyado incansablemente durante este período, ayudándome a no cejar nunca en mis objetivos, así como a mis amigos y demás allegados que han estado presentes cuando los he necesitado. También quiero mostrar mi agradecimiento al resto de personas que han estado siempre disponibles para ayudarme cuando lo necesitase, así como a todos los compañeros de profesión y del mundo académico con quienes he podido aprender todo lo que sé. Finalmente, y no menos importante, quiero dar las gracias a mi director, José María, por su incansable esfuerzo y labor en la dirección de la presente Tesis, por haberme animado en cada momento, y por sus comentarios y aportaciones, que me han permitido mejorar en lo académico y en lo personal.

ÍNDICE

Abreviaturas

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.....1

CAPÍTULO I

LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN EL DESPIDO COLECTIVO:
UNA AROXIMACIÓN TEÓRICA Y SU RELACIÓN CON EL
PRINCIPIO DE LIBERTAD DE
EMPRESA.....7

**1. Delimitación conceptual de los criterios de selección e
importancia en los despidos colectivos**

**2. El marco de los despidos colectivos como contextualización
necesaria**

2.1. El difícil equilibrio entre intereses legítimos: las medidas
sociales en el despido colectivo

2.2. La incidencia de la reforma laboral operada por el RDL
3/2012 y la Ley 3/2012

2.3. Una aproximación a los cambios en la configuración del
control judicial

- 3. La facultad empresarial de selección de los trabajadores afectados: libertad de empresa y poder de dirección**
- 4. Aproximación a los criterios de selección en el Derecho comparado europeo**

CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO COLECTIVO.....57

1. Normativa internacional de la OIT

- 1.1. Recomendación núm. 119 (1963) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, y Recomendación núm. 143 (1971) de la OIT sobre los representantes de los trabajadores
- 1.2. Convenio núm. 158 (1982) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo
- 1.3. Recomendación núm. 166 (1982) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo

2. Normativa de la Unión Europea

- 2.1. Las Directivas europeas en materia de despidos colectivos: las Directivas 75/29/CEE, 92/56/CEE, y la actual 98/59/CE

relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos

2.2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

2.3. La Directiva 2002/14/CE en materia de información y consulta a los trabajadores

2.4. La normativa europea protectora de colectivos específicos: la Directiva 92/85/CEE de protección de la trabajadora embarazada

2.5. Normativa europea en materia de igualdad de trato en el empleo: Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres, y Directiva 2000/43 sobre igualdad de trato por origen racial o étnico

3. Normativa española: antecedentes históricos previos a la transición democrática

4. Evolución de la regulación legal y reglamentaria desde la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980

4.1. *La selección de los trabajadores en la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980*

4.2. *Las distintas disposiciones normativas y reglamentarias en materia de despidos colectivos*

- 4.2.1. Real Decreto 696/1980, sobre aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de regulación de empleo
- 4.2.2. La Ley 11/1994, de modificación del Estatuto de los Trabajadores
- 4.2.3. Real Decreto 43/1996 que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos
- 4.2.4. RDL 10/2010, Ley 35/2010 y Real Decreto 801/2011, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos

5. Los criterios de selección en la normativa legal y reglamentaria actualmente vigente en España

- 5.1. La reforma laboral del RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el nuevo art. 51 del Estatuto de los Trabajadores
- 5.2. La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores: art. 68 b) ET y art. 10.3 LOLS
- 5.3. Disposiciones reglamentarias: el Reglamento de Procedimiento de Despido Colectivo aprobado por Real Decreto 1483/2012

6. Autonomía colectiva y criterios de selección

- 6.1. Criterios de selección en la negociación colectiva

6.2. Fijación de los criterios de selección en el período de consultas

6.3. Criterios de selección acordados en pactos de empresa

7. Especialidades normativas en materia de criterios de selección en el sector público

7.1. Disposición Adicional 16ª ET y Título III del Real Decreto 1483/2012: la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que haya adquirido tal condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad

CAPÍTULO III

LA SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO COLECTIVO: FASES, CARACTERIZACIÓN Y CRITERIOS.....115

1. Fases en la determinación de los criterios de selección en el despido colectivo

1.1. Trámite inicial: comunicación de apertura del período de consultas

1.1.1. Las obligaciones empresariales de información y documentación: los extremos de la comunicación inicial

1.1.1.a) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados

i) Variaciones en el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados

ii) Razón de la exigencia de aportar número y clasificación profesional de los trabajadores afectados

iii) Un supuesto específico: la afectación genérica de la totalidad de la plantilla

1.1.1.b) Número y clasificación profesional de los trabajadores habitualmente empleados en el último año

1.1.1.c) Período previsto para la realización de los despidos

1.1.1.d) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos

i) Finalidad de la obligación de expresar los criterios de selección

1.2. Trámite de negociación en el período de consultas

1.2.1. La importancia del período de consultas

1.2.2. La negociación colectiva en el período de consultas

1.3. Resultado final: comunicación del resultado del período de consultas, con o sin acuerdo

1.3.1. Acuerdo alcanzado en el período de consultas

1.3.2. Decisión empresarial sin acuerdo y ejecución de los despidos por parte del empresario

- a) *Principio de congruencia con la comunicación inicial*
- b) *La vinculación de las propuestas realizadas en período de consultas*
- c) *Posibilidad de actualización in melius*

1.4. Fase de ejecución: ejecución individual del despido

1.5. Fase de control: el control jurisdiccional

2. Intervención de la autoridad laboral y otros trámites procedimentales

2.1. La autoridad laboral

2.1.1. Papel de la autoridad laboral al inicio del procedimiento: remisión de la comunicación y documentación inicial

2.1.2. Papel de la autoridad laboral durante el período de consultas

2.2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: el informe

2.3. El informe de los representantes legales de los trabajadores

3. Caracteres generales de los criterios de selección

3.1. Objetividad

3.2. Coherencia

3.3. Suficiencia o precisión

3.3.1. Circunstancias que modulan la exigencia en el nivel de precisión de los criterios

3.3.2. Circunstancias que refuerzan la exigencia en el nivel de precisión de los criterios

3.4. *Proporcionalidad o adecuación al fin perseguido*

3.5. *Respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, principio de igualdad y prohibición de discriminación*

4. Breve referencia a los procedimientos de despido colectivo en empresas en situación de concurso de acreedores

5. Los criterios de selección

5.1. Clasificación de los criterios

5.2. Criterio relativo a la adscripción voluntaria de los trabajadores al despido

5.3. Criterio relativo a la adscripción a un puesto o unidad excedente

5.4. Criterios relativos a la menor antigüedad en la empresa

5.5. Criterios vinculados con el coste económico del trabajador

5.6. Criterios que atañen a cualidades y competencias profesionales

5.6.1. *Polivalencia funcional y otras cualidades personales y profesionales*

5.6.2. *Criterios sobre el desempeño, rendimiento y productividad*

5.6.3. *La medición mediante herramientas informáticas*

- 5.7. Criterio del absentismo
 - 5.8. Criterios que atienden a la edad del trabajador: proximidad al momento de la jubilación
 - 5.9. Criterios que atienden a consideraciones de índole social
- 6. Los criterios de selección en despidos colectivos que afectan al sector público**
- 6.1. El despido colectivo en el sector público antes de la reforma laboral de 2012
 - 6.2. El despido colectivo en el sector público tras la reforma laboral de 2012
 - 6.3. Especificidades documentales en los despidos colectivos en las Administraciones públicas
 - 6.4. Criterios de selección en el sector público
 - 6.5. Prioridad de permanencia de los empleados fijos: una regla potestativa

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA FACULTAD EMPRESARIAL DE DESIGNAR A LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR UN DESPIDO COLECTIVO: DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRIORIDAD DE PERMANENCIA.....249

1. Límites a la facultad empresarial de determinar los criterios de selección de los trabajadores afectados: tipología

1.1. Límites específicos: respeto a las reglas sobre prioridad de permanencia legal o convencionalmente establecidas

1.1.1. Prioridades de permanencia establecidas legalmente

1.1.2. Prioridades de permanencia establecidas convencionalmente

a) Prioridades de permanencia establecidas en convenios colectivos

b) Prioridades de permanencia establecidas en acuerdo alcanzado en período de consultas

c) Pactos de empresa

1.1.3. Otros supuestos: cláusulas de permanencia en contrato individual de trabajo

1.1.4. La conflictiva aplicación de las “preferencias” en el empleo del art. 17 ET

1.1.5. Colectivos que no se benefician de una prioridad de permanencia específica: trabajadores discapacitados

1.2. Límites generales del ordenamiento jurídico

1.2.1. Respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas

1.2.2. Principio de no discriminación

a) Trabajadores afiliados a una organización sindical: discriminación por afiliación sindical, y otras discriminaciones

b) Situaciones vinculadas con la familia: especial mención a las trabajadoras embarazadas

1.2.3. Prohibición de diferencias de trato arbitrarias

1.2.4. Respeto al principio de buena fe contractual: prohibición del fraude de ley

1.2.5. Respeto al principio de buena fe contractual: prohibición del abuso de derecho

1.2.6. Principio de proporcionalidad

2. Prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores

2.1. Definición y caracterización general

2.2. Justificación de la existencia de prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores

2.2.1. Relevancia constitucional: la prioridad de permanencia como garantía de la libertad sindical

2.3. Alcance o ámbito de afectación de la garantía

2.3.1. Carácter general del alcance de la prioridad de permanencia

a) Primeras interpretaciones restrictivas

b) La prioridad de permanencia y el ámbito de afectación del despido

c) Prioridad de permanencia y ámbito de representación del representante

d) La prioridad de permanencia y la clasificación profesional o funcional del representante: equivalencia de los puestos y homogeneidad de las funciones

2.3.2. Carácter no absoluto de la garantía de permanencia

2.4. La necesaria justificación de la afectación en el despido de trabajadores titulares de la garantía de prioridad de permanencia

2.4.1. Acreditación empresarial del carácter no discriminatorio de la afectación

2.5. Ámbito subjetivo de la prioridad de permanencia: los representantes legales de los trabajadores y otros sujetos

2.5.1. Representantes legales de los trabajadores: delegados de personal y miembros del comité de empresa

2.5.2. Delegados sindicales ex art. 10.3 LOLS

2.5.3. Delegados de prevención

2.5.4. Trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención

2.5.5. Miembros de la comisión *ad hoc*

2.5.6. Vigencia del mandato del representante para que opere la garantía

CAPÍTULO V

CUESTIONES PROCEDIMENTALES: NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL E IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL.....323

1. Notificación individual del despido a los trabajadores afectados

1.1. Contenido de la carta de despido: la causa

1.2. Inclusión de los criterios de selección en la notificación individual de despido: evolución de la postura judicial

1.2.1. Postura rigorista o rígida

1.2.2. Postura flexible

1.2.3. La doctrina Bankia del Tribunal Supremo

1.2.4. Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo e incidencia de la doctrina Porras Guisado

1.3. Breve referencia a otra formalidad: entrega de la copia de la carta de despido a los representantes legales de los trabajadores

2. Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: el control judicial

2.1. Problemática en torno a la impugnación previa a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y a la reforma laboral de 2012

2.2. La aprobación de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social

2.3. El modelo de impugnación tras la reforma laboral de 2012

2.3.1. Impugnación de oficio por la autoridad laboral

2.3.2. Acción declarativa a instancias del empresario

2.3.3. La modalidad procesal colectiva de impugnación del despido colectivo

a) Motivos de impugnación por la vía del art. 124 LRJS

b) Otras cuestiones procesales: legitimación y competencia

2.4. Contenido de la sentencia de impugnación del despido colectivo

2.4.1. Declaración del carácter ajustado a derecho de la decisión extintiva

2.4.2. Declaración del carácter no ajustado a derecho de la decisión extintiva

2.4.3. Declaración de nulidad de la decisión extintiva

2.4.3.a) Aportación insuficiente o defectuosa de la documentación pertinente

- i) Aportación de la documentación legal y reglamentaria*
- ii) Aportación de los extremos del art. 51.2 ET: interpretación finalista*
- iii) No aportación del desglose de los afectados por clasificación profesional y/o por centros, provincia o comunidad autónoma*
- iv) Aportación suficiente de los criterios de selección: nivel de concreción*
- v) Aportación tardía de la documentación*
- vi) Obligaciones documentales: recapitulación*

2.4.3.b) Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas

2.5. La modalidad de impugnación individual de los despidos

2.5.1. Configuración procesal de la impugnación individual

2.5.2. Nulidad por no respetar las reglas de prioridad de permanencia

CONCLUSIONES.....393

1. Sobre el marco teórico de los criterios: reforma laboral y facultades empresariales
2. Sobre el marco normativo de los criterios de selección en España

3. Sobre los criterios de selección en el sector público y la prioridad del personal fijo	
4. Sobre el establecimiento de los criterios de selección a lo largo del procedimiento de despido colectivo	
5. Sobre el papel de la autoridad laboral	
6. Sobre los caracteres generales de los criterios de selección	
7. Sobre los límites a la facultad empresarial: en especial, la prohibición de discriminación y la prioridad de permanencia de los RLT	
8. Sobre los requisitos de la carta individual de despido	
9. Sobre el modelo de impugnación judicial de los criterios	
CONCLUSIONES (valencià)	415
BIBLIOGRAFÍA	437
Listado de sentencias.....	487
Listado de instrumentos normativos.....	509

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
A.H.	Antecedente de hecho
AN	Audiencia Nacional
ap.	apartado
ArbVG	<i>Arbeitsverfassungsgesetz</i> , Austrian Labour Constitution Act
Art.	Artículo
AS	Aranzadi Social
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> , Código civil alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Sala de lo contencioso-administrativo
CC	Código Civil
CCOO	Comisiones Obreras (organización sindical)
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española de 1978
CIT	Conferencia Internacional del Trabajo
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
CSE	Carta Social Europea
D.A.	Disposición Adicional
D.F.	Disposición Final
DGE	Dirección General de Empleo
Dir.	Director
Dirs.	Directores
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBEP	Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por RDLEG 5/2015

ed.	Editor, edición, editorial
eds.	Editores
E.M.	Exposición de Motivos
ERA	<i>Employment Rights Act</i> (UK)
ERE	Expediente de regulación de empleo
ESS	Empleo y Seguridad Social (Ministerio)
ET	Estatuto de los Trabajadores
Excmas.	Excelentísimas
Excmos.	Excelentísimos
F.J.	Fundamento jurídico
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
IVVSA	Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A.
KSchG	<i>Kündigungsschutzgesetz</i> , Ley alemana de Protección contra el Despido
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público, RDLEG 3/2011
LCT 1944	Ley de Contrato de Trabajo de 1944
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social, RDLEG 8/2015
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, RDLEG 5/2000
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social
MuSchG	<i>Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter</i> , o <i>Mutterschutzgesetz</i> , Ley alemana de Protección de la Madre Trabajadora
OIT	Organización Internacional del Trabajo
párr.	párrafo
PDC	procedimiento de despido colectivo
proc.	procedimiento
procs.	procedimientos

RD	Real Decreto
RDGE	Resolución de la Dirección General de Empleo
RDL	Real Decreto-ley
RDLEG	Real Decreto Legislativo
RDLRT	Real Decreto-ley, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo
rec.	recurso
recs.	recursos
RJ	Repertorio jurisprudencial
RLT	representantes legales de los trabajadores
RPDC	Reglamento de procedimiento de despido colectivo (RD 1483/2012)
RPRE	Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo
RRDGE	Resoluciones de la Dirección General de Empleo
RTVE	Radio Televisión Española
RTVV	Ente Público Radio Televisión Valenciana
S.A.	Sociedad anónima
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
Sres.	Señores
ss.	Siguientes
SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional
SSTJCE	Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
SSTJUE	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
SSTSJ	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social)
STS (3ª)	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo contencioso-administrativo)
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tragsa	Empresa de Transformación Agraria, S.A.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TULRCA	<i>Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act</i>
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
vid.	véase

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

El presente trabajo contiene el resultado de la investigación relativa a los criterios de selección de los trabajadores afectados en el marco del despido colectivo en el Derecho español. Para ello, se delimita teóricamente el marco de estudio –el de los criterios de selección–, con referencia a su inmediata contextualización normativa, que no es otra que la relativa a la regulación de los despidos colectivos en el ordenamiento español, aunque, eso sí, destacando las implicaciones del Derecho de la Unión Europea en el mismo.

En cuanto al despido colectivo, la investigación se sitúa en los efectos producidos por la importante reforma laboral tenida lugar en el año 2012, así como en el siempre difícil equilibrio entre los legítimos intereses empresariales y los intereses –también legítimos– sociales o de los trabajadores, ambos con amparo en nuestro texto constitucional.

La Tesis pretende abordar cuál es el marco normativo español y europeo de los criterios de selección, respecto del cual se destacará su carácter escasamente reglado, y qué influencia tiene el mismo en los procedimientos de despido colectivo. Ello conduce a su conceptualización como un elemento en el que la empresa cuenta con una amplia libertad a la hora de determinarlos, constituyendo la fijación de los criterios de selección una facultad empresarial incardinable en el principio de libertad de empresa. Por lo tanto, abordo el debate doctrinal sobre cuál es el alcance de dicha facultad, lo cual conduce al estudio de los necesarios límites a la misma, que determinarán el alcance del control judicial en la materia. Como la facultad empresarial de fijar los criterios de selección no puede ser en ningún caso absoluta, se estudian cuáles son los límites normativos, doctrinales y jurisprudenciales al ejercicio de dicha facultad, lo cual ha ido configurando una serie de parámetros que deben ser tenidos en cuenta y respetados por el empresario a la hora de fijar los criterios de selección, so pena de incurrir en alguna ilegalidad que posteriormente sea objeto de control jurisdiccional.

Por lo tanto, los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo constituyen una cuestión con escasa regulación legal, lo cual la convierte en un interesante objeto de estudio, pues se trata de determinar qué parámetros deben regir el –en principio– libre establecimiento de los criterios por parte del empresario y a cuáles

límites va a estar sujeto. A pesar de la escasa regulación, la cuestión está fuertemente influida por varias normas del ordenamiento, en particular las que disciplinan el procedimiento de despido colectivo –pueden citarse los deberes de información y consulta durante el mismo–, así como otras generales del ordenamiento, como la prohibición de discriminación. La influencia también es muy importante por parte del Derecho de la Unión Europea, el cual, a través de su Directiva en materia de despidos colectivos, así como otras en materia de no discriminación, determina cómo debe configurarse la facultad de establecer los criterios de selección. Dicha influencia del Derecho europeo condiciona también el resto de ordenamientos de los Estados miembros, en los que existen normativas de despido colectivo bastante similares, aunque cada una con los propias especificidades.

La facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo está sujeta a un límite normativo específico, y es el respeto a la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. Dicha regla, aunque no goza de un carácter absoluto, tiene como objetivo proteger a los representantes de los trabajadores en su función representativa, y debe ser respetada por el empresario a la hora de determinar qué trabajadores se verán afectados por el despido, tal y como se estudia en el Capítulo IV.

En definitiva, la selección de los trabajadores se incardina en el principio de libertad de empresa, y es el empresario el llamado a seleccionar tanto a los trabajadores que desea contratar para su empresa como a los que deben verse afectados en un momento de reestructuración, salvo pacto convencional o acuerdo alcanzado en la materia durante el período de consultas. Ahora bien, dicha facultad no puede ejercerse con desconocimiento del necesario equilibrio que debe buscarse con otros intereses igualmente legítimos, como son los intereses sociales, tales como el derecho al trabajo, la protección de los trabajadores socialmente vulnerables, la protección de las finanzas públicas y, por supuesto, la protección frente a medidas discriminatorias.

Precisamente, los distintos grupos sociales que pueden verse afectados por el despido colectivo determinan que se trate de una cuestión con un alto componente social incorporado. De ahí que la normativa se preocupe de proteger expresamente a los representantes legales de los trabajadores, así como de incluir otras formas de protección para otros colectivos como los trabajadores con discapacidad, los trabajadores de mayor edad o las trabajadoras en situación de embarazo o maternidad.

Para organizar el resultado del estudio, el Capítulo II aborda el marco normativo de los criterios de selección, tanto el específico de los mismos –con referencias a los preceptos

que los disciplinan– como al resto de normativa aplicable, en particular en materia de despidos colectivos. Para ello, se estudia la normativa española tanto la actualmente vigente como la previa, debido a la importancia que la evolución en la misma tiene para una mejor comprensión de la materia; así como también la normativa europea en materia de despidos colectivos y de no discriminación, que condiciona fuertemente la normativa española y del resto de Estados miembros de la Unión Europea.

A continuación, en el Capítulo III se abordan los criterios de selección propiamente dichos, es decir, su fijación y caracterización. Para ello se realiza un análisis de la fijación de los mismos a través de las distintas fases del procedimiento de despido colectivo, y de las diferentes exigencias que tanto la normativa, la doctrina y los tribunales imponen en cada momento del procedimiento. Dicha configuración por fases conduce a la elaboración de una caracterización general de los criterios de selección, es decir, la determinación de cuáles son las características generales que deben cumplir para ser considerados válidos, y que se refieren a la objetividad, la coherencia, la suficiencia o precisión, la proporcionalidad o adecuación al fin perseguido, así como al respeto a los derechos fundamentales y, en particular, la prohibición de discriminación. A continuación, se destacan ejemplos de criterios de selección más frecuentemente empleados por las empresas, así como su clasificación según parámetros de diversa índole, de tipo económico o social. El Capítulo finaliza con una referencia a los criterios de selección en los despidos colectivos llevados a cabo en el sector público empresarial o administrativo, medida que ha tenido gran impulso desde la reforma laboral de 2012.

Establecido el marco normativo de los criterios de selección, así como su caracterización general y requisitos a través de las distintas fases en las que se divide el procedimiento de despido colectivo, el Capítulo IV aborda una cuestión crucial: los límites a la facultad empresarial para determinar dichos criterios. La estudiada caracterización de los criterios no puede desconocer la existencia de una serie de límites. Dichos límites pueden revestir un carácter específico, como puede ser la regla sobre prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, u otras acordadas vía negociación colectiva en convenio o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. También pueden revestir un carácter general o inespecífico, que no por ello dejan de tener una importante incidencia, ya que afectan al ordenamiento jurídico laboral en su conjunto y por supuesto también a la cuestión de los criterios de selección. Se trata de cuestiones como el obligado respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, así como muy en particular el principio de no discriminación.

Finalmente, el Capítulo V está dedicado a aquellas cuestiones procedimentales que, a la finalización del procedimiento de despido colectivo, o al menos de su fase colectiva, pretenden controlar la regularidad de la fijación de los criterios de selección así como su correcta aplicación por parte del empresario, es decir, respetando los límites estudiados en el Capítulo IV. Me refiero aquí en primer lugar a la cuestión de la notificación individual a los trabajadores afectados, comúnmente conocida como carta de despido, en la que es de destacar el intenso debate judicial y doctrinal en torno a la obligación o no de incluir, y con qué alcance, los criterios por los que un concreto trabajador se ha visto afectado por el despido colectivo. A continuación se aborda una cuestión no menos importante, como es el control jurisdiccional o judicial del despido colectivo. En este sentido, y tras la aprobación de la Ley reguladora de la jurisdicción social en 2011 y la aprobación de la reforma laboral en 2012, se estudia el modelo de impugnación del despido colectivo, que destaca por su carácter complejo. A través de las distintas modalidades de impugnación –principalmente la impugnación colectiva y la impugnación individual–, estudio qué posibilidad de defensa tiene un trabajador que considera que los criterios de selección no son justos o que su concreta afectación no respeta los criterios acordados o decididos por el empresario. La cuestión conduce a plantear hasta qué punto los tribunales pueden cuestionar el establecimiento de unos criterios que se realiza en el marco de una libre facultad empresarial amparada por el principio de libertad de empresa. Para ello es evidente que el control judicial deberá circunscribirse a los caracteres generales estudiados en el Capítulo III, así como muy en especial a los límites específicos o generales fijados en el ordenamiento y estudiados en el Capítulo IV.

La investigación concluye con unas conclusiones. En dichas conclusiones, resumo los resultados alcanzados por la investigación, y realizo una valoración crítica de los mismos, con propuestas normativas al respecto.

La metodología investigadora ha pretendido aunar las tres principales fuentes de conocimiento en el área del Derecho, que no son otras que las fuentes normativas o legales, las fuentes doctrinales o bibliográficas, así como las fuentes judiciales o jurisdiccionales. Por ello, en una etapa inicial de la investigación, mi trabajo se centró en reunir y estudiar todo el marco normativo que regula los criterios de selección y los despidos colectivos en general, todo para concluir que la regulación en la materia, como ya he mencionado, es más bien escasa. Una cuestión de escasa regulación normativa reviste especial interés para su estudio, ya que es un tema del que se necesitan sentar las bases a fin de aportar mayor seguridad jurídica a los agentes económicos y sociales,

debido a la multiplicidad de pronunciamientos judiciales que se han producido en la materia.

El estudio continuó con la recopilación de los pronunciamientos doctrinales en la materia, a fin de determinar qué había señalado la doctrina respecto a los criterios de selección. Cabe señalar que el debate doctrinal no ha sido muy amplio, ya que muchos autores han centrado sus investigaciones en otros aspectos del despido colectivo, pero no en la facultad de determinar los trabajadores afectados. Por ello, y como cualquier investigación jurídica, revisten especial importancia en este punto los pronunciamientos judiciales en la materia. Sobre ello, cabe destacar que los criterios de selección constituyen una materia de carácter eminentemente casuístico. Así, si bien es posible obtener una caracterización general de los criterios de selección en los despidos colectivos, no es menos cierto que cada procedimiento de despido reviste unas condiciones particulares, y la selección de los trabajadores afectados responde a la situación concreta de la empresa en la que se plantea la reestructuración y a la distinta composición de la plantilla de trabajadores. En consecuencia, los pronunciamientos judiciales han sido abundantes, en especial tras la reforma laboral operada en el año 2012.

A través de sus pronunciamientos, los tribunales han ido configurando los estudiados caracteres generales de los criterios de selección, así como los límites a la facultad empresarial de determinarlos; de ahí la importancia del estudio de las distintas sentencias en la materia. Para facilitar la consulta, al final del trabajo se incluye un listado de todas las sentencias en la materia citadas, clasificadas por tribunal y ordenadas de manera cronológica. También se incluye al final del trabajo la bibliografía citada, ordenada por autor y orden alfabético, así como por orden cronológico dentro de cada autor con más de una obra. Ahí se incluyen todas las obras que han abordado o bien los criterios de selección de manera específica, o bien otras cuestiones más generales y conexas, relativas con los despidos colectivos, y que han sido citadas en la presente Tesis.

CAPÍTULO I

LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN EL DESPIDO COLECTIVO: UNA AROXIMACIÓN TEÓRICA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA

En el presente Capítulo se realiza la necesaria aproximación teórica al objeto de estudio y de investigación en el presente trabajo, que no es más que los criterios de selección o de afectación de los trabajadores en el marco de los despidos colectivos en el ordenamiento jurídico laboral español, el cual está fuertemente influido por la incidencia del Derecho de la Unión Europea en materias como el propio despido colectivo o la protección de los trabajadores frente a decisiones discriminatorias. Para ello, se destaca la conceptualización del objeto de estudio, es decir, los criterios de selección. También se contextualiza teóricamente dicho objeto de estudio, con referencias a la regulación del despido colectivo en el ordenamiento español, así como la incidencia de la importante reforma laboral acontecida en el año 2012. Finalmente, destaca este Capítulo por vincular el establecimiento de los criterios de selección, como facultad empresarial, dentro del marco de la libertad de empresa reconocida por el art. 38 de la Constitución española, con una breve aproximación final a la regulación de los criterios de selección en el Derecho comparado europeo.

1.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN E IMPORTANCIA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo sirven, como su nombre indica, para determinar qué trabajadores van a verse afectados por el

despido colectivo, es decir, qué trabajadores en concreto van a ser despedidos en una medida de reestructuración empresarial. Dicha afectación de unos trabajadores y no de otros constituye una facultad empresarial, ya que es el empresario quien decide no sólo a qué trabajadores contratar para su empresa (principio de libertad de contratación), sino a qué trabajadores despedir, pues al empresario le corresponde determinar con qué medios –también humanos– llevar a cabo su actividad empresarial, bien sea productiva o de prestación de servicios. Pues bien, la libre facultad de afectación por parte del empresario de unos trabajadores y no de otros en casos de despido colectivo –la cual está sujeta, obviamente, a una serie de límites que estudio en el Capítulo IV– se hace conforme a unos “criterios”. Dichos criterios, es decir, los criterios de selección, constituyen una serie de parámetros de diversa índole –bien sean de carácter económico, de carácter productivo, de carácter social– en función de los cuales el empresario decide qué trabajadores se verán afectados.

Dichos parámetros, que o bien puede decidir el empresario unilateralmente, o bien acordar con los representantes de los trabajadores (previamente en la negociación colectiva, o en el mismo período de consultas), atienden a intereses legítimos de la empresa (criterios de carácter económico, productivos, nivel de competencia del trabajador, etc.), o bien a intereses de carácter social (protección de trabajadores vulnerables).

Al respecto, la normativa no señala mayores concreciones, más que es al empresario a quien corresponde determinar e informar de dichos criterios, los cuales pueden ser objeto de negociación en el período de consultas, y que los mismos están sujetos a una serie de límites, como los generales del ordenamiento y en particular la prohibición de discriminación, o el límite específico del respeto a la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. Más allá de dichas consideraciones, la determinación de los criterios de selección corresponde al empresario, y habrá que estar a las circunstancias concretas de cada empresa y a la composición de la plantilla para determinar su configuración.

En definitiva, los criterios de selección son los parámetros de índole empresarial o social a los que acude el empresario a la hora de determinar qué trabajadores se ven afectados por una medida de reestructuración empresarial como puede ser el despido colectivo.

A pesar de que ello sea frecuente por parte de los agentes sociales e incluso por parte de algún pronunciamiento judicial, no deben confundirse los criterios de selección con la regla o reglas de prioridad de permanencia, que tienen una configuración distinta. Los criterios de selección son parámetros de carácter objetivo en el sentido ya mencionado,

mientras que las reglas de prioridad de permanencia a favor de determinados colectivos funcionan como límites a la libre facultad empresarial de establecer dichos criterios de selección. Así, la aplicación de los criterios deberá excluir de la afectación a los trabajadores que sean titulares de alguna regla de prioridad de permanencia. Dichas reglas operan como una garantía relativa de permanencia en la empresa, según la cual, los sujetos titulares, salvo cierre total de la empresa o centro, o inexistencia de puesto de trabajo funcionalmente equivalente, se verán excluidos de la afectación en el despido. Las reglas de prioridad de permanencia, al igual que los criterios de selección, pueden pactarse bien en convenio colectivo, bien en el propio acuerdo alcanzado en el período de consultas, pero no deben confundirse con los propios criterios. De hecho su control judicial tiene distintas vías, como se estudia en el Capítulo V, ya que la regularidad de los criterios de selección es controlable en la modalidad de impugnación colectiva, mientras que el cumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia es controlable únicamente en la modalidad de impugnación individual por el trabajador afectado.

Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es uno de los aspectos más polémicos y cruciales del procedimiento de despido colectivo,¹ ya que van a determinar qué trabajadores van a verse afectados y por tanto van a ser despedidos. Su importancia se extiende a todas las fases del procedimiento de despido colectivo, pues los criterios de selección determinan el procedimiento de despido colectivo desde su propio inicio, en tanto que el empresario debe informar a los representantes de los trabajadores sobre los mismos, y su importancia se proyecta también a lo largo de la negociación durante el período de consultas, el cual puede finalizar con un acuerdo en el que se hayan pactado los propios criterios a emplear en el despido.

La importancia de los criterios de selección en el marco del despido colectivo, objeto que es abordado en el presente trabajo, no esconde que los criterios de selección también están presentes en otras medidas de reestructuración empresarial. En primer lugar, es obvio que en las decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas ex art. 52 c) ET, es decir, despidos por causas empresariales individuales o plurales, por debajo de los umbrales del art. 51 ET, el empresario recurrirá a algún criterio a la hora de determinar el trabajador o trabajadores afectados. En estos casos, la relevancia de los criterios será mucho menor, pues al tratarse de una extinción individual o plural sin alcanzar un elevado número de afectados, el criterio de afectación vendrá principalmente condicionado por la incidencia de la causa: será extinguido aquel contrato o contratos sobre los que incida la causa. En caso de incidir sobre más de un trabajador, ahí se

¹ En este sentido, CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 156.

despliega la libre facultad empresarial de seleccionar a los afectados, del mismo modo que en el despido colectivo. De hecho el propio art. 52 c) ET incluye expresamente la regla sobre prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, propia del despido colectivo.

También es de destacar la incidencia de los criterios de selección en medidas de reestructuración que no tienen carácter extintivo. Así, en las medidas de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por causas empresariales del art. 47 ET, también se deben establecer unos criterios de selección sobre qué trabajadores se verán afectados por la medida suspensiva o de reducción. Aunque el art. 47 ET no señala nada al respecto, lo mismo se deduce de su referencia a un período de consultas muy similar al establecido en el art. 51 ET, además de porque el art. 17.2 e) RPDC 2012 sí que menciona expresamente la obligación del empresario de informar, entre otros extremos, de los criterios de selección al respecto. Además, a los supuestos de suspensión del contrato por causas empresariales cabe entender aplicable también la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, tal y como señala el art. 68 b) ET al referirse a los “supuestos de suspensión o extinción”.

Finalmente, el art. 40.7 ET, en el marco de las medidas de movilidad geográfica, prevé también la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, en los supuestos de traslado del puesto de trabajo y de desplazamiento temporal.

Ahora bien, el objeto del presente trabajo, por su mayor importancia, se centra en los criterios de selección, y las reglas de prioridad de permanencia como límites a los mismos, en el marco de los despidos colectivos. Precisamente se hace necesaria una contextualización teórica sobre el despido colectivo, a fin de determinar su importancia y la relevancia de las últimas reformas en la materia.

2.- EL MARCO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS COMO CONTEXTUALIZACIÓN NECESARIA

La facultad de seleccionar a los trabajadores afectados conforme a unos criterios tal y como se aborda en el presente trabajo tiene lugar en el marco de los despidos colectivos. Respecto de los mismos, a parte de la regulación normativa –que básicamente se reconduce al art. 51 ET y a su desarrollo reglamentario en el RPDC 2012–, ampliamente conocida, hay algunas cuestiones que es de interés destacar y que de una manera u otra

van a incidir en la cuestión de los criterios de selección, a pesar de no tener una vinculación explícita.

Una cuestión que tiene especial importancia es la configuración del despido colectivo como una medida en la que concurren intereses de carácter empresarial con intereses de carácter social respecto de los que hay que encontrar un equilibrio. La regulación al respecto es en gran parte tributaria de la importante reforma laboral llevada a cabo en el año 2012, primero con el RDL 3/2012, y posteriormente a través de la Ley 3/2012, algunos aspectos destacables de la cual es interesante comentar en este punto. Ello conduce a otra cuestión no menos importante, y es el alcance del control judicial de los despidos colectivos, en particular a partir de la reforma de 2012, cuya visión más flexibilizadora puede tener influencia en el control de los criterios de selección.

2.1.- El difícil equilibrio entre intereses legítimos: las medidas sociales en el despido colectivo

Como se ha señalado, el despido colectivo constituye una medida de reestructuración con un alto componente social incorporado, debido a la incidencia social que la medida va necesariamente a comportar. En este sentido cabe destacar, en primer lugar, la incidencia sobre el derecho al trabajo de los trabajadores que verán extinguido su contrato, como es obvio. Pero más allá de ello, el despido colectivo tiene una incidencia social, que se manifiesta por ejemplo en las consecuencias sociales que puede tener el despido de una gran cantidad de trabajadores, con los problemas que ello acarrea para sus familias y para la sociedad. Además, dicha incidencia puede ser mucho mayor si los afectados por el despido son trabajadores que, por el colectivo al que pertenecen, se encuentran en una situación de vulnerabilidad social, que les hace difícil encontrar un nuevo empleo. Incluyo aquí trabajadores con alguna discapacidad, trabajadores de mayor edad, trabajadoras en edad familiar, etc. En consecuencia, en el despido colectivo no sólo están en juego intereses de carácter económico y empresarial, que por supuesto están presentes y son legítimos; sino que también están en juego otra serie de intereses de carácter social, que atañen a los trabajadores afectados y también a la sociedad en la que viven, y que no pueden ser dejados a un lado. A partir de ahí se ha construido la noción de reestructuraciones socialmente responsables, que son aquellas en las que se tienen presentes las consecuencias sociales de los despidos, a fin de mitigarlas.²

² Sobre las reestructuraciones socialmente responsables, vid. LÓPEZ CABALLERO (2008).

La doctrina se ha referido a este difícil equilibrio entre intereses sociales e intereses económicos, destacando CRUZ VILLALÓN,³ quien considera que el despido colectivo es un asunto “delicado”, por no decir “el más delicado” de la normativa laboral, pues se trata de una cuestión compleja, en la que se presentan una pluralidad de intereses legítimos que requieren ser tomados en consideración simultáneamente. También se ha pronunciado expresamente DESDENTADO BONETE, señalando que “la regulación del despido no es un lugar para soluciones categóricas, sino que exige un equilibrio difícil y frágil entre intereses contrapuestos, en el que el efecto de arrastre de la historia pesa más que los ejercicios de la razón pura, sea económica o social”.⁴

En relación con dicho equilibrio entre intereses económicos y sociales, la normativa relativa al despido colectivo contempla una serie de medidas encaminadas a compensar las consecuencias socialmente negativas de la reestructuración empresarial, que básicamente son el aumento del nivel de desempleados y también los costes sociales aparejados al mismo, como puede ser el mayor gasto público en prestaciones sociales, con los efectos que ello tiene sobre las finanzas públicas.⁵

Distintas son las medidas que contempla la legislación española a fin de compensar socialmente los efectos negativos que las reestructuraciones empresariales. Las más importantes son el plan de recolocación externa, las medidas sociales de acompañamiento, la aportación económica al Tesoro público, y la protección de los trabajadores de mayor edad a través de la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social. Además, como contrapeso a la mayor flexibilización introducida por la reforma laboral de 2012, se ha introducido también una sanción para el empresario que adopte las medidas de los arts. 51 y 47 ET sin acudir a los procedimientos allí descritos.

³ CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 231. En la doctrina, también es de destacar BORRAJO DACRUZ (1995). Sobre el despido por voluntad del empresario en la doctrina clásica, vid. ALONSO OLEA (1957).

⁴ DESDENTADO BONETE (2010), p. 1264. Por su parte, GOERLICH PESET (1994b), p. 174, señala que la desaparición del sistema de “preferencias” contemplado en la normativa previa al ET de 1980 (vid. Capítulo II), sustituido en la actualidad por la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, dio pie en cierto modo a que el único interés relevante a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo fuese el interés del empleador, que podía desconocer y dejar a un lado otros intereses de carácter social también presentes. En materia de extinciones del contrato de trabajo por razones empresariales en el marco de una economía social de mercado, se hacen interesantes reflexiones en ALAMEDA CASTILLO (2001), aunque más referidas a situaciones de insolvencia empresarial o crisis.

⁵ El numeral 11 de la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, establece: “El desarrollo del mercado interior debe hacerse de manera armoniosa preservando los valores esenciales en los que se basan nuestras sociedades y garantizando que todos los ciudadanos se beneficien del desarrollo económico.” La idea que subyace es que el libre mercado debe generar un entorno económico del que se beneficie la sociedad en general.

En este sentido, el art. 8.3 LISOS tipifica una infracción laboral muy grave, penada con una multa dineraria, para el empresario que no respete dichos procedimientos.⁶

La medida social más destacable que contempla la normativa del despido colectivo es el conocido como plan de recolocación externa.⁷ El plan de recolocación externa está regulado en el art. 51.10 ET y art. 9 RPDC, y sustituye al anteriormente conocido como plan de acompañamiento social, regulado en el art. 9 RPRE de 2011 y art. 6 RPRE de 1996, y que exigía el art. 51.4 ET antes de la reforma laboral; el cual pretende mitigar las consecuencias socialmente negativas de los despidos colectivos.⁸ Precisamente el art. 3.2 RPDC, referido a la documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo, señala la obligación empresarial de aportar el plan de recolocación externa a la par que el resto de documentación requerida en la fase inicial del procedimiento. Una parte de la doctrina ha criticado el anterior plan de acompañamiento social por su “manifiesta debilidad jurídica”, que ahora viene sucedido por el plan de recolocación externa, el cual ya no se establece en función del número de empleados en la empresa, sino del número de trabajadores a los que ha afectado el despido, lo cual parece más acertado.⁹

La Exposición de Motivos del RD 1483/2012 que aprueba el RPDC, en el considerando 4º, contempla el plan de recolocación externa como una “obligación legal e indeclinable del empresario” que pretende facilitar “transiciones rápidas y adecuadas” entre empleos, de modo que ningún trabajador quede desvinculado del mercado laboral por más tiempo del imprescindible. Por su parte, el art. 9 RPDC exige que el plan de recolocación externa garantice a los trabajadores afectados por el despido una “atención continuada” durante un período mínimo de 6 meses, orientada a la realización de una serie de “acciones” con finalidad formativa y de orientación. Las medidas que debe prever el plan de recolocación externa son relativas a la intermediación para encontrar ofertas de trabajo, de orientación

⁶ Art. 8.3 LISOS: “Proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores.” El art. 40.1 c) LISOS señala los grados y cuantías de la multa dineraria que puede imponerse al empresario infractor.

⁷ Sobre el plan de recolocación externa, vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 125 y ss.; SERRANO GARCÍA (2002); SÁEZ LARA (2015), p. 136-138; y CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 200.

⁸ Art. 51.10 ET: “La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo.”

⁹ Sobre ello, vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 66-67.

profesional, orientadas a la búsqueda de nuevos puestos, de formación profesional para mejorar su capacitación, y de atención personalizada a fin de asesorar a los afectados con vistas a su recolocación.

El art. 9.4 RPDC señala que el plan “podrá ser concretado o ampliado a lo largo del período de consultas”, lo cual es interesante, pues a la par que se negocian el número de afectados por el despido y los criterios a tener en cuenta para seleccionar a los trabajadores afectados, los representantes de los trabajadores pueden negociar modificaciones en el plan de recolocación externa inicialmente propuesto. De este modo, se pueden contemplar medidas específicas para trabajadores afectados que, por sus circunstancias personales o sociales, sean susceptibles de sufrir una mayor vulnerabilidad social. No en balde, el art. 9.2 RPDC señala que las medidas del plan se contemplarán “con especial extensión e intensidad” para los trabajadores de mayor edad, que constituyen precisamente uno de los grupos de afectados que pueden tener mayores problemas de recolocación. Las medidas previstas en el plan a fin de mitigar las consecuencias socialmente negativas de los despidos colectivos, y contempladas con mayor énfasis respecto de determinados colectivos, pueden servir a su vez para desarticular posibles alegaciones de discriminación por afectar en el despido a trabajadores pertenecientes a determinado colectivo, como es el caso de los trabajadores de mayor edad. Así, la afectación de un trabajador perteneciente a un colectivo sensible puede verse mitigada por un acuerdo relativo a unas mejores condiciones de recolocación.

Guardando una estrecha relación con el plan de recolocación, el RPDC regula en el art. 8 las conocidas como medidas sociales de acompañamiento.¹⁰ Dichas medidas deben ser objeto de negociación en el período de consultas, y, tal y como señala el art. 51.2 ET, están encaminadas a evitar o reducir el número de despidos y a atenuar las consecuencias de aquellos que se produzcan. El art. 8 RPDC señala, con carácter *numerus apertus*, las distintas medidas que, “entre otras”, pueden servir para evitar o reducir el número de despedidos¹¹ o para atenuar las consecuencias de los despedidos que se produzcan.¹²

¹⁰ Sobre la cuestión, vid. TERRADILLOS ORMAETXEA (2012). La Recomendación núm. 166 de la OIT incluye en su numeral 21 una enumeración de posibles medidas para evitar o limitar las extinciones, y en el numeral 25 las posibles medidas para atenuar las consecuencias de dichas extinciones, y que en gran medida han sido incorporadas a la legislación española.

¹¹ Dichas medidas se refieren a la recolocación interna de los posibles afectados; la movilidad funcional; la movilidad geográfica; la modificación sustancial de condiciones de trabajo; el descuelgue convencional; acciones de formación o reciclaje; o “cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados”.

¹² Dichas medidas se refieren al derecho de reingreso preferente; la recolocación externa a través de empresas de recolocación; acciones de formación o reciclaje; promoción del empleo por cuenta propia;

Otra medida que pretende equilibrar las consecuencias socialmente negativas de los despidos colectivos, en particular en lo que respecta a las finanzas públicas, es la aportación económica al Tesoro público a realizar por empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años de edad.¹³ Esta medida se encuentra regulada en el art. 51.11 ET, y fue introducida por la D.A. 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, a su vez reformada por la D.F. 4ª de la Ley 3/2012 que aprobó la reforma laboral, y el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Con estas últimas reformas, la obligación se aplica con independencia del porcentaje de trabajadores de mayor edad afectados.¹⁴ Sobre la liquidación y pago de la mencionada aportación, se ha aprobado el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, que regula los aspectos más técnicos de la mencionada aportación.¹⁵

Al igual que la medida anterior, que gira en torno a la protección de los trabajadores de mayor edad, existe otra medida que va destinada a protegerles directamente, y es la obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social prevista en el art. 51.9 ET para los despidos colectivos que afecten a trabajadores de 55 o más años de edad, en los términos de la D.A. 13ª de la LGSS.¹⁶ Se trata de una medida claramente orientada a compensar la situación de pérdida de empleo de trabajadores que, por su mayor edad,

compensación de los gastos derivados de la movilidad geográfica; o compensación de las diferencias salariales con un hipotético nuevo empleo.

¹³ BLASCO PELLICER (2013), p. 89-91, señala: “Las razones del establecimiento de esta aportación se encuentran en la necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de ajuste empresarial”, lo cual genera la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de mayor edad y un coste para el sistema de protección por desempleo, lo cual supone una carga evidente sobre las finanzas públicas.

¹⁴ BLASCO PELLICER (2013), p. 89-91, destaca que la D.F. 4ª de la Ley 3/2012 da una nueva redacción a la D.A. 16ª de la Ley 27/2011, posteriormente desarrollada por el RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

¹⁵ Sobre la aportación económica al Tesoro público, en la doctrina, vid. ESTEBAN LEGARRETA (2015); ARAGÓN GÓMEZ (2016); y TRILLO GARCÍA (2012), p. 610-618.

¹⁶ Sobre el convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores de 55 o más años de edad, vid. TRILLO GARCÍA (2016); y MONEREO PÉREZ (2019).

van a tener muy difícil reincorporarse al mercado de trabajo, con los perjuicios que ello puede ocasionarles en su carrera contributiva de cara a la pensión de jubilación.

En definitiva, las mencionadas medidas pretenden atenuar las consecuencias socialmente negativas de los despidos colectivos, bien buscando una mayor protección de aquellos trabajadores vulnerables afectados (por ejemplo, en el caso de los trabajadores de mayor edad), o bien garantizando que el recurso a despidos colectivos masivos no va a perjudicar gravemente las finanzas públicas, como es el caso de las aportaciones económicas al Tesoro público.

2.2.- La incidencia de la reforma laboral operada por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012

La contextualización del objeto de estudio relativo a los criterios de selección en relación con el despido colectivo, no puede ignorar la importante reforma laboral que el régimen de despido experimentó en el año 2012 a través, primero, del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y posteriormente, tras la tramitación parlamentaria, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La importancia de dicha reforma se ha traducido en un intenso debate doctrinal sobre la misma, así como una elevada litigiosidad. Así, la doctrina no ha dudado en señalar que las modificaciones operadas en materia de despido colectivo por la reforma laboral de 2012 suponen las de mayor calado de las realizadas en los años precedentes, por lo que, si bien la reforma laboral de 2012 pretende flexibilizar tanto la entrada como la salida del mercado laboral, un sector doctrinal considera que la salida queda más facilitada que la entrada, al facilitar el recurso a las extinciones contractuales de modo considerable.¹⁷ La reforma laboral de 2012 ha tenido, pues, una especial incidencia sobre el régimen del despido colectivo en España.¹⁸ Una mayor facilitación del despido colectivo debería traer pareja, en principio, una ampliación de la

¹⁷ En este sentido se expresa CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, VALDÉS DAL-RÉ (2012), p. 7. Además, en la misma obra, en p. 2-3, critican el uso a su modo de ver abusivo por parte del Gobierno del instrumento normativo del Real Decreto-ley en el ámbito laboral. Por su parte, RAMOS QUINTANA (2009), p. 15, considera, con cierta ironía, que el modelo español de relaciones laborales ya es lo suficientemente flexible, al señalar que, de no ser así, no habría sido posible el elevado nivel de destrucción de empleo que ha tenido lugar al empezar la crisis económica.

¹⁸ DESDENTADO BONETE (2016), p. 32, considera que la reforma, si bien afecta a dos cuestiones importantes de la regulación del despido colectivo como son las causas y la supresión de la autorización administrativa, no afecta a la noción de despido colectivo propiamente dicha. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2012) señala que los cambios operados por la reforma son “los de mayor envergadura y los más rupturistas sobre la situación precedente”.

facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores despedidos, como a lo largo de la Tesis se analizará.

El aspecto más destacado de la reforma laboral de 2012, junto con la flexibilización del esquema causal del despido colectivo, es la desaparición de la autorización administrativa previa al despido colectivo, con lo que la autoridad laboral pierde su papel decisorio en materia de despido colectivo. Ello supone la pérdida de influencia de los poderes públicos sobre las regulaciones de empleo y supone un giro radical en la configuración del modelo español de despido colectivo.¹⁹ Como consecuencia, el modelo español de despido colectivo pasa de la figura del “despido propuesta” a la figura del “despido ejecutivo” por decisión unilateral del empresario, que estará controlado a nivel jurisdiccional por los órganos del orden social,²⁰ y en el que el período de consultas con los representantes de los trabajadores se convertirá en el nuevo centro de gravedad de la regulación del despido colectivo.

Con ello, la autoridad laboral pierde casi en su totalidad la capacidad de control previo que tenía sobre los despidos colectivos, en general, y sobre los trabajadores afectados en particular. La autoridad laboral ya no podrá controlar la concurrencia de las causas de despido, sino que tampoco podrá valorar el número de trabajadores afectados ni los criterios tenidos en cuenta por el empresario. Tras la reforma, el papel de la autoridad laboral queda limitado a un papel diría que coadyuvante en el período de consultas, asesorando a los negociadores y realizando advertencias, con función además informadora por parte de la Inspección de Trabajo.

De hecho, la intervención administrativa en los procedimientos de despido colectivo con anterioridad a la reforma laboral de 2012 ya había sido objeto de crítica por parte de varios sectores doctrinales, que consideraban que se trataba de un modelo que no estaba y no está presente en otros países de la Unión Europea y que no contempla la Directiva 98/59/CE en materia de despidos colectivos. Así, no existe un “interés público específico” que justificase una intervención pública en la materia, ya que el control de los despidos y de la concurrencia de la causa se puede hacer a través del control judicial,²¹ como sucede en la actualidad. Permitiendo que la Administración valore la existencia de la causa, o el volumen de afectados o criterios de selección, se estaba sustituyendo la labor jurisdiccional de control posterior.²² Hasta la reforma de 2012, la autorización

¹⁹ CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, VALDÉS DAL-RÉ (2012), p. 30.

²⁰ MONEREO PÉREZ (2012b), p. 316-317.

²¹ Tal y como señalaba DESDENTADO DAROCA (1996).

²² Así lo señalaba ARCE GÓMEZ (1997), p. 80.

administrativa constituía la “clave de bóveda” del modelo español de reestructuración de empresas.²³

Para GOERLICH PESET, la existencia de un régimen de autorización administrativa previa en materia de despido suponía una “anomalía” en el marco de la Unión Europea,²⁴ cuya supresión en 2012 permite que el modelo español converja con la regulación del despido colectivo existente en otros países europeos.²⁵ Así, la doctrina ha llegado a calificar el antiguo expediente de regulación de empleo como de “lento, burocrático, ineficaz y distorsionado”, lo que dilataba en el tiempo de manera artificiosa la adopción de la medida empresarial.²⁶ Ello, unido a la deficiente configuración de las causas, daba lugar a una enorme inseguridad jurídica que perjudicaba a empresas y trabajadores.²⁷ Dicha configuración del despido colectivo se convertía en un “serio obstáculo” a la rapidez que ante una crisis económica requieren las reestructuraciones empresariales,²⁸ por lo que se trataba, en definitiva, de un modelo “inapropiado” para que las empresas saliesen de la situación de crisis y mantuviesen un nivel de empleo estable, todo ello en un contexto de economía globalizada cada vez más exigente.²⁹

La E.M. de la Ley 3/2012 señala la “tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes” para obtener la autorización, normalmente a costa de pactar indemnizaciones superiores a la legal. Algunos autores se han referido incluso a la “ósmosis perversa” que suponía que muchos despidos colectivos se realizasen pactando indemnizaciones de 45 días.³⁰

²³ NAVARRO NIETO (1996), p. 195. Por su parte, BLASCO PELLICER (2013), p. 29 y ss., bajo el capítulo titulado elocuentemente “La nueva regulación de los despidos colectivos: *réquiem* por los expedientes de regulación de empleo”, señala como positiva la reforma, y considera que la configuración de las causas y la existencia hasta ese momento del llamado expediente de regulación de empleo constituían las dos principales deficiencias de la regulación del despido colectivo en el ordenamiento español. Vid. también, BLASCO PELLICER (2012b), p. 163; y sobre la supresión de la autorización administrativa, CABEZA PEREIRO (2012).

²⁴ GOERLICH PESET (1994b), p. 90.

²⁵ ORELLANA CANO (2012), p. 2. También se han mostrado críticos con la existencia de la autorización administrativa, SALA FRANCO, BLASCO PELLICER (2009); DESDENTADO BONETE, PUEBLA PINILLA (2010), p. 71-73; y MERCADER UGUINA (2016), p. 403.

²⁶ En estos términos, BLASCO PELLICER, GARCÍA TESTAL (2013), p. 844.

²⁷ En la doctrina, MARTÍNEZ MOYA (2012), p. 212.

²⁸ TASCÓN LÓPEZ (2012), p. 11.

²⁹ BLASCO PELLICER (2012a), p. 213-214, para quien prácticamente todas las medidas contempladas en la Ley 3/2012 tienen como objetivo mejorar la eficiencia del mercado de trabajo. Por el contrario, PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 22, califica dicha visión como “ciertamente optimista”.

³⁰ En esos términos, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (2012), p. 2. Para una mayor profundización sobre el autorización administrativa y sus disfunciones, vid. DESDENTADO BONETE (1995a), p. 256-257; DESDENTADO BONETE (1995b), p. 106 y ss.; GARCÍA MURCIA (1996), p. 42; y MARTÍN MORETA (2013).

Ello provocaba un cierto “bloqueo” del despido colectivo como vehículo de la reestructuración empresarial. En este sentido, parte de la doctrina ya había planteado la propuesta de desaparición de la autorización administrativa previa.³¹

Por ello, una mayoría de la doctrina ha celebrado la supresión de la autorización administrativa previa. GOERLICH PESET destaca que la supresión supone un importante instrumento de flexibilización parejo a la potenciación del período de consultas.³² Con ello se da término a un instituto, el de la autorización administrativa, que fue introducido en 1935 para paliar las consecuencias de la Gran Depresión, en particular el “paro obrero”, y mantenido por el franquismo en el Decreto de 1944 que aprueba la Ley de Contrato de Trabajo,³³ y posteriormente en democracia.

Pareja a la supresión de la autorización administrativa, la reforma laboral de 2012 supone, a juicio de varios autores, un reforzamiento del poder del empresario frente a los trabajadores y sus representantes legales y sindicales,³⁴ de modo que se produce un correlativo debilitamiento de la posición negociadora del banco social.³⁵

Como consecuencia, CRUZ VILLALÓN considera que la regulación del despido afecta a la distribución de las posiciones de poder entre las partes del contrato de trabajo, es decir, entre empresario y trabajador, y se refleja a lo largo de la vigencia del mismo, y no sólo en el momento de su término. Ello se traduce en una mayor libertad empresarial para despedir en el marco normativo, lo cual se traduce también en un mayor poder empresarial de determinación de las condiciones de trabajo durante la vigencia del contrato; mientras que, por el contrario, una menor libertad empresarial para despedir, manifestada por ejemplo en una regulación compleja y burocratizada del procedimiento de despido colectivo, confiere una mejor posición jurídica al trabajador durante la vigencia del contrato.³⁶ Para MIÑARRO YANINI se produce una “mutación” en la concepción del despido colectivo, de suerte que la normativa toma partido por una de las partes: la

³¹ PUEBLA PINILLA (2011), p. 310; y celebrado por BLASCO PELLICER (2012b), p. 168.

³² GOERLICH PESET (2012), p. 356-357, con cita a DESDENTADO BONETE (2016), p. 32. Sobre la autorización administrativa previa, vid. ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 279. Sobre la evolución histórica de la autorización administrativa, vid. SAGARDOY BENGOCHEA (1969); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2009); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1967), p. 441-507, que aborda el despido en época de la Segunda República; DESDENTADO DAROCA (1996); y MERCADER UGUINA (2016), p. 401-405.

³³ Sobre la normativa de la Segunda República y la evolución histórica posterior de la normativa en materia de despido colectivo, vid. DESDENTADO BONETE (2016), p. 30-31, y en mayor profundidad, DESDENTADO BONETE (1998).

³⁴ Así lo aprecia MONEREO PÉREZ (2012b), p. 317.

³⁵ Así lo considera MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 2.

³⁶ CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 230-231.

empresa.³⁷ Ello conlleva el debilitamiento de la posición de los representantes de los trabajadores en la negociación del despido colectivo, con el parejo robustecimiento de la posición de poder del empresario.³⁸

Por otro lado, algunos autores también han criticado la “exorbitante valoración del componente jurídico-laboral”³⁹ en la crisis económica, lo que se ha traducido en achacar a la normativa jurídico-laboral española la responsabilidad respecto al elevado nivel de desempleo estructural y las altos índices de destrucción de empleo, de suerte que una modificación legislativa en ese ámbito podría solucionar los problemas que padece de manera estructural el sistema económico español.⁴⁰ A la postre, diversos autores señalan que la contribución del BOE, es decir, de las normas aprobadas, a la creación de empleo u otras variables de tipo fundamentalmente económico, es limitada,⁴¹ si bien es cierto que considero que pueden servir de incentivo.⁴²

Volviendo a la cuestión de la reformulación del despido a favor de los poderes del empresario, dicho desequilibrio se manifiesta también en una mayor objetivación y atenuación de las causas de despido colectivo.⁴³ En este sentido, reviste especial trascendencia la supresión del requisito de que las causas deban incidir en la viabilidad de la empresa o en la capacidad de mantener el volumen de empleo, así como la supresión de la necesidad de justificar la razonabilidad de la medida extintiva con respecto a parámetros económico-empresariales como “favorecer su posición competitiva en el mercado” o “una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, justificación de la razonabilidad que recaía sobre el empresario, y que según la E.M. del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 incorporaban “proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una

³⁷ MIÑARRO YANINI (2012), p. 2.

³⁸ MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 2. Por su parte, PALOMEQUE LÓPEZ (2012), p. 39-42, entiende la reforma como una “operación legislativa de flexibilización profunda del modelo laboral”, ya que su objetivo político es la flexiguridad. Señala que en esta ocasión la reforma ha ido más lejos que hasta el momento, pues se han adoptado soluciones normativas que afectan al equilibrio del modelo laboral, potenciando el poder del empresario sobre las condiciones de trabajo durante la relación laboral y sobre la capacidad de extinguir la misma, en detrimento del poder contractual colectivo de los trabajadores.

³⁹ MIÑARRO YANINI (2012), p. 2.

⁴⁰ APARICIO TOVAR (2012a), p. 145.

⁴¹ GOERLICH PESET (2012), p. 378.

⁴² En este sentido lo entiende SEMPERE NAVARRO (2016), p. 676, para quien las normas laborales cumplen un “papel colaborador”, aunque considera “exagerado” responsabilizar a ellas solas de consecuencias económicas de considerable envergadura, como el elevado nivel de desempleo.

⁴³ Sobre las causas de despido colectivo, vid. APARICIO TOVAR (2012b); y GOERLICH PESET (2012), p. 351 y ss.

valoración finalista”, lo que obligaba a los tribunales a realizar juicios de oportunidad que corresponden únicamente a la empresa.⁴⁴

La reforma laboral de 2012 lleva a cabo, pues, una considerable objetivación de las causas, ahondando en la línea iniciada con la reforma laboral de 2010; y, consecuentemente, una objetivación de su control, de modo que los tribunales no pueden efectuar juicios de oportunidad sobre las medidas adoptadas. Así, una vez acreditada la causa por el empresario, aspectos como el alcance de la medida adoptada, tanto desde el punto de vista cuantitativo (número de afectados) como desde el punto de vista cualitativo (quiénes son los afectados, y con qué alcance), corresponden a la esfera de la decisión empresarial, no siendo posible, como regla general, un mayor control por parte de los tribunales.⁴⁵ Dicha relajación en las causas tiene, por tanto, incidencia sobre la selección de los trabajadores, ya que la causa por la que su contrato puede verse extinguido es mucho más abierta, lo cual a su vez restringe el ámbito de control a realizar por los tribunales. Ello pone de relieve el objetivo manifiesto de la reforma, que era reducir la discrecionalidad judicial y reducir la imprevisibilidad frente a la judicialización de los despidos, el principal temor de las empresas que acometen reestructuraciones.⁴⁶

En definitiva, y esto es lo relevante, la doctrina considera que el empresario dispone, conforme a este nuevo marco normativo de modo claro, de un margen de reconocida discrecionalidad en la gestión de la reestructuración empresarial y en la elección de las medidas adoptadas –y en cómo las adopta– para abordar la crisis.⁴⁷ Entre las medidas a adoptar se encuentra, por supuesto, el despido colectivo, siendo de destacar que tras la reforma laboral, la normativa ya no trata de mantener a toda costa la vigencia del contrato de trabajo, sino promover la competitividad empresarial. Así, según BLASCO PELLICER, “la protección inmediata de la competitividad empresarial resulta ser la protección de futuro de la estabilidad en el empleo”.⁴⁸ Así lo han entendido también algunos pronunciamientos judiciales. La STSJ Madrid de 11 de julio de 2012 (proc. 32/2012)

⁴⁴ Vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 31.

⁴⁵ En este sentido se manifiesta BLASCO PELLICER (2013), p. 32.

⁴⁶ GOÑI SEIN (2012), p. 34; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 20-21 y 90.

⁴⁷ DESDENTADO BONETE (2012a), p. 7.

⁴⁸ BLASCO PELLICER (2013), p. 35. También es cierto que el objetivo de conseguir la estabilidad en el mercado de trabajo vía flexibilización de los despidos no se ha conseguido en el pasado, a pesar de varias reformas en ese sentido. Vid. al respecto, GOERLICH PESET (2012), p. 378, quien considera, además, que la facilitación de la flexibilidad externa puede tener como efecto contraproducente justo el contrario del deseado por la norma, que es el de incentivar las medidas de flexibilidad interna como alternativa precisamente a las medidas de flexibilidad externa o extinciones, que se supone deben constituir medidas de *ultima ratio*.

señala que los despidos colectivos “son un coste social para ayudar a empresas en crisis o con dificultades de productividad que afectan de forma real y objetiva a su supervivencia, permitiendo y facilitando tras la aplicación de esa medida extraordinaria, su pervivencia en el mercado como garantía de generación de empleo y de riqueza futura para la sociedad en su conjunto.”⁴⁹ No en balde, muchos criterios de selección habitualmente empleados en despidos colectivos, como el nivel de formación del trabajador, el rendimiento, la polivalencia y adaptabilidad, o la idoneidad para el puesto, son criterios de estricta consideración competitivo-empresarial, ya que con ellos la empresa pretende continuar su actividad con los trabajadores que le resulten más provechosos en el sentido productivo y no estrictamente económico.

Ahora bien, la discrecionalidad del empresario para elegir las medidas con las que afronta una situación económica negativa no debe ser confundida con arbitrariedad, pues el empresario no goza de un poder absoluto e ilimitado, pues, aun pudiendo disponer de manera amplia de una facultad discrecional para adoptar medidas que permitan a su empresa superar la situación negativa por la que atraviesa, no dispone de una facultad absoluta para incidir en las condiciones laborales y en la extinción de los contratos de sus trabajadores. En ese sentido, las facultades empresariales se encuentran enmarcadas dentro del perímetro de unos límites, que pretenden equilibrar dicha facultad empresarial con otros intereses jurídicos legítimos en juego. El perímetro en el que se sitúan dichos límites, y que por lo que respecta a los criterios de selección se estudiarán en el Capítulo IV, es en el que operará el control judicial sobre las decisiones del empresario. Dichos límites, en el marco de los criterios de selección, son principalmente el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores, en especial a no ser discriminado o sufrir un trato desigual o arbitrario, el respeto a las reglas sobre prioridad de permanencia establecidas legal o convencionalmente o pactadas en acuerdo alcanzado durante el período de consultas, la prohibición del fraude de ley y el abuso de derecho en el marco de la buena fe contractual, y el principio de proporcionalidad como principio general del derecho.

Como consecuencia de otorgar al empresario un mayor poder discrecional respecto a los despidos, la reforma laboral ha recibido importantes críticas doctrinales.⁵⁰ De hecho,

⁴⁹ En la doctrina, CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 241-242, hace referencia: “La estabilidad en el empleo en todos sus términos tan sólo queda asegurada por un patrón de crecimiento económico estable y basado en criterios de productividad y competitividad de las empresas.”

⁵⁰ Vid. FALGUERA BARÓ (2012).

algunos autores han discutido la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012,⁵¹ al considerar que vulnera el derecho a no ser despedido sin justa causa del art. 35 CE y art. 9 del Convenio núm. 158 OIT,⁵² pues la limitación en el control judicial sobre el despido colectivo supondría una reducción del contenido esencial del derecho a no ser despedido sin justa causa, que tiene relevancia constitucional ex art. 35 CE.⁵³

La propia Ley 3/2012 ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad, que ha sido resuelto por la STC 8/2015, de 22 de enero (rec. 5610/2012), avalando la constitucionalidad de la reforma. La STC 8/2015 destaca, respecto del despido colectivo, que la reforma de 2012 “dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización”, lo cual permite al juez realizar un “control efectivo tanto sobre la concurrencia de la causa, como sobre la adecuación a la decisión extintiva.”⁵⁴ Dicha sentencia ha sido también objeto de un intenso debate doctrinal.⁵⁵

En definitiva, la reforma laboral de 2012 ha traído consigo una mayor flexibilidad, no sólo externa, sino también interna. Así, uno de los objetivos de la reforma laboral de 2012 es el fomento de la flexibilidad interna en las empresas, como alternativa a la flexibilidad externa.⁵⁶

⁵¹ Vid. SUÁREZ CORUJO (2013). También PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 48-50. Dicho autor considera que únicamente mediante un control finalista del despido a través de las figuras del fraude de ley y el abuso de derecho podría considerarse la constitucionalidad de la normativa.

⁵² El Convenio núm. 158 OIT vincula al Reino de España ex art. 96.1 CE y art. 5 CC, y, como tratado internacional, tiene relación jerarquía con respecto a la ley, por lo que su aplicación debe prevalecer. Sobre el Convenio núm. 158 OIT y su incidencia en el modelo español de despido colectivo, vid. MONEREO PÉREZ (2012b), p. 322 y ss.; MIÑARRO YANINI (2011); MIÑARRO YANINI (2012); y RAMOS QUINTANA (2009).

⁵³ Sobre ello se han pronunciado la STC 22/1981, de 2 de julio (cuestión de inconstitucionalidad 223/1980), F.J. 8º, y la STC 192/2003, de 27 de octubre (rec. 4492/2001), F.J. 4º, que señala: “lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho.” En este sentido, vid. BAYLOS GRAU, PÉREZ REY (2009), p. 53.

⁵⁴ Vid. STC 8/2015, de 22 de enero (rec. 5610/2012), F.J. 7º. La STC 119/2014, de 16 de julio (rec. 5603/2012) también aborda la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, aunque referida a otros aspectos distintos al despido colectivo.

⁵⁵ Sin profundizar más sobre el debate de la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, ya resuelto por el Tribunal Constitucional, cabe citar aquí algunos autores que han analizado críticamente dicho pronunciamiento: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2015); MONTROYA MELGAR (2015); SANGUINETI RAYMOND (2015); y SEMPERE NAVARRO (2015).

⁵⁶ Vid. MARTÍN MORETA (2013), p. 1.

La flexibilidad interna en las empresas pretende ser una forma de evitar o reducir el recurso a las extinciones contractuales (flexibilidad externa). Por ello, se han potenciado y facilitado distintas medidas, entre las que destacan la regulación de la clasificación profesional, que pasa a sistematizarse por grupos, extinguiéndose las clásicas categorías (art. 22 ET); la facilitación del recurso a la movilidad funcional (art. 39 ET); la facilitación del recurso a la movilidad geográfica (art. 40 ET); la reforma del régimen de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET); las suspensiones de contratos o reducciones de jornada por causas empresariales (art. 47 ET);⁵⁷ o la reforma del art. 82.3 ET en materia de descuelgue convencional.⁵⁸ También cabe destacar una mayor descentralización de la negociación colectiva, otorgando mayor protagonismo a los convenios de ámbito de empresa en detrimento de los sectoriales.⁵⁹

GOERLICH PESET señala que el Gobierno quiso presentar la reforma laboral de 2012 como una reforma “de envergadura”, cuando en verdad se trata del “resultado de la decantación de un largo proceso evolutivo abierto con la reforma de 1994”, por lo que su singularidad radica en culminar las tendencias evolutivas previas en la línea de una mayor flexibilidad.⁶⁰ De hecho, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ya señaló en la E.M. como uno de sus objetivos el de “proporcionar adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral”.⁶¹

Lo cierto es que en la actualidad el empresario dispone de una amplia variedad de medidas de flexibilidad interna para adaptarse a las situaciones económicas adversas, lo cual hace que sea más deseable acudir a las mismas antes de proceder a extinciones de puestos de trabajo.

2.3.- Una aproximación a los cambios en la configuración del control judicial

⁵⁷ Al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA (2012).

⁵⁸ Sobre flexibilidad interna, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2012b).

⁵⁹ Al respecto, MERCADER UGUINA (2012). Para GOÑI SEIN (2012), p. 27, se trata de una “panoplia” de medidas flexibilizadoras internas que no disponen de preferencia legal para ser aplicadas, configurando así un modelo abierto en el que el empresario puede acudir a las medidas que estime pertinentes, pero sin que unas estén subordinadas a otras.

⁶⁰ GOERLICH PESET (2012), p. 341 y 378.

⁶¹ Al respecto, GOERLICH PESET (1994b), p. 89. De hecho, en esa línea, la reforma laboral de 1994 “flexibilizó” la intervención de la autoridad laboral en el despido colectivo, en un paso más hasta su completa supresión en la reforma laboral de 2012. Sobre la reforma laboral de 1994 en materia de despido, vid. VALLE VILLAR (1996).

La reforma laboral de 2012 ha traído como consecuencia una limitación en el alcance del control jurisdiccional sobre las causas del despido colectivo. Por lo tanto, como consecuencia de dicha reforma, la acreditación de las causas constituye la principal materia objeto de prueba por parte del empresario.⁶² Así, el control judicial se limita a valorar la proporcionalidad de la medida adoptada por el empresario, lo que equivale a realizar un juicio de funcionalidad o instrumentalidad, para determinar que la extinción de los puestos de trabajo es necesaria en atención a las causas alegadas y dicha extinción sirve para superarlas.⁶³ La clave para evitar problemas en el control del despido y su judicialización, es que las causas de despido establecidas legalmente estén redactadas en un modo suficientemente claro y objetivo, de suerte que pueda ser previsible cuál va a ser el pronunciamiento del juez.⁶⁴ Lo contrario favorece, precisamente, que el juez haga inapropiados juicios de oportunidad o finalistas. Ciertamente, la actual redacción de las causas de despido colectivo no parece haber solucionado el problema, pues ha habido un aumento de la litigiosidad.

El cambio más llamativo operado en la redacción del art. 51.1 ET tras la reforma laboral es la supresión de la referencia, en las causas económicas, a que el despido contribuyese a “superar” la situación económica negativa de la empresa; y en las causas técnicas, organizativas y productivas, que contribuyese a “garantizar la viabilidad futura” de la empresa y el empleo en la misma a través de una “más adecuada” organización de los recursos. La supresión de dichas referencias reduce el “margen de apreciación” jurisdiccional sobre las medidas de despido colectivo planteadas por el empresario,⁶⁵ lo que contribuye a limitar el control judicial a un juicio de constatación de unos hechos: las causas, con las matizaciones que más adelante realizaré.⁶⁶ Para MARTÍN VALVERDE,⁶⁷ el legislador de 2012 pretende que la limitación de la valoración de la causa a unos “hechos simples” excluya la valoración de elementos finalistas u objetivos económicos, generando una mayor previsibilidad y objetividad en el control judicial. Ahora bien, explica que el concepto de “causa” no puede interpretarse, por su propio significado semántico, como “meros” hechos, pues la causa siempre se refiere a hechos “causalmente encadenados” (“hechos relacionales”), por lo que la supresión de los elementos de incertidumbre

⁶² Así lo ha expresado BLASCO PELLICER (2013), p. 32. Sobre el control judicial en la reforma laboral de 2012, vid. GOÑI SEIN (2012), p. 30-34; y BODAS MARTÍN (2012), p. 509 y ss.

⁶³ DESDENTADO BONETE (2012a), p. 5.

⁶⁴ Así lo señala CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 243.

⁶⁵ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 91.

⁶⁶ Así lo expresa MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 25; y TOSCANI GIMÉNEZ (2012), p. 66.

⁶⁷ MARTÍN VALVERDE (2016), p. 158-159.

previstos en la normativa previa no excluye que el juzgador deba pronunciarse sobre el nexo entre los hechos causantes y los hechos causados. El mismo autor señala que la conexión de funcionalidad en el despido colectivo debe entenderse referida a un “criterio o estándar flexible de valoración general”, que se concreta en la valoración del “interés de la empresa”. Ahora bien, y ésta es la cuestión fundamental: la determinación del “interés de la empresa” corresponde a su titular, que no es otro que el empresario, en virtud del principio de libertad de empresa del art. 38 CE, y en el que el control jurisdiccional no puede entrar. En este sentido, dicha libertad no es absoluta, y está sometida a unos límites, entre los cuales está la necesaria ponderación de otros bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho al trabajo del art. 35 CE, del cual se deriva el principio de necesaria causalidad del despido. En definitiva, el empresario debe acreditar no unos “meros” hechos, sino unas causas que por sus circunstancias han afectado al interés de la empresa, y en grado tal de requerir la extinción de los contratos de trabajo afectados.⁶⁸

Con ello se resume la problemática que nos ocupa: si bien la reforma ha pretendido objetivar las causas de despido, lo cierto es que la medida empresarial implica una decisión de gestión empresarial, la cual, si bien está sujeta a límites, resulta de difícil control por parte de los tribunales. Cabe decir que, no obstante el tenor normativo, la doctrina ya señaló –de un modo que posteriormente se ha confirmado acertado– que el control judicial tras la reforma iba a ser de “alta intensidad” y a generar un elevado número de nulidades.⁶⁹

Una interpretación tan restrictiva del alcance del control judicial en la materia, que es la que expresamente se infiere de la redacción de la E.M. del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012, constreñiría o restringiría el control judicial a los hechos, de modo que no alcanzase a la razonabilidad de la medida, ni a apreciaciones finalistas que traten de justificar la medida.⁷⁰ La simple constatación de los hechos excluiría el juicio de razonabilidad y el juicio de adecuación de la medida propuesta, y tal es la conclusión que se extrae de los textos normativos y de sus exposiciones de motivos, de suerte que la intención del legislador es que el control judicial se limite “a la constatación de la

⁶⁸ En este sentido, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en la STS de 30 de marzo de 2010 (rec. 1068/2009), estableciendo que la causa motivadora del despido por razones empresariales no puede ser una causa “genérica y remota”, sino una “causa concreta y próxima” a la decisión adoptada.

⁶⁹ Así lo aprecia DESDENTADO BONETE (2016), p. 32, si bien posteriormente la “intensidad” del control judicial se ha manifestado más por los numerosos procedimientos judiciales planteados, que por el alcance de dicho control.

⁷⁰ En estos términos, MIÑARRO YANINI (2012), p. 7.

conurrencia de la causa entendida como mero hecho”.⁷¹ Se trata, obviamente, de una interpretación excesivamente restrictiva, que ha tenido contestación entre varios sectores doctrinales. No es así, en cambio, para BLASCO PELLICER, quien señala que tras la reforma laboral de 2012, el “único elemento objeto de comprobación judicial” pasa a ser la acreditación de las causas, de suerte que ya no cabe aplicar criterios de valoración de la razonabilidad de la medida, ni de la adecuación de la misma a unos fines determinados, dando lugar la reforma a una “auténtica objetivación” del despido colectivo.⁷²

Varios autores, como he señalado, rechazan dicha interpretación que resulta del tenor literal de la propia norma. Así, GONZÁLEZ GONZÁLEZ considera que es “prácticamente imposible” sostener dicha interpretación, pues la función jurisdiccional debe regirse por los principios generales del derecho y, especialmente, por las exigencias constitucionales e internacionales, a través de los convenios internacionales suscritos por el Reino de España, y que forman parte del ordenamiento jurídico interno.⁷³ Así, el Convenio núm. 158 de la OIT otorga al juez español la facultad de determinar la concurrencia de las causas y también la facultad de pronunciarse sobre la justificación de la medida extintiva.⁷⁴ Por ello, algunos autores rechazan que el papel del juez tras la reforma se limite al de mero “notario” que comprueba la existencia de las causas como hecho, pues ello afectaría al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.⁷⁵

Por su parte, GOERLICH PESET se muestra contrario a considerar que tras la reforma laboral de 2012 haya desaparecido por completo cualquier control judicial adicional al de los meros hechos que motivan el despido.⁷⁶ Por ello, señala, en primer lugar, la “perplejidad” que provoca en el intérprete el expreso tenor literal normativo que limita el control judicial a la apreciación de los meros hechos, excluyendo el control sobre la

⁷¹ Así lo expresan, AGUSTÍ MARAGALL, SERNA CALVO (2012), p. 3.

⁷² BLASCO PELLICER (2012a), p. 217. En el mismo sentido, PUEBLA PINILLA (2012), p. 2, quien señala que la reforma no se limita a la objetivación de las causas, sino que también elimina los juicios de razonabilidad y de oportunidad de las medidas planteadas por el empresario. Por su parte, PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 92, se refiere a los citados autores como “un sector de la doctrina adalid de la interpretación más radical de la reforma”.

⁷³ GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2012), p. 6.

⁷⁴ El art. 9.1 del Convenio núm. 158 de la OIT señala: “Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación *estaba justificada*.” Las cursivas son mías. Vid. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (2012), p. 12.

⁷⁵ Vid. GOÑI SEIN (2012), p. 36; y GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2012), p. 6. También, AGUSTÍ MARAGALL, SERNA CALVO (2012), p. 3.

⁷⁶ GOERLICH PESET (2012), p. 354-356.

relación entre dichos hechos y la medida adoptada por el empresario. Por ello, y a pesar del tenor literal de la norma y de los propósitos expresados en la E.M. del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, cabe entender que el control judicial no puede limitarse a los “meros hechos” que motivan el despido, pero tampoco sustituir al empresario en su función de agente económico.

En consecuencia, el juez no podrá limitarse meramente a la constatación de las causas como hechos, sino que debe valorar la justificación de la medida, a través de un juicio de proporcionalidad establecido entre la medida propuesta y la situación acreditada.⁷⁷ Por lo tanto, hay que acreditar que la medida propuesta es justificada en relación con la causa.⁷⁸ De lo contrario, podrían ampararse en la norma decisiones claramente desproporcionadas, como despedir a un elevado número de trabajadores con fundamento en una causa económica de poca entidad.

En definitiva, se suprime el juicio finalista y de oportunidad de la medida, que en la anterior normativa figuraban expresamente en el redactado del precepto; pero se mantiene el juicio de razonabilidad de la medida. Ello se traduce en que los tribunales no van a valorar si la medida contribuye a superar la situación económica negativa de la empresa o a mantener el volumen de empleo, cuestiones que son de índole político-empresarial, pero sí van a valorar si las medidas propuestas son adecuadas a la coyuntura de crisis que atraviesa la empresa, si son razonablemente adecuadas a la causa alegada.

Uno de los primeros pronunciamientos tras la aprobación de la reforma laboral fue la SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012), que señala que “el despido estará justificado si existiendo una situación económica negativa o una innovación técnica, organizativa o productiva, esto tiene un efecto actual sobre los contratos de trabajo, haciéndolos innecesarios, por haber perdido su función económica social y su eficacia económica”.⁷⁹ Otras sentencias han señalado que, si bien el legislador ya no impone expresamente juicios finalistas o de oportunidad, como los relativos a la posición competitiva en el mercado, la viabilidad futura de la empresa, o el mantenimiento del volumen de empleo, sí que es cierto que el empresario deberá acreditar que la causa reviste entidad suficiente como para dejar “sin contenido económico” los contratos que se pretende extinguir. En consecuencia, no cualquier resultado negativo, aun de carácter

⁷⁷ Así lo aprecian MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 26; y TASCÓN LÓPEZ (2012), p. 14.

⁷⁸ En estos términos, GOÑI SEIN (2012), p. 36.

⁷⁹ En un sentido similar, las SSAN de 4 de abril de 2013 (proc. 66/2013), y de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012). Sobre la pérdida de utilidad económica de los contratos, fundamento para su justificada extinción, también están la SAN de 4 de julio de 2013 (proc. 169/2013); SAN de 21 de noviembre de 2013 (proc. 322/2013); y STS de 29 de septiembre de 2015 (rec. 1/2015).

mínimo, puede justificar el recurso a la flexibilidad externa, pues la medida debe “adecuarse razonablemente” a la intensidad de las causas.⁸⁰

La SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012) vino posteriormente reiterada por la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012), la SAN de 4 de abril de 2013 (proc. 66/2013), y la SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013), ésta última confirmada por la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), que han sintetizado la postura de los tribunales en torno al control judicial tras reformulación operada por la reforma laboral de 2012, y que exigen la acreditación de las causas a través de tres “fases”: situación negativa, incidencia en los contratos, y adecuación de la medida.⁸¹

Tras estos pronunciamientos iniciales, el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el control judicial en los despidos colectivos. La STS de 15 de abril de 2014 (rec. 127/2013) configura el control judicial de acuerdo con el estricto “test de proporcionalidad” propio de los juicios de constitucionalidad o que afectan a derechos fundamentales, y que pondera los distintos intereses constitucionales en juego.⁸² El test de proporcionalidad incluye los siguientes extremos: la adecuación o idoneidad de la medida propuesta para dar respuesta a las causas alegadas y satisfacer un fin legítimo; la necesidad de la medida para señalar su carácter indispensable para conseguir el fin; y la ponderación, o consideración de la medida como opción de *ultima ratio*, es decir, la no existencia de otra medida menos lesiva para conseguir los mismos fines. Esta postura restringe el margen de libertad de elección del empresario, ya que le impone acudir a medidas de flexibilidad interna que resultan menos lesivas para los derechos de los trabajadores si sirven para atender el fin perseguido, y, si bien se trata de un “test” apropiado para controlar medidas lesivas de derechos fundamentales, no parece el más

⁸⁰ SAN de 9 de febrero de 2014 (proc. 241/2014), y SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/13).

⁸¹ A modo de síntesis, podría citarse: «Así pues, la justificación del despido económico o productivo exigirá la superación de tres fases por las empresas:

a)- Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado.

b)- Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir.

c)- Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.

Por consiguiente, la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que *ha modificado su formulación*, (cursiva mía) que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa 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.»

⁸² Vid. MARTÍN VALVERDE (2016), p. 163-165; y SEMPERE NAVARRO (2016), p. 696.

idóneo para juzgar decisiones de naturaleza económico-empresarial. En consecuencia, según el juicio estricto de proporcionalidad, cuando el número de despedidos no sea proporcional a la causa acreditada, se declarará el carácter injustificado de la medida.⁸³

La configuración de la flexibilidad externa como medida de *ultima ratio* viene contemplada en otros pronunciamientos del Tribunal Supremo. La STS de 16 de julio de 2015 (rec. 180/2014) señala que “aunque la definición y el tratamiento de las causas de despido colectivo y de despido objetivo por necesidades de la empresa sean comunes y compartidas, no significa que una misma causa, entendida como hecho subyacente a la decisión extintiva, pueda legitimar indistintamente el recurso a despidos colectivos o individuales/plurales, debiendo entenderse que los primeros están reservados a supuestos en los que las causas se manifiestan con singular intensidad y extensión y alcanzan por ello a un mayor número de trabajadores, puesto que el legislador ha optado por primar la utilización de medidas de flexibilidad interna para evitar la flexibilidad externa, que se convierte, de este modo, en la *ultima ratio*”.

Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo han adoptado posiciones más matizadas y más cercanas a la del control de adecuación o de razonabilidad, aunque con distintas configuraciones. Así, la STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013) exige para justificar el despido la existencia de “un desajuste en la plantilla provocado por una situación económica negativa”, y configura el control judicial en el sentido que el órgano judicial “emite no sólo un juicio de legalidad, sino también de *razonable adecuación* entre la causa alegada y la medida acordada” (la cursiva es mía). También la STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) parece combinar el criterio de proporcionalidad con el criterio de adecuación o razonabilidad, al señalar que “uno de los ingredientes de la adecuación es la racionalidad de la medida, que obliga a excluir por contrarias a derecho las medidas carentes de elemental proporcionalidad”. Nótese que en este punto la referencia a la proporcionalidad se hace en sentido negativo, no exigiendo que la medida sea proporcional e inevitable –lo cual resultará muchas veces difícil de determinar por un órgano jurisdiccional–, sino descartando las medidas que carezcan de elemental proporcionalidad.

Por su parte, la misma STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) rechaza las afirmaciones de la E.M. del RDL 3/2012 que limitarían el control judicial a la constatación de la causa como mero hecho, y ello no sólo por la concurrencia de otros intereses constitucionales en juego, como el derecho al trabajo, sino también por los compromisos internacionales

⁸³ En un sentido similar, STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013).

suscritos por el Reino de España (arts. 4 y 9 Convenio núm. 158 de la OIT), y por la aplicación de principios generales del derecho (deber de buena fe, prohibición de abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo). Señala, pues resulta interesante citar aquí, que ello, en su conjunto, “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, 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 [...] en forma ajustada a los principios generales del Derecho”.⁸⁴ En suma, la reforma laboral no puede interpretarse en el sentido de vaciar por completo de contenido el control judicial del despido colectivo, pues la decisión del empresario debe adoptarse con respeto al resto de principios del ordenamiento jurídico, que deben interpretarse de forma sistemática.

Por lo tanto, tras la toma de posición por parte del Tribunal Supremo, cabe afirmar que la reforma laboral de 2012 configura un “control judicial de intensidad media”,⁸⁵ que valora la incidencia de las causas en el interés de la empresa, pero permite un marco de libertad de elección de las medidas a adoptar, dentro de los límites generales del ordenamiento. Así, la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), en el particular caso de los despidos motivados por causas económicas, señala los tres extremos, o fases antes mencionadas, que es necesario que el empresario acredite para que las extinciones estén justificadas, a saber: acreditación de la situación económica negativa; acreditación de que dicha situación es de suficiente entidad como para precisar el cese de determinados puestos de trabajo –sobre los cuales incide–; y acreditación de la *adecuación* de la medida extintiva a la situación negativa.⁸⁶

El Tribunal Supremo ha dado una respuesta prácticamente definitiva al debate doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance del control judicial a través de la STS de 20 de octubre

⁸⁴ Vid. también SEMPERE NAVARRO (2016), p. 695-696.

⁸⁵ MARTÍN VALVERDE (2016), p. 163-164.

⁸⁶ BODAS MARTÍN (2016), p. 111. En el mismo sentido, otros pronunciamientos judiciales citados, como la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012); STSJ Madrid de 9 de marzo de 2013 (proc. 18/2013); STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014); STS de 16 de junio de 2015 (rec. 273/2014).

de 2015 (rec. 172/2014), dictada en el asunto Tragsa. Para MARTÍN VALVERDE, esta sentencia ofrece un “balance sintético” de las posiciones previas expresadas por el Alto Tribunal, que en lo esencial asume la doctrina del control de adecuación, incorporando una “versión débil” del requisito de proporcionalidad.⁸⁷ El Tribunal Supremo parte del “carácter insoslayable” del control judicial sobre la suficiencia de la causa de despido colectivo, de suerte que el derecho de extinción contractual queda sujeto a distintos límites sustantivos. Dichos límites sustantivos son el derecho constitucional al trabajo y la aplicación de los principios generales del derecho, singularmente la exigencia de buena fe y la prohibición del abuso de derecho.

La sentencia fundamenta su doctrina en la “restricción o autocontención” del control judicial.⁸⁸ Ello se manifiesta en el hecho de que el juzgador “no puede, en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, censurar la oportunidad de la medida adoptada por el empresario en términos de gestión empresarial”, lo que en definitiva se traduce en que el órgano judicial no valora el carácter “óptimo” de la medida, sino simplemente su carácter “razonable” o adecuado, sin entrar en la idoneidad económico-empresarial de la misma. La delimitación del criterio de razonabilidad se concreta con una referencia en negativo al principio de proporcionalidad. En este sentido, señala que “han de excluirse como carentes de razonabilidad, y son 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”.⁸⁹ Dicha referencia recuerda a la mención a las medidas que carezcan de elemental proporcionalidad, en los términos que ya expresó la STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

Dicha modulación que en sentido negativo realiza la “patente desproporción” sobre el criterio de razonabilidad o adecuación no se efectúa en términos estrictamente numéricos o matemáticos, y no está relacionada con el “test” constitucional de proporcionalidad que restringe el recurso a los despidos colectivos como medida de *ultima ratio* –visto en la STS de 15 de abril de 2014 (rec. 127/2013)–, ya que deja un margen de actuación a la decisión empresarial. En línea con ello, los tribunales han señalado que el criterio de la proporcionalidad (o prohibición de patente desproporción de la medida) no puede implicar que el órgano juzgador asuma funciones de gestión económico-empresarial, pues

⁸⁷ MARTÍN VALVERDE (2016), p. 165-167.

⁸⁸ MARTÍN VALVERDE (2016), p. 166.

⁸⁹ MARTÍN VALVERDE (2016), p. 166, y cursiva suya. Sobre la “patente desproporción”, la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) (F.J. 13º) señala que “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 aquella o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo”.

dichas funciones corresponden en exclusiva al empresario.⁹⁰ Así, “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,⁹¹ ni tampoco fiscalizar si la gestión de la empresa ha sido o es la adecuada, lo que queda fuera de su ámbito de control, ni sustituir las medidas decididas por el empresario en el ejercicio de la libertad económica”.⁹²

En definitiva, parece claro que la adopción de la medida de reestructuración queda dentro del marco de decisión empresarial, con respeto a los límites reseñados. BLASCO PELLICER señala que “la elección de la medida en términos cuantitativos y cualitativos pertenece a la esfera de decisión empresarial, y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial”, en lo que a decisión de gestión empresarial se refiere.⁹³ En el marco del despido colectivo, la delimitación de la medida en términos cuantitativos se refiere necesariamente al número de afectados, que corresponderá determinar al empresario. Por lo que respecta a la delimitación cualitativa, ello afecta a los criterios de selección, es decir, a qué trabajadores, y conforme a qué parámetros, decidirá afectar el empresario. Se trata pues de cuestiones que atañen al ámbito de la gestión de la empresa, y por lo tanto hay que considerarles aplicables las consideraciones doctrinales en materia de despido y control judicial.

Pero, además de determinar el alcance de una eventual medida extintiva, el empresario tiene también libertad para elegir qué medida adoptar ante una situación adversa, dentro de las posibilidades que contempla el marco jurídico-laboral, pues de lo contrario el juez estaría asumiendo una “gestión empresarial alternativa”⁹⁴ que no se corresponde con la función que tiene constitucionalmente atribuida. Es pues al empresario a quien corresponde la facultad de elegir la medida de entre las diversas posibilidades que le ofrece el ordenamiento jurídico-laboral, y no al órgano juzgador, a quien corresponde únicamente el control de legalidad de la medida.⁹⁵ Ahora bien, ello debe ser señalado en

⁹⁰ SAN de 19 de noviembre de 2013 (proc. 293/2013).

⁹¹ STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), y STS de 27 de enero de 2014 (rec. 1/2013).

⁹² SAN de 28 de septiembre de 2012 (proc. 152/2012). La reflexión que cabe plantear en torno a esta cuestión es que el ordenamiento jurídico no sanciona la mala gestión empresarial, que es una cuestión estrictamente económica, y no jurídica.

⁹³ BLASCO PELLICER (2012a), p. 217.

⁹⁴ MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 26.

⁹⁵ GOÑI SEIN (2012), p. 37, señala: “en principio, el empresario puede elegir libremente [...] y difícilmente puede entrar el juez a hacer un juicio de imprescindibilidad o de estricta necesidad del despido, frente a otras medidas de flexibilidad o movilidad interna, como modificaciones sustanciales, suspensiones de contrato o reducciones de jornada.”

línea de principio, pues la elección de la medida debe estar sujeta también a una serie de límites, en particular los generales del ordenamiento jurídico y la interdicción de la patente desproporción de la medida, en línea con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

Por lo tanto, dos son los ámbitos en los que hay que valorar el margen discrecional del que goza el empresario en ejercicio de sus facultades directivas amparadas por el principio constitucional de libertad de empresa del art. 38 CE. En primer lugar, la libertad para elegir entre las distintas medidas de flexibilidad que ofrece el legislador, bien sean de carácter interno (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones de contrato, reducciones de jornada, inaplicación de convenio colectivo –descuelgue–, movilidad geográfica, movilidad funcional), o de carácter externo (despidos). Aunque en línea de principio se haya aceptado la libertad empresarial al respecto, en esos casos resulta difícil aceptar que el empresario disponga de absoluta libertad para elegir entre medidas que, si bien se fundamentan en causas sustancialmente iguales, tienen implicaciones muy diferentes para los trabajadores afectados.⁹⁶

En segundo lugar, la libertad para elegir el alcance cuantitativo (es decir, número de afectados) una vez se ha optado por una de esas medidas; y el alcance cualitativo: qué trabajadores se verán afectados, como ya se ha comentado.

El reconocimiento para el empresario de un margen de discrecionalidad absoluto en todos estos extremos podría dar lugar a una actuación empresarial arbitraria. En este sentido, GOERLICH PESET recuerda que los intereses constitucionales en juego a la hora de aplicar las distintas medidas de flexibilidad que contempla el legislador no son los mismos.⁹⁷ A este respecto, la STS de 17 de mayo de 2005 (rec. 2363/2004) señala que “la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (‘flexibilidad externa’ o ‘adaptación de la plantilla’) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (‘flexibilidad interna’ o ‘adaptación de condiciones de trabajo’)”. La flexibilidad externa afecta, obviamente, al derecho constitucional al trabajo ex art. 35 CE.

⁹⁶ Así lo ha enfatizado GOERLICH PESET (2012), p. 354, que apenas aprobada la reforma laboral ya consideró la existencia de razones fundadas para considerar que, a pesar de la “contundente” redacción de la E.M. del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, no resulta admisible que el empresario disponga de una discrecionalidad absoluta.

⁹⁷ GOERLICH PESET (2012), p. 354.

El Tribunal Supremo vincula la elección de las distintas medidas de flexibilidad con el principio constitucional de libertad de empresa del art. 38 CE, al señalar que “la distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la ‘libertad de empresa’ y de la ‘defensa de la productividad’ reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de ‘reestructuración de plantilla’, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la ‘libertad de empresa’ y el ‘derecho al trabajo’ de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional”.⁹⁸

En definitiva, el margen de discreción del empresario a la hora de elegir entre las distintas medidas de flexibilidad que le proporciona el ordenamiento, aun reconociendo la amplitud del mismo y como integrante de las facultades directivas del empresario, debe hacerse ponderando los intereses constitucionalmente en juego, que, en el caso de los despidos colectivos, será el derecho al trabajo contenido en el art. 35 CE, junto con el principio de libertad de empresa del art. 38 CE. Ello significa que no existe una facultad absoluta de elección alternativa entre las distintas medidas, sino que, debe subsistir un “espacio de control adicional” al de los meros hechos en los que se fundamenta la adopción de la medida.⁹⁹ Para justificar la subsistencia de un cierto control sobre la adopción de medidas empresariales, se han barajado también otros argumentos hermenéuticos, como el relativo a la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales ex art. 120.3 CE.¹⁰⁰

Para BLASCO PELLICER, la interpretación adopta otra perspectiva. En primer lugar, admite que al empresario le corresponde, exclusivamente, la carga probatoria relativa a los hechos que motivan la medida: las causas, no siendo exigible ningún tipo de justificación

⁹⁸ BODAS MARTÍN (2012), p. 516. Posición también sostenida en la SAN de 28 de mayo de 2012 (rec. 81/2012). Por su parte, la SAN de 8 de julio de 2013 (proc. 180/2013) señala que es recomendable simultanear con los mismos interlocutores la negociación sobre el despido colectivo y otras medidas, fundamentalmente de flexibilidad interna, como las suspensiones de contratos, reducciones de jornada, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, etc., ya que con ello se consigue reducir los efectos de la flexibilidad externa.

⁹⁹ GOERLICH PESET (2012), p. 355. De hecho, la propia regulación legal incluye alguna diferencia respecto de los hechos, lo cual haría pensar en diferentes grados de intensidad o gravedad de la crisis empresarial a la hora de acudir a unas medidas u otras. En este sentido, en el art. 51.1 ET, las causas económicas incluyen el dato objetivo de los tres trimestres consecutivos de pérdidas, lo que da la idea de exigir una mayor gravedad en la situación de crisis para poder acudir a la medida extintiva. En el sentido de exigir –y de poder ser valorada por parte del juez– una determinada “gravedad” o nivel de intensidad de la situación fáctica, se expresa APARICIO TOVAR (2012a), p. 162 y ss.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ MOYA (2012), p. 211-212.

añadida de carácter finalista o de oportunidad, suprimidos del tenor legal del precepto actualmente vigente. Dicha interpretación va en línea, pues, con el tenor literal y el propósito de la reforma laboral de 2012. Ahora bien, no obstante eso, hay que añadir un segundo “nivel” hermenéutico, en el que la medida habrá de ser valorada según los principios generales del derecho y, en particular, por el principio de buena fe del art. 7 CC y la prohibición del abuso de derecho. En consecuencia, la facultad empresarial no podrá ejercerse “sobrepasando manifiestamente los límites normales” del ejercicio del derecho; aspecto, éste último, en el que la carga probatoria recaería sobre el trabajador, pues la buena fe se presume.¹⁰¹

Con todo lo señalado, queda establecido el contexto normativo del despido colectivo y del control judicial que es posible efectuar sobre la decisión empresarial. La doctrina en relación con el control judicial debe entenderse aplicable también al control judicial de los criterios de selección, pues la determinación de los mismos forma parte también de la decisión empresarial. Por ello, sentado eso, es necesario estudiar la facultad de determinar o seleccionar qué trabajadores se van a ver afectados por la medida, como ámbito más específico de la decisión empresarial de reestructuración, tal y como se aborda en el siguiente Epígrafe.

3.- LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS: LIBERTAD DE EMPRESA Y PODER DE DIRECCIÓN

Como se ha visto en el Epígrafe anterior, la reforma laboral de 2012 en general, y el control judicial del despido colectivo en particular, han suscitado interesantes debates y críticas doctrinales y de los tribunales. En cambio, el debate doctrinal en torno al despido colectivo por razones económicas o empresariales no ha sido profuso en lo que respecta a los criterios de selección de los trabajadores afectados por el mismo. Así, las obras doctrinales dedicadas específicamente a dicha cuestión no abundan en exceso, mientras que otros autores han abordado el despido colectivo sin hacer mayor mención a los criterios de selección. A ello contribuye también el hecho de que se trata de una materia que cuenta con escasa regulación normativa, ya que la ley sólo obliga al empresario a

¹⁰¹ BLASCO PELLICER (2012b), p. 166-167. Para GOERLICH PESET (2012), p. 356, esta interpretación es más equívoca y genera mayor inseguridad jurídica, justo en la línea contraria de mayor objetivación de las reglas que rigen las medidas de flexibilidad en general, y el despido colectivo en particular. Ahora bien, se trata de principios generales del derecho que, junto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no podemos sustraer de la relación que se establece entre empresario y trabajador.

informar sobre los criterios de selección en el procedimiento de despido colectivo, pero no concreta mayores detalles al respecto; y que cuenta con un solo límite específico: la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, a la cual la doctrina sí que ha prestado una relativa mayor atención. Con independencia de ello, se trata de una cuestión que reviste especial interés, y que ha suscitado problemas en los tribunales, debido a la gran casuística que plantea y, sobre todo, en torno a la delimitación de unos límites al establecimiento de dichos criterios.

La selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, en la actualidad, y a diferencia de lo que ocurría en la normativa previa a 1980, no tiene carácter reglado. Como consecuencia, la selección de los trabajadores afectados constituye una manifestación de la potestad de gestión económico-empresarial de que dispone el empresario para mejor gestionar sus intereses: el empresario determinará los criterios conforme mejor convenga a sus intereses, quedando a salvo, por supuesto, los eventuales pactos convencionales (en convenio colectivo) o acuerdos alcanzados durante el período de consultas. Por lo tanto, al hablar del establecimiento de los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, se está hablando del ejercicio de una facultad empresarial que es ejercida libremente y conforme a unos límites que señala el ordenamiento jurídico.

La mayoría de la doctrina concibe la selección de los trabajadores afectados como una facultad empresarial que es manifestación del principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y del ejercicio del poder de dirección (art. 20 ET).¹⁰² Se trata, pues, de una facultad empresarial libre, que corresponde al propietario de los medios de producción: el empresario. En consecuencia, la empresa dispone de un amplio margen para determinar qué trabajadores van a verse afectados por la medida de despido colectivo, en función de sus intereses empresariales, ya que la elección del concreto trabajador afectado por el despido colectivo forma parte del ámbito de decisión intransferible del empresario,¹⁰³ como anteriormente se ha anticipado. Por ello, tanto la fijación de los criterios (*lato sensu*) como la aplicación individualizada de los mismos (*stricto sensu*), corresponden al marco

¹⁰² Vid. específicamente sobre esta cuestión, VALDÉS DAL-RÉ (1999); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989b); FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (2010); BLASCO PELLICER (2009); y VIVERO SERRANO (2013).

¹⁰³ Así lo considera ARCE GÓMEZ (1997), p. 33. Señala, además, que “la adecuación de la conducta extintiva de la empresa a los mandatos legales no pasa por la justificación de que la elección del trabajador despedido deba ser razonada”.

de libertad que le confiere al empresario el ejercicio de los poderes de dirección; libertad que está limitada por la ley y la negociación colectiva.¹⁰⁴

La libertad de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo está relacionada también con la libertad de contratación.¹⁰⁵ En este sentido, el empresario elige los trabajadores que estima más idóneos para su empresa. Dicha libertad se manifiesta tanto en el momento de la contratación, como en el momento de seleccionar qué trabajadores permanecen en la empresa en caso de reestructuración. En este sentido, se plantea la problemática de cómo conjugar la aplicación de criterios relacionados con la idoneidad del trabajador, con la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, que no tiene carácter absoluto. También se plantea la problemática de la selección discriminatoria, obviamente prohibida por nuestro ordenamiento, cuestión que es común tanto para la extinción de la relación laboral como en el momento inicial de la contratación –si bien en éste último caso es difícil de controlar–.

Hay que tener presente que el contrato de trabajo es una obligación establecida *intuitu personae*, por lo que no es reprochable que el empleador prefiera a un trabajador sobre otro, siempre que en su elección no medien motivaciones discriminatorias. Así lo han señalado los tribunales desde hace décadas, pudiendo destacar la STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 1994 (AS 3493), que señala que “no viniendo establecido el orden de preferencia por norma convencional, debe ser respetada la decisión del empleador como una manifestación del poder de dirección y control de la actividad empresarial que el art. 20 ET reconoce a su favor, cuando no se demuestra que esta decisión obedece a causa torpe, fraudulenta o discriminatoria”.

Por lo tanto, sentado el hecho de que el empresario dispone de un “amplio margen de libertad” para configurar los criterios de selección, dicho margen se encuentra sujeto a una serie de límites, y debe interpretarse como una manifestación del principio constitucional de libertad de empresa y del poder de dirección y organización regulado en el art. 20 ET.¹⁰⁶ Así lo indicaron las primeras Resoluciones de la Dirección General de Empleo tras la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, señalando

¹⁰⁴ En profundidad, VALDÉS DAL-RÉ (1999); y BLASCO PELLICER (2009), p. 396. Sobre los límites jurídicos de los poderes empresariales, vid. LUQUE PARRA (1999).

¹⁰⁵ Sobre libertad de contratación en la doctrina clásica vid. SALA FRANCO (1980).

¹⁰⁶ Así lo destacan en la doctrina GOERLICH PESET (2014), p. 100; y ROQUETA BUJ (2015), p. 43. Así lo ha manifestado también la STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 1777/2002), y las SSTSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013), Asturias de 31 de octubre de 2013 (rec. 1755/2013), País Vasco de 8 de abril de 2014 (rec. 562/2014), y Castilla y León de 4 de febrero de 2015 (rec. 41/2015). Asimismo, la SJS núm. 1 Pamplona de 4 de enero de 2013 (proc. 853/2012).

que “la confección de las listas de los trabajadores de un expediente de regulación de empleo compete exclusivamente al poder de dirección y organización interna del trabajo en la empresa, en base a lo dispuesto en el art. 20 del ET”.¹⁰⁷

Ahora bien, la Directiva 92/56/CEE introdujo un elemento que venía reclamando un sector doctrinal, y es que el empresario explicitase los criterios empleados en la selección, en línea con la prohibición de abuso de derecho, lo que en España se materializa con el RPRE de 1996.¹⁰⁸ Es decir, dentro de la libertad empresarial para fijar los criterios, la ley establece la obligación del empresario de explicitar los criterios de selección al inicio del procedimiento de despido colectivo, y también a la finalización del mismo. Sólo así es posible controlar su regularidad.

En relación con dicho margen decisorio del empresario, la doctrina ha expresado que el control judicial del despido colectivo debe tener en cuenta dicho margen. Así, DESDENTADO BONETE señala que el control judicial (o administrativo, antes de 2012) debe respetar un margen de decisión empresarial, y que dicho control debe respetar la libertad del empresario para elegir entre las medidas laborales a adoptar,¹⁰⁹ como antes se ha señalado. Por ello, concibe que la elección de los trabajadores afectados por una extinción es una elección que realiza el empresario, en la que hay discrecionalidad. La facultad empresarial de fijar los criterios de selección se manifiesta como una decisión de política empresarial, por lo que no es posible reglamentarla jurídicamente, ni sería recomendable, además de ser de difícil control más allá de los límites fijados en el ordenamiento jurídico. Eso se traduce en que es el empresario el que determina qué contratos se extinguen de acuerdo con las causas, a fin de alcanzar la mejor optimización de los recursos humanos de la empresa, salvo que se alcance un acuerdo con la representación de los trabajadores en el marco del período de consultas.

En cuanto al poder de dirección de la empresa relacionado con la adopción de medidas de flexibilidad, como es el despido colectivo, es el empresario quien mejor conoce las necesidades de gestión de la empresa a fin de que ésta sea productiva y rentable, por lo que las medidas extintivas estarán informadas por el ánimo empresarial de obtener beneficio, por lo que, al menos desde la estricta lógica de la racionalidad económica, serán medidas apropiadas. Esta facultad implica la realización de un juicio de idoneidad u

¹⁰⁷ RDGE de 7 de octubre de 1985, y también RRDGE de 17 de junio de 1981, y de 16 de mayo de 1983.

¹⁰⁸ Así lo destaca GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (1993), p. 8-9.

¹⁰⁹ DESDENTADO BONETE (1997), p. 189.

oportunidad económica, que corresponde únicamente al empresario, y respecto del cual no es posible realizar un control jurisdiccional.¹¹⁰

Ahora bien, la asunción de una facultad empresarial absolutamente libre para adoptar medidas extintivas y para seleccionar a los trabajadores entraría en colisión con el Convenio núm. 158 OIT y con el art. 35 CE, que exigen que el trabajador no pierda su trabajo si no concurre causa justificada. Por ello, un sector doctrinal ha considerado que el control de las medidas adoptadas por el empresario siempre deberá aplicar el principio de proporcionalidad, de suerte que habrá que valorar si la medida adoptada es adecuada al fin perseguido y, además, tener en cuenta intereses más allá del económico-empresarial inmediato, como son los principios de carácter social.¹¹¹

En línea con ello, sobre el alcance de la libertad empresarial o margen de maniobra de la empresa, la STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997), y la STS de 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/2003), ambas sobre despidos objetivos, señalan que “sólo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección”.¹¹² Es decir, el problema del alcance de la libertad empresarial en cuanto a la elección o selección de los afectados sólo se plantea en el supuesto en que haya más de un trabajador entre los que elegir de modo alternativo su afectación al despido. Esto conecta directamente con el tema de estudio, que es precisamente el de los criterios que utilizará el empresario para determinar por qué unos y no otros trabajadores van a verse afectados por el despido, lo cual queda en su ámbito discrecional. De hecho, la Directiva 98/59/CE, en el art. 2.3 se refiere a la obligación empresarial relativa a la indicación de los criterios de selección, y añade: “si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido”. De ello se deduce que la Directiva 98/59/CE asume implícitamente que la legislación nacional puede conferir al empresario la facultad de determinar, y por tanto el correlativo deber de indicar, los criterios tenidos en cuenta a la hora de designar a los trabajadores afectados por el despido colectivo.¹¹³

¹¹⁰ Así lo señala BLASCO PELLICER (2009), p. 121.

¹¹¹ Así lo considera CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 240-241, postura que va en línea de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia.

¹¹² Sobre la STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997) vid. DESDENTADO BONETE, PUEBLA PINILLA (2002), p. 147; y CACHÓN VILLAR (1998). Sobre el despido objetivo, vid. ALTÉS TÁRREGA, BLASCO PELLICER, NORES TORRES (2010).

¹¹³ La STJCE de 12 de febrero de 1985 [ECLI:EU:C:1985:61], asunto Dansk, señala que “la Directiva 75/129/CEE [actual Directiva 98/59/CE] no afecta a la libertad empresarial de efectuar o no un despido

La jurisprudencia sobre la libre facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados en el despido objetivo, coincide con la jurisprudencia contencioso-administrativa relativa al despido colectivo, como ejemplifica la STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 1777/2002), y se aplica sin discusión en el despido colectivo, cuyo control corresponde actualmente al orden social de la jurisdicción.¹¹⁴ La libre facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo ha sido confirmada por la STC 66/2015, de 13 de abril (rec. 3875/2013), con los límites que señala el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, dicha discrecionalidad con que cuenta el empresario para fijar los criterios de selección no puede ser confundida con arbitrariedad, pues está sujeta a unos límites. No obstante, los únicos límites que prevé el ordenamiento son las reglas de prioridad de permanencia, o anterior sistema de “preferencias” vigente antes de 1980, y la prohibición de afectación por motivos discriminatorios, que si bien no es un límite expreso, parece el más destacable límite general impuesto por el ordenamiento.

La STSJ Castilla y León de 13 de junio de 2013 (rec. 732/2013) realiza una acertada síntesis sobre la facultad de fijar los criterios de selección, al señalar: “los arts. 51.1 y 52 c) ET no establecen restricción ni condición alguna referente a los trabajadores susceptibles de ser afectados por decisiones empresariales extintivas de contratos de trabajo basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. En efecto, más allá de la prioridad de permanencia en la empresa otorgada a quienes ostenten la condición de representantes de los trabajadores [...], y más allá de la prohibición legal de actuar despidos objetivos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas o que afecten a trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones contempladas en el art. 53.4 ET, el legislador del despido objetivo ha otorgado a la dirección de la empresa la facultad de seleccionar libremente el trabajador o los trabajadores afectados por la medida”; todo ello en línea con lo expresado en la STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997).

De hecho, para ROQUETA BUJ, “la elección del trabajador afectado queda dentro de la capacidad empresarial de reducir costes de personal por motivos económicos”; pero en las causas técnicas, organizativas o productivas debe existir “un nexo de causalidad entre

colectivo”, limitándose a establecer un procedimiento en el que la empresa debe consultar a los representantes de los trabajadores. Así, el Tribunal europeo reconoce la libertad empresarial para acometer el despido colectivo, dentro de la cual se incluye la selección de los trabajadores afectados.

¹¹⁴ La SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013) afirma que corresponde aplicar al despido colectivo la jurisprudencia en materia de selección de los trabajadores en el despido objetivo, por “identidad de razón”.

la causa y el puesto de trabajo en concreto”.¹¹⁵ Se trataría de un límite derivado de la propia afectación de la causa alegada. En este sentido, ya se ha mencionado anteriormente la posición de los tribunales relativa a que únicamente pueden ser extinguidos aquellos contratos que devengan económicamente superfluos para el empresario, es decir, aquellos en los que desaparece la causa por la que fueron suscritos.

Por ello, la facultad para decidir el ámbito de afectación de la causa está condicionada por la incidencia de la causa misma, es decir, si ésta es económica, si es productiva, en qué departamento o sección afecta, etc. Una vez se delimita el ámbito de afectación (trabajadores afectados), dentro de ese perímetro opera la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores concretamente afectados, como explico en detalle en el Capítulo III. La fijación de dichos criterios es libre para el empresario, siempre que sean coherentes con la causa: coste económico, rendimiento, etc. Posteriormente, el empresario tiene la facultad de aplicar dichos criterios, y conjugarlos en caso de ser varios, para designar a los concretos trabajadores que serán despedidos.

A parte del reconocimiento de la selección de los trabajadores como facultad empresarial, la doctrina ha debatido en torno a los límites a los que dicho poder o facultad debe ceñirse, es decir, el alcance de dicha facultad, lo que a la postre determinará el alcance del posterior control judicial sobre la decisión empresarial. En este sentido, el control judicial sobre los criterios de selección se limitará a comprobar que su fijación no sobrepase los límites establecidos en el ordenamiento, así como su correcta aplicación al concreto trabajador.

Hay consenso doctrinal en que la ausencia, en el ordenamiento jurídico español, de unas pautas normativas sobre el establecimiento de los criterios de selección –más allá del establecimiento de la prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores y la obligación de expresar los criterios al inicio del período de consultas– no puede traducirse en el reconocimiento de una libertad absoluta para el empresario a la hora de seleccionar a los trabajadores despedidos.¹¹⁶

¹¹⁵ ROQUETA BUJ (2015), p. 34-35. Asimismo, señala que “la libertad atribuida al empresario para escoger a los trabajadores afectados por el despido fundado en causas técnicas, organizativas o de producción es relativa, pues con independencia de los límites genéricos, [...] cuando tales causas se presentan en ámbitos de afectación ‘cerrados’, la capacidad de selección se circunscribe a los trabajadores que desempeñan funciones en el marco específico en el que incide la causa extintiva”. También, STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 345/2013).

¹¹⁶ En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 3-4; BLASCO PELLICER (2009), p. 112-113; y SÁEZ LARA (2015), p. 181.

De hecho, la complejidad del procedimiento de despido colectivo no está reñida con la claridad del mismo, por lo que resulta imprescindible que las facultades de cada parte estén concretadas de manera clara, de modo que se conozcan las “fronteras de actuación” de cada una de las partes intervinientes, en especial las del empresario, que es quien ejerce facultades de dirección y organización.¹¹⁷ Y a este respecto, como señalaba, a salvo de la regla de prioridad legal de permanencia para los representantes, que opera excluyendo algunos elementos de selección, la facultad empresarial de fijar los criterios para designar a los afectados de entre aquellos trabajadores que pueden ser seleccionados, no queda sujeta a “ningún límite formal o material *específico*”.¹¹⁸ De hecho, la jurisprudencia contencioso-administrativa ya se pronunció señalando que “es facultad del empresario la de determinar el criterio de selección, y que ésta sólo se puede revisar si afecta a un derecho fundamental”, lo cual corresponde denunciar a los afectados.¹¹⁹

Cierto es, como se estudia específicamente en el Capítulo IV, que la facultad de seleccionar a los trabajadores afectados está sujeta a varias limitaciones. La mayoría de dichos límites son reglas generales del ordenamiento, como la prohibición de fraude de ley o abuso de derecho, o el principio de igualdad y en particular la prohibición de discriminación, que tiene especial incidencia a la hora de establecer los criterios de selección. Al margen de estos límites generales, fijar otros límites a la facultad empresarial sería problemático.¹²⁰

En consecuencia, la facultad empresarial para establecer los criterios de selección se circunscribe en el marco de la libertad de empresa y de los poderes de dirección y organización del empresario, siendo una facultad libre sobre la que sólo operan los límites generales del ordenamiento, en particular la prohibición de afectación por motivos discriminatorios, y la regla sobre prioridad de permanencia.

4.- APROXIMACIÓN A LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

¹¹⁷ En estos términos, CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 231.

¹¹⁸ En estos términos lo ha expresado GOERLICH PESET (1994b), p. 174. La cursiva es mía. A fin de cuentas, la facultad está sujeta a límites genéricos del ordenamiento jurídico, pero no a límites específicos, más allá de la regla de prioridad de permanencia.

¹¹⁹ STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 1777/2002) y (rec. 3687/2001).

¹²⁰ Así lo aprecia GOERLICH PESET (1994b), p. 175. El autor señala que, al margen de los mencionados límites genéricos, la facultad empresarial de selección “aparece libérrima”, siendo el criterio principal de selección “la libre valoración que realizase la empresa sobre el personal idóneo a sus necesidades.”

El estudio del marco regulatorio del despido colectivo y en particular en lo referido a los criterios de selección de los trabajadores afectados, requiere realizar una breve aproximación comparada respecto a las legislaciones nacionales vigentes en otros países de la Unión Europea.¹²¹ Dicha aproximación es interesante, a fin de comprobar cómo han disciplinado otros países la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido. Bien es cierto que, en muchos aspectos, dicho estudio comparado ofrece pocos frutos, debido al efecto armonizador que han tenido las Directivas de la Unión Europea en materia de despido colectivo, en particular por lo que respecta al procedimiento y al período de consultas. En este sentido, el procedimiento de despido colectivo, y en particular el período de consultas, tienen en los países de la Unión Europea una configuración muy similar a la que encontramos en España, fruto del citado efecto armonizador de las normas europeas.

Cabe señalar, como se aborda en el Capítulo II, que la fijación de los criterios de selección es una materia que no viene regulada expresamente por la legislación española ni tampoco por la Directiva 98/59/CE en materia de despidos colectivos. La normativa aplicable, tanto el art. 51.2 ET como el art. 2.3 Directiva 98/59/CE, únicamente exige al empresario “informar” sobre los criterios de selección al inicio del período de consultas, y también a la finalización. A parte de ello, cabe analizar si en otros Estados europeos la legislación nacional disciplina los criterios de alguna manera particular, estableciendo límites no previstos en el modelo español.

Al respecto, si bien los distintos modelos existentes tienen grandes similitudes con el sistema español –debido a que se trata de países con tradiciones culturales y jurídicas relativamente similares, quizás con la excepción de Reino Unido–, ello no obsta a que se encuentren particularidades en cuanto a la regulación de los criterios de selección que es de interés resaltar.

Antes de comentar la cuestión de los criterios de selección, cabe destacar que los Estados miembros confieren algún tipo de protección a los representantes legales de los trabajadores. Esta protección se garantiza primeramente, igual que en el Derecho español, y conforme con el art. 1 del Convenio núm. 135 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores, mediante la protección frente a despidos discriminatorios por motivo de su función representativa.¹²² Con independencia de ello, cabe contar con la protección

¹²¹ En materia de regulación del despido colectivo en otros Estados de la Unión Europea, puede consultarse: SPINELLI (2001); ARCE GÓMEZ (1997), p. 119-125; ARCE GÓMEZ (1996); STORRIE (2007); YSÀS MOLINERO (2013).

¹²² Art. 1 Convenio 135 OIT: “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición

específica que otorga el ordenamiento español a través de la regla de prioridad de permanencia para los representantes, prevista en el art. 68 b) y 51.5 ET, y que se deriva del ordinal 6.2 f) de la Recomendación núm. 143 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores.¹²³

Por lo que respecta a la fijación de los criterios de selección, la mayoría de países reconocen la facultad empresarial para su establecimiento, con unos u otros límites que tienden a proteger a determinados trabajadores desde una perspectiva social.

La primera medida protectora, y por tanto limitadora de la facultad empresarial de fijar los criterios en algunos países, es la existencia de previsiones de recolocación interna obligatoria como medida previa al despido del trabajador, de suerte que la selección de un concreto trabajador afectado se convierte en una medida de *ultima ratio* en el seno de la empresa, que no puede mantener su puesto ni su contrato con otro puesto equivalente. En este punto cabe destacar los ordenamientos francés y alemán, que prevén una medida en este sentido.

La recolocación interna obligatoria como medida previa al despido del trabajador, es una medida que actualmente no existe en el ordenamiento español. Su antecedente es la antigua previsión del art. 52 c) ET en su redacción por la Ley del ET de 1980, que preveía, en los casos de despido objetivo, la extinción del contrato “cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad”, disposición que fue suprimida por la Ley 11/1994. Actualmente, la recolocación interna se contempla en el art. 8.1 a) RPDC como medida social de acompañamiento tendente a evitar o reducir el número de despidos. Como tal medida, resulta optativa para el empresario, y puede ser objeto de negociación en el período de consultas.

Sí que contemplan, en cambio, previsiones sobre recolocación interna de carácter obligatorio los ordenamientos alemán, francés y sueco. El art. 1.2-1º b) de la Ley alemana de Protección contra el Despido (*Kündigungsschutzgesetz*, KSchG)¹²⁴ contiene una importante limitación a la facultad de selección de los afectados por el empresario, pues

de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.”

¹²³ Medidas específicas para proteger a los representantes: “reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal.”

¹²⁴ Ley alemana de 10 de agosto de 1951, reformada por el art. 3 de la Ley alemana de 26 de marzo de 2008. Sobre el despido en el Derecho alemán y todas las formas de tutela que proporciona al trabajador, vid. GÓMEZ GORDILLO (2012), p. 68 y ss.

sanciona con la nulidad aquellos despidos en los que el trabajador pudiera ser recolocado en otro puesto similar, bien en el centro donde habitualmente prestaba servicios, en otro centro de la misma empresa o, incluso en algunos casos, en otra empresa del mismo grupo,¹²⁵ lo que conecta con el principio de proporcionalidad, según el cual el despido constituiría la *ultima ratio*.¹²⁶

El art. L. 1233-4 del *Code du travail* (CT) francés¹²⁷ incorpora una regla que también supone una importante limitación a las facultades empresariales para despedir, con independencia del respeto a las causas de despido económico fijadas en la ley, y es la obligación de reclasificación profesional previa al despido económico, de suerte que el empresario sólo podrá acudir al despido de un trabajador por motivos económicos cuando previamente haya realizado “todos los esfuerzos” de formación, de adaptación y de reclasificación dentro de la empresa o del grupo.¹²⁸ De este modo, el despido del trabajador por motivos económicos sólo es posible en los supuestos en que se haya intentado la reclasificación y ésta sea imposible, la carga de la prueba de lo cual recae sobre el empresario. Asimismo, el despido del trabajador se convierte también en la medida de *ultima ratio* en situaciones de reestructuración empresarial.¹²⁹

¹²⁵ Art. 1.2-1º b) KSchG: “[...] Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn [...] der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann [...]” (La terminación de la relación laboral también es socialmente injustificada si el empleado [...] puede continuar empleado en otro trabajo en el mismo establecimiento o en otro establecimiento de la empresa.)

¹²⁶ GÓMEZ GORDILLO (2012), p. 65-66. Sobre la recolocación previa al despido, vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ (1994), p. 78-79; y GOERLICH PESET (1994c), p. 536, quien consideró que la obligación de recolocación podría mantenerse en España como “principio inspirador” a través del control de razonabilidad.

¹²⁷ Para un estudio en mayor profundidad sobre el despido en Francia, vid. HERNÁNDEZ BEJARANO (2012), p. 76 y ss.; NAVARRO NIETO (1994); WAQUET (2008); WAQUET (2000); PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (1993); MARTÍN PUEBLA (2002a); MARTÍN PUEBLA (2002b); LÓPEZ TERRADA, NORES TORRES (2011), p. 327 y ss.

¹²⁸ Art. L. 1233-4 CT francés: “Le licenciement pour motif économique d’un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d’adaptation ont été réalisés et que le *reclassement* de l’intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l’entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l’entreprise fait partie et dont l’organisation, les activités ou le lieu d’exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.” También HERNÁNDEZ BEJARANO (2012), p. 83-84, quien señala que el *Conseil Constitutionnel de la République Française*, en una Decisión de 12/01/2002 ha matizado estas obligaciones, señalando que los deberes de adaptación y formación son integrables en la obligación principal, que es la de realizar la reclasificación previa al despido. Vid. también ANTONMATTEI (2002), p. 276-277; y HÉAS (2007), p. 8-9.

¹²⁹ Sobre la recolocación previa en Francia, vid. AUZERO, DOCKÈS (2015), p. 519; y HERNÁNDEZ BEJARANO (2012), p. 86.

Por su parte, la Sección 7 de la Employment Protection Act de Suecia (*Lag om anställningsskydd*), señala que no habrá motivo para el despido cuando el empresario pueda recolocar al trabajador.¹³⁰

Por lo tanto, en la cuestión de la obligación de recolocación interna y la concepción del despido como medida de *ultima ratio*, los ordenamientos alemán y francés configuran un régimen más protector para el trabajador y más limitador de las facultades empresariales en la materia.

Ahora bien, la mayoría de ordenamientos europeos prevén otras medidas de protección del trabajador frente al despido. Más allá de la genérica protección contra decisiones discriminatorias, común en todos los ordenamientos europeos, cabe destacar las medidas tendentes a proteger a colectivos específicos que puedan verse particularmente afectados en modo negativo por el despido colectivo, en particular las mujeres trabajadoras en situaciones relacionadas con la maternidad. Destaca en Alemania la Ley de Protección de la Madre Trabajadora (*Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter*, o *Mutterschutzgesetz*, MuSchG), que en el art. 17 prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas y de la madre durante los primeros cuatro meses desde el nacimiento, lo cual les confiere un plus de protección que puede interpretarse como una prohibición de despido.¹³¹ La tutela queda además reforzada por el hecho de que, junto al requisito de que el empresario debía conocer el estado de la trabajadora en el momento de efectuar el despido, la propia norma faculta a la trabajadora a comunicar su estado al empresario en las dos semanas posteriores a la notificación de despido.

El ordenamiento portugués también confiere una protección especial a la trabajadora embarazada o en situación de maternidad, así como al trabajador en situación de cuidado de hijos. En este sentido, el art. 63 del *Código do trabalho* portugués contempla la obligación de solicitar un informe previo al órgano competente en materia de igualdad entre hombres y mujeres, a efectos de poder despedir a una trabajadora o trabajador que se encuentre en dichas situaciones.¹³²

¹³⁰ Section 7 Swedish Employment Protection Act: “Objective grounds for notice of termination do not exist where it is reasonable to require the employer to provide other work in his service for the employee.”

¹³¹ Así lo interpreta GÓMEZ GORDILLO (2012), p. 59. Ahora bien, dicho autor señala que la protección no es absoluta, pues se faculta al empresario para despedir excepcionalmente a una trabajadora en esta situación cuando la autoridad laboral acredite que la decisión de despido no está motivada por la situación de embarazo o maternidad de la trabajadora.

¹³² En caso de que el órgano competente informase desfavorablemente, el empresario no puede despedir a dicha trabajadora, a menos que cuente con una resolución judicial que declare justificado el despido, para

En el caso de Italia, la normativa prevé una disposición protectora específicamente para mujeres trabajadoras, en general, con independencia de su situación familiar. Se trata de la Ley italiana núm. 236, de 19 de junio de 1993, que en el art. 5.2 señala que el despido colectivo no puede afectar a un porcentaje de mujeres superior al porcentaje de mujeres empleadas en las funciones o puestos afectados.¹³³

Más allá de estas medidas específicas de protección de determinados colectivos frente al despido, en los ordenamientos de los países europeos la facultad de establecer los criterios de selección corresponde al empresario, con un nivel mayor o menor de reglamentación al respecto. Sobre ello, distingo a grandes rasgos la existencia de tres modelos: modelo pautado, modelo libre y modelo mixto.¹³⁴ El modelo pautado es aquel en el que la normativa disciplina de alguna manera, aunque sea tenue, la fijación de los criterios de selección, bien estableciendo principios generales al respecto o proponiendo criterios concretos con mayor o menor nivel de obligatoriedad en su aplicación. En este modelo cabe citar países como Alemania, Francia, Italia y Suecia. Por el contrario, en otros países hablaría más bien de un modelo libre, en el que la normativa confiere libertad al empresario para fijar los criterios de selección, más allá de límites típicos como la prohibición de discriminación. En este supuesto incluyo a países como Reino Unido y Austria. Finalmente, cabe citar lo que calificaría de modelo mixto, que es el presente en Portugal, en el que el despido objetivo individual o plural está fuertemente reglamentado en cuanto a la selección de los afectados, mientras que en el despido colectivo se concede una amplia libertad al empresario.

Comenzando por los países del modelo pautado, destaca Alemania con un modelo normativa que disciplina de manera tenue la selección de los afectados por el despido colectivo. La reglamentación de los criterios de selección se realiza a través de la aplicación de dos principios generales del Derecho: el respeto a las buenas costumbres y el principio de buena fe, recogidos en los arts. 138 y 242 del Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), que dan pie a que se sancione con la nulidad los despidos realizados en contravención de los mismos. En interpretación de dichos principios, los tribunales alemanes vienen rechazando los despidos realizados de modo

lo cual dispone de un plazo de 30 días desde la recepción del informe para accionar. Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2012), p. 301.

¹³³ Art. 5.2 Legge 236/1993: “L’impresa non può altresì collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione.” Vid. MAZZOTTA (2014), p. 574.

¹³⁴ Sobre el despido colectivo en España, Francia, Alemania e Italia, puede verse un estudio en YSÀS MOLINERO (2013). Vid. también ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009).

arbitrario, lo cual afecta también a la selección de los trabajadores despedidos. Por lo tanto, cuando el empresario deba elegir entre varios trabajadores cuál o cuáles de ellos van a ser despedidos, el proceso de selección debe respetar el principio de respeto a las buenas costumbres y de buena fe, lo que supone una limitación de la libertad empresarial, a fin de evitar decisiones arbitrarias.¹³⁵ De hecho, en relación con ello cobra especial importancia el papel de los representantes de los trabajadores en el período de consultas, que deberán valorar si la selección de los trabajadores afectados respeta el principio de justificación social y los principios generales como el de proporcionalidad, buena fe y respeto a las buenas costumbres.¹³⁶

El principio de buena fe garantiza también al trabajador el derecho a conocer las razones que motivan su despido, así como que su selección como afectado por el mismo se haya realizado con arreglo a criterios socialmente aceptados, como la antigüedad en la empresa, la edad y las cargas familiares, excluyendo así los criterios arbitrarios o motivados por causas discriminatorias.¹³⁷ La facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados viene limitada por la necesidad de seleccionar a los trabajadores afectados conforme a criterios socialmente aceptados en el modelo social reforzado alemán, de suerte que, a la hora de elegir, se opte por el trabajador a quien el despido le produzca menores perjuicios.

En este sentido, los criterios sociales a tener en cuenta en el modelo alemán son la edad, debido a las dificultades que tiene un trabajador de mayor edad de encontrar un nuevo empleo; la antigüedad en la empresa, lo que determina un mejor derecho a permanecer en la empresa; y las responsabilidades familiares, relacionadas con el mayor perjuicio que al trabajador podría producirle la pérdida del puesto de trabajo. Ahora bien, la línea jurisprudencial más reciente tiende a limitar el alcance de estos criterios sociales a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados.¹³⁸

El siguiente país en el que se regulan los criterios de selección conforme al modelo pautado es Francia, en el que, a pesar de que la ley reconoce al empresario la facultad de

¹³⁵ GÓMEZ GORDILLO (2012), p. 60-61. También, y en más detalle, KÜFNER-SCHMITT, SCHMITT (2004).

¹³⁶ GÓMEZ GORDILLO (2012), p. 68 y ss. El art. 1.1 KSchG señala: “Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.” (La terminación de la relación laboral con un empleado cuya relación laboral con la misma empresa haya durado más de seis meses sin interrupción es nula si no tiene justificación social.)

¹³⁷ Así lo señala MARTÍNEZ GIRÓN (2010).

¹³⁸ Así lo señala GÓMEZ GORDILLO (2012), p. 66. Sobre la selección social de los trabajadores afectados por el despido colectivo en Alemania, vid. LOPEZ TERRADA, NORES TORRES (2011), p. 324-325.

establecer los criterios, acto seguido indica que deberá tener en cuenta una serie de criterios concretos, que la normativa francesa llama *critères d'ordre des licenciements*.¹³⁹

El art. L-1233-5 del *Code du travail* señala que el empresario deberá tener en cuenta, “en particular”, criterios como las cargas familiares, la antigüedad, la situación de trabajadores con dificultades para reincorporarse al mercado laboral –con expresa mención a discapacitados y a trabajadores de mayor edad–, y las cualificaciones profesionales. Incluye además una previsión expresa para que el empresario pueda dar prioridad a uno de los criterios, siempre que tenga en cuenta los demás en su conjunto.¹⁴⁰

Por lo tanto, el modelo francés tiene una forma de reglamentación más pautada que el modelo alemán, en el que las limitaciones a la selección de trabajadores se construyen conforme a principios generales del Derecho, mientras que en Francia la normativa ofrece criterios que deben tenerse necesariamente presente a la hora de fijar los criterios. En consecuencia, en un despido colectivo en Francia, será difícil sustraerse de los criterios marcados por la norma.

Un modelo similar de reglamentación lo encontramos en Italia, en el que la ley se refiere a la selección por criterios de carácter técnico-productivo y de organización de la empresa, y además, con respeto a los criterios de selección acordados en los convenios colectivos (*contratti collettivi*).¹⁴¹ En ausencia de previsión convencional en la materia, el art. 5 de la Ley italiana núm. 223, de 23 de julio de 1991, obliga a respetar tres criterios que vienen establecidos de manera conjunta (*criteri di scelta dei lavoratori da licenziare*): las cargas familiares, la antigüedad, y las exigencias técnico-productivas y organizativas

¹³⁹ Sobre la materia, vid. AUZERO, DOCKES (2015), p. 531-533; CHAUMETTE (2001), p. 64-65.

¹⁴⁰ Art. L-1233-5 *Code du travail*: “Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique.

Ces critères prennent notamment en compte:

- 1° Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés;
- 2° L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise;
- 3° La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés;
- 4° Les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article.”

¹⁴¹ Sobre el modelo de despido en Italia, vid. BIAGI (1992); CARINCI, LUCA TAMAJO, TOSI, TREU (2011), p. 373-375; CARABELLI (2001), p. 171-192; VALLEBONA (2000), p. 377-382; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO (2012), p. 174 y ss.; CARINCI (2010); BALLETTI (2007); LÓPEZ TERRADA, NORES TORRES (2011), p. 335.

de la empresa.¹⁴² Por lo tanto, dichos criterios legales sólo serán aplicados en ausencia de previsión en la materia en convenio colectivo, en lo que la doctrina ha calificado de *principio di sussidiarietà dei criteri legali*.¹⁴³ En caso de aplicar los criterios legales, si bien la ley exige que se apliquen de manera simultánea (*in concorso fra loro*), la jurisprudencia admite la eventual prevalencia del criterio relativo a las exigencias técnico-productivas, siempre, eso sí, que haya una justificación objetiva.¹⁴⁴

La normativa vigente en Suecia prevé un sistema de reglas de prioridad con bastante detalle y de preceptiva aplicación en los despidos colectivos.¹⁴⁵ Así, la Sección 22 de la Employment Protection Act de Suecia (*Lag om anställningsskydd*), prevé, por este orden, la aplicación del criterio de prioridad basado en la mayor antigüedad, y posteriormente el de mayor edad, con una referencia a que, de ser posible la recolocación, tendrá prioridad el trabajador con las cualificaciones adecuadas para el puesto.¹⁴⁶ Por su parte, la Sección 23 prevé una regla de prioridad de permanencia no absoluta para los trabajadores con discapacidad (que hayan visto reducido su capacidad laboral).¹⁴⁷

Los modelos pautados sobre selección de los trabajadores recuerdan al antiguo sistema de “preferencias” existente en la legislación española con anterioridad a 1980, y que se aborda en el Capítulo II. Todos estos modelos tienen en común incluir criterios de cierta aceptación social (antigüedad), o que buscan proteger a determinados colectivos desfavorecidos (mayor edad, discapacitados).

¹⁴² Art. 5.1 Legge 223/1991: “L’individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi [...], ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro; a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative.” Sobre criterios de selección en Italia, vid. ARCE (1997), p. 122.

¹⁴³ MAZZOTTA (2014), p. 573.

¹⁴⁴ MAZZOTTA (2014), p. 574; GIUDICE, IZZO, SOLOMBRINO (2014), p. 409-410.

¹⁴⁵ Sobre los criterios de selección en Suecia, vid. ADLERCREUTZ, NYSTRÖM (2010), p. 126-127.

¹⁴⁶ Section 22 Swedish Employment Protection Act, *in fine*: “The order of termination for those employees who are not exempted is determined on the basis of each employee's total time of employment with the employer. Employees with longer employment times shall have priority over employees with shorter employment times. In the event of equal employment times, priority shall be given to the older employee. Where it is only possible to offer continued work to an employee with the employer following a re-location of the employee, priority shall be contingent on the employee possessing satisfactory qualifications for the continued work.”

¹⁴⁷ Section 23 Swedish Employment Protection Act: “An employee who has reduced working capacity and who has, therefore, been given special duties by the employer shall be given priority for continued work, notwithstanding the rules on priority, where such can be accomplished without serious inconvenience to the employer.”

No obstante, en Europa destacan otros modelos que confieren una mayor libertad al empresario a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados por los criterios, como es el caso de España, que en la actualidad no prevé ninguna disposición legal en la materia, y que se analizará en los siguientes Capítulos. Otros países también tienen un modelo libre en el que la normativa no disciplina expresamente los criterios a seguir por el empresario, como es el caso de Austria.¹⁴⁸ En el derecho austríaco tampoco hay una regulación específica sobre la forma de seleccionar a los trabajadores afectados, por lo que en principio se le reconoce al empresario una amplia facultad para seleccionar a los afectados.¹⁴⁹ Ahora bien, si los representantes de los trabajadores se oponen al despido, el art. 105.3c de la Austrian Labour Constitution Act (*Arbeitsverfassungsgesetz*, ArbVG) exige al empresario que seleccione a los trabajadores afectados de acuerdo con criterios sociales, es decir, seleccionando aquellos trabajadores a los que el despido les suponga unas consecuencias socialmente menos gravosas (recurriendo a la técnica *Sozialvergleich*, o comparación social), por lo que apreciará criterios como el nivel de cargas familiares, la antigüedad en la empresa, o la situación financiera del trabajador.¹⁵⁰

Dentro de los modelos libres, en los que la ley no disciplina expresamente los criterios de selección a adoptar por el empresario, incluyo el Reino Unido. Ahora bien, el estudio de la regulación del despido colectivo en Reino Unido lleva aparejado el comentario sobre el carácter eminentemente flexible del Derecho británico, que se ha visto seriamente “perturbado” por el efecto armonizador de las directivas europeas.¹⁵¹ Hay que destacar, y a pesar del mencionado efecto armonizador, que la regulación del despido colectivo en Reino Unido, regido por el *common law* basado en el *case law*, se articula en modo diferente respecto a otros Estados europeos regidos por el *civil law* o sistema continental.¹⁵²

En este sentido, en Reino Unido se aplica el concepto de *redundancy* a lo que en Derecho español se conoce como despido económico o por razones empresariales, el cual encuentra su primera regulación en la *Trade Union and Labour Relations (Consolidation)*

¹⁴⁸ Sobre el despido colectivo en Austria, vid. CALVO GALLEGO (2012), p. 284 y ss.; OELZ (2012); RISAK (2010); VOGT-MAJAREK, KAPPEL (2008); MAIER (2009).

¹⁴⁹ Así lo señalan VOGT-MAJAREK, KAPPEL (2008), p. 21. Vid. CALVO GALLEGO (2012), p. 286.

¹⁵⁰ MAIER (2009), p. 3; CALVO GALLEGO (2012), p. 286.

¹⁵¹ Sobre el despido colectivo en Reino Unido, vid. CARBY-HALL (2001); CABEZA PEREIRO (1998); NORES TORRES (2005a); PÉREZ GUERRERO (2012), p. 146 y ss.

¹⁵² PÉREZ GUERRERO (2012), p. 138; STORRIE (2007), p. 3.

Act (TULRCA) de 1992,¹⁵³ que vino completada por la *Employment Rights Act* (ERA) de 1996, que permite la extinción del contrato de trabajo por *redundancy* en supuestos de cese o disminución de la actividad empresarial o de la necesidad de mano de obra.¹⁵⁴

El art. 188 TULRCA preceptúa que las partes negocien sobre cómo evitar los despidos, el número de trabajadores afectados y las posibilidades de atenuar las consecuencias negativas de los despidos finalmente efectuados. Si bien no se señala nada expresamente sobre los criterios de selección, la jurisprudencia ha exigido que la medida empresarial tenga el “menor impacto posible en el mercado de trabajo”.¹⁵⁵ Por ello, lo cierto es que el ordenamiento jurídico británico reconoce al empresario una amplia libertad a la hora de seleccionar qué trabajadores concretos se verán afectados por la medida extintiva. En la práctica, es lógico que el empresario pacte los criterios de selección con los representantes de los trabajadores durante el período de consultas. Además, la facultad empresarial está limitada por la prohibición general de arbitrariedad y la normativa en materia de tutela antidiscriminatoria, caso en el que podría alegarse el conocido como *unfair dismissal*.¹⁵⁶

La “injusta” selección de los trabajadores puede llevar a la declaración del despido como “injusto” o injustificado (*unfair*).¹⁵⁷ El art. 105 ERA señala que el despido es injusto si la selección se realiza cuando haya otros empleados en posición similar que no se han visto afectados, y cuando su elección se debe a razones sindicales o discriminatorias. Si las partes no pactan un procedimiento de selección, los tribunales han afirmado que el empresario debe utilizar criterios que no dependan de la mera voluntad de una persona, sino que tengan un “fundamento objetivo contrastable”,¹⁵⁸ siendo en este punto el criterio

¹⁵³ El art. 195 de la TULRCA señala: “references to dismissal as redundant are references to dismissal for a reason not related to the individual concerned or for a number of reasons all of which are not so related”.

¹⁵⁴ Art. 139.1 ERA: “For the purposes of this Act an employee who is dismissed shall be taken to be dismissed by reason of redundancy if the dismissal is wholly or mainly attributable to:

a)- the fact that his employer has ceased or intends to cease:

i)- to carry on the business for the purposes of which the employee was employed by him, or,

ii)- to carry on that business in the place where the employee was so employed; or,

b)- the fact that the requirements of that business:

i)- for employees to carry out work of a particular kind, or,

ii)- for employees to carry out work of a particular kind in the place where the employee was employed by the employer, have ceased or diminished or are expected to cease or diminish.”

¹⁵⁵ PÉREZ GUERRERO (2012), p. 150.

¹⁵⁶ PÉREZ GUERRERO (2012), p. 152 y 140.

¹⁵⁷ LÓPEZ TERRADA, NORES TORRES (2011), p. 339-340; DESMOND, ANTILL (1998), p. 392.

¹⁵⁸ LÓPEZ TERRADA, NORES TORRES (2011), p. 340; ANDERMAN (2000), p. 193.

habitual el conocido como LIFO (*last in, first out*),¹⁵⁹ que alude a la antigüedad en la empresa.

Al margen de los modelos pautado y libre de regulación de los criterios de selección en las normativas nacionales de los países europeos, destaca Portugal con un modelo que he denominado mixto. En este sentido, el ordenamiento jurídico portugués confiere al despido colectivo una regulación más flexible que al despido individual, fuertemente pautado.¹⁶⁰ La facultad de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido individual en Portugal se ve fuertemente condicionada por la existencia de una regla expresa en materia de prelación. En este sentido, el art. 368 del *Código do trabalho* fija un orden de prelación a la hora de ser despedido basado en criterios como la peor evaluación del desempeño, el menor nivel de cualificación, el mayor coste económico del puesto para el empresario, la menor experiencia, y la menor antigüedad en la empresa.¹⁶¹

El despido colectivo, en cambio, no está limitado por este tipo de restricciones, y se regula en los arts. 359-366 del *Código do trabalho*. En Portugal existe una mayor flexibilidad en cuanto a la concepción de una mayor libertad empresarial para adoptar decisiones que atañen al ámbito de la gestión de la empresa, en especial por lo que respecta a la gestión de la plantilla óptima, de suerte que dichas decisiones incumben a la esfera decisoria empresarial y no pueden ser objeto de ulterior fiscalización por los tribunales, lo que se traduce en la no exigencia de adoptar el despido como *ultima ratio*.¹⁶² Dicha libertad se extiende al ámbito de los criterios de selección (*critérios para seleção dos trabalhadores a despedir*). Ahora bien, el amplio margen de libertad que reconoce el ordenamiento

¹⁵⁹ DESMOND, ANTILL (1998), p. 392 y 395, donde consideran que el criterio *last in, first out* no es discriminatorio.

¹⁶⁰ Sobre el despido colectivo en Portugal, vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2012), p. 293 y ss.; LOBO XAVIER (2007), p. 761-762; y MONTEIRO FERNANDES (2010).

¹⁶¹ Art. 368 *Código do trabalho* portugués: “Havendo na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, a decisão do empregador deve observar, por referência aos respetivos titulares, a seguinte ordem de critérios relevantes e não discriminatórios:

- a) Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador;
- b) Menores habilitações académicas e profissionais;
- c) Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa;
- d) Menor experiência na função;
- e) Menor antiguidade na empresa.”

ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2012), p. 297-298, señala que el orden de prelación convierte el despido individual en más restrictivo que el despido colectivo.

¹⁶² ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2012), p. 294; LOBO XAVIER (2007), p. 753.

jurídico portugués al empresario para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo excluye el recurso a criterios arbitrarios o discriminatorios, que estarían al margen de la lógica empresarial en la que se ampara la mencionada facultad.¹⁶³

Por lo que se ha visto, el panorama comparado en Europa es relativamente similar al modelo de despido colectivo existente en España, por influencia de las Directivas europeas. Destacan no obstante países como Alemania, Francia, Italia y Suecia, con una normativa que regula los criterios de selección en el caso de despidos colectivos, prestando especial atención a consideraciones de orden social, destacando también el sistema de prioridades fijado en Portugal para los despidos objetivos individuales. En cambio, otros países no regulan los criterios de selección, al margen de lo que pueda establecerse en los convenios colectivos, por lo que su fijación corresponde al empresario, como sucede en España, Austria o también Portugal en los despidos colectivos. También reconoce un amplio margen de libertad el modelo vigente en Reino Unido, con las particularidades propias de su tradición jurídica propia.

¹⁶³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2012), p. 296.

CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO COLECTIVO

En materia de despidos colectivos en general, y de criterios de selección en particular, encontramos diversos instrumentos normativos clasificados en tres instancias distintas de las que emanan. En primer lugar, encontramos la normativa internacional, principalmente en forma de recomendaciones y convenios de la Organización Internacional del Trabajo. En segundo lugar, y en tanto que España es un país integrado en el proyecto político y económico europeo, es relevante hacer referencia a la normativa de la Unión Europea, en particular a varias directivas en materia de despidos colectivos que han aprobado las instituciones europeas con el fin de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en la materia y garantizar que el mercado único funcione sin distorsiones regulatorias. En tercer lugar, será necesario abordar la normativa española en la materia. La regulación actual del despido colectivo en el Derecho español no puede abordarse sin tratar la evolución histórica que han experimentado los distintos instrumentos normativos en la materia. Tras una síntesis de la regulación existente en España con carácter previo a la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, se abordan las distintas modificaciones legislativas experimentadas, así como las disposiciones reglamentarias en la materia. Tras ello, se analiza la regulación normativa actualmente vigente en España, así como la capacidad que tienen los convenios colectivos para regularlo. No es menos importante la cuestión de la regulación en torno a los criterios de selección en la Administración pública, y la regulación de los criterios de selección en el despido colectivo en el Derecho comparado, que también serán objeto de estudio.

1.- NORMATIVA INTERNACIONAL DE LA OIT

1.1.- Recomendación núm. 119 (1963) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, y Recomendación núm. 143 (1971) de la OIT sobre los representantes de los trabajadores

A nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo ya hace décadas que ha adoptado resoluciones relativas a una de las materias más trascendentes en la relación laboral: la extinción del contrato de trabajo. En este sentido, en 1963 se aprobó la Recomendación núm. 119/1963 sobre la terminación de la relación de trabajo.¹⁶⁴ El principio general que rige esta Recomendación y otras resoluciones adoptadas posteriormente por la OIT gira en torno a la prohibición de proceder a la terminación de la relación de trabajo si no es por la existencia de una causa justificada que esté relacionada con motivos disciplinarios (conducta del trabajador), motivos objetivos de índole subjetiva respecto del trabajador (capacidad del trabajador para realizar la prestación laboral) o motivos objetivos de índole económica y empresarial (necesidades del funcionamiento de la empresa), tal y como indica el apartado II.2 de la Recomendación 119/1963.

La Recomendación 119/1963 prevé una serie de motivos que no deben ser causa justificada para el despido, y que están estrechamente relacionadas con causas de discriminación. Dichas causas que no deben considerarse causa justificada para el despido son:

- La afiliación o actividad sindical del trabajador.
- El ejercicio (presente o pasado) de funciones representativas o ser candidato a representante de los trabajadores en la empresa.
- El ejercicio de reclamaciones de derechos que determinen la vulneración de la garantía de indemnidad.
- Circunstancias personales y sociales que suponen causa de discriminación prohibida: raza, color, sexo, estado matrimonial, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

¹⁶⁴ R119 – Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119). Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 26/06/1963, en la 47ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Las circunstancias mencionadas suponen una limitación al ejercicio de la facultad empresarial de extinguir el contrato de trabajo, que no podrá justificarse en ninguno de los extremos enumerados, tal y como señala el apartado II.3 de la Recomendación 119/1963.

El apartado III de la Recomendación 119/1963 incluye disposiciones relativas a las reducciones de personal, es decir, a las reestructuraciones de empresa mediante despidos colectivos. El apartado III.13 prevé que se proceda, “lo antes posible”, a una consulta previa con los representantes de los trabajadores, y señala algunas de las cuestiones que podrían ser objeto de consulta durante dicho período, como son la manera de reducir los efectos de los despidos, reducir horas extraordinarias, readaptar a los trabajadores, escalonar las medidas de reducción a lo largo de un período de tiempo, entre otras, y entre las que destacan “la selección de los trabajadores que hubieran de ser objeto de la reducción”.

Destaca que no se incluya entre los objetivos del período de consultas la posibilidad de reducir el número de afectados. Aun así, dicho objetivo se encuentra implícito en la propia finalidad de la Recomendación 119/1963, que persigue mantener la relación de trabajo a no ser que haya una causa justificada para extinguirla.

La Recomendación 119/1963 también señala que antes de proceder a un despido colectivo, el empresario debería notificarlo a las autoridades públicas competentes, pero no se contempla la posibilidad de que exista un procedimiento administrativo que tenga que autorizar tales medidas, aunque se entiende que tampoco lo prohíbe y que quedará sujeto a lo que regule cada Estado.

El apartado III.15 de la Recomendación 119/1963 aborda el tema referido a los criterios de selección de los trabajadores afectados por una reducción de personal, señalando una serie de requisitos. Los requisitos que “deberían”¹⁶⁵ cumplir dichos criterios son los siguientes:

- Criterios que sean precisos.
- Criterios que sean fijados, “cuando sea posible”, con carácter previo a la medida de reducción de personal.

¹⁶⁵ Nótese que las resoluciones de la OIT suelen utilizar con frecuencia tiempos verbales condicionales, atendiendo al propio carácter meramente orientativo y no vinculante de la Recomendación, ya que no disponen ni obligan a los Estados miembros cómo deben legislar, sino que únicamente fijan unos parámetros dentro de los cuales sería deseable que se concretara la legislación nacional. Del mismo modo supone con otras expresiones usadas frecuentemente y que son poco concretas, como “lo antes posible” o “cuando sea posible”, como también se observa en la Recomendación 119/1963.

- Criterios que tengan debida cuenta de, por un lado, los intereses de la empresa, y por otro lado, de los propios trabajadores.

Una vez fijadas las características de los criterios, enumera con carácter ejemplificativo algunos de los criterios que se podrían utilizar, y que serían admitidos según el criterio de la OIT. Dichos criterios admitidos serían:

- Necesidad de que la empresa funcione eficazmente.
- Circunstancias objetivas que afectan a la persona del trabajador: capacidad, experiencia, aptitudes y calificaciones profesionales.
- Antigüedad en la empresa.
- Edad del trabajador.
- Situación familiar del trabajador.

Pero a continuación abre expresamente la puerta a que pudiera contemplarse “cualquier otro criterio”, siempre que pareciese indicado y teniendo en cuenta la situación de cada país. También señala que respecto a la prelación de los distintos criterios habrá que tener en cuenta la costumbre y práctica de cada Estado.

De los criterios citados, el de la edad y el de la situación familiar (este último referido, se supone, a que el trabajador tenga cargas familiares) tienen que ver con circunstancias personales del trabajador, y que están vinculadas con posibles situaciones de vulnerabilidad social. Respecto al de la antigüedad y los criterios relativos a la capacidad y aptitudes, son criterios objetivos que se relacionan con el desempeño del trabajador en la empresa. En cambio, el primer criterio que se enumera, referido a la “necesidad de que funcione eficazmente la empresa”, es más un principio que informa el proceso de toma de decisiones en esta materia por parte del empresario, que no un criterio de selección en sí mismo.

En el apartado III.16 de la Recomendación 119/1963 se habla expresamente de una regla de prioridad para la readmisión en la empresa de los trabajadores afectados por la reducción de personal, cuando la misma vuelva a efectuar contrataciones. Eso sí, disfrute de carácter condicionado, pues señala que será “en la medida de lo posible”.

A todas estas consideraciones, cabe añadir la Recomendación núm. 143 (1971) de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores, cuyo apartado III.6 f) prevé la posibilidad de reconocer a los representantes de los trabajadores una prioridad “respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal”.

1.2.- Convenio núm. 158 (1982) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo¹⁶⁶

En 1982, la OIT adoptó el Convenio núm. 158/1982 sobre la terminación de la relación de trabajo.¹⁶⁷ El motivo principal para adoptar dicho Convenio fue que, desde la fecha de la aprobación de la Recomendación de 1963, había habido numerosas modificaciones legislativas en muchos Estados, así como cambios en las prácticas referidas a la terminación de la relación laboral, por lo que se hacía necesario adoptar nuevas normas internacionales en la materia, que esta vez sí que revistieron una fuerza jurídica más reforzada a través del instrumento del “convenio”.¹⁶⁸

El art. 4 del Convenio 158/1982 recoge el principio de no terminación de la relación laboral sin causa justificada. Este principio exige fundamentar una decisión de despido en una causa justificada y constituye la piedra angular del Convenio.¹⁶⁹ En este sentido, señala que “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”.¹⁷⁰

El art. 5 del Convenio 158/1982 señala una serie de motivos que no constituirán causa justificada de extinción del contrato de trabajo, como son la afiliación a un sindicato o actividad sindical, ser candidato o haber ejercido como representante de los trabajadores, haber presentado una queja contra el empleador, o la raza y otras circunstancias ligadas al principio de no discriminación, entre las que destaca el embarazo. También es de destacar el último motivo que incluye el art. 5 como no justificativo de la extinción de la

¹⁶⁶ Sobre el Convenio núm. 158 de la OIT y los despidos colectivos en el derecho español, vid. ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 332 y ss.

¹⁶⁷ C158 – Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (entrada en vigor: 23/11/1985). Adoptado en Ginebra, Suiza, el 22/06/1982, en la 68ª reunión de la CIT.

¹⁶⁸ El primer apartado de la Recomendación de 1963 empieza señalando que “podrá darse efecto a la presente Recomendación”, mientras que el Convenio de 1982 señala que “deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional”. El propio Convenio concede a los Estados que lo hayan ratificado un amplio margen de flexibilidad a la hora de aplicar sus disposiciones, en función de las prácticas nacionales existentes en materia de legislación, negociación colectiva, procedimientos arbitrales o decisiones judiciales. En el caso de España, se le dio efecto a través del Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982 (BOE 29/06/1985).

¹⁶⁹ Así lo señala la Nota de la OIT sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, Ginebra, 9 de marzo de 2009, en PDF, p. 9.

¹⁷⁰ Vid. CRUZ VILLALÓN (2012a), p. 32.

relación laboral, que es la ausencia del trabajo con motivo de la licencia de maternidad.¹⁷¹ El art. 6 introduce como novedad que la ausencia temporal en el trabajo como consecuencia de una enfermedad o lesión tampoco podrá constituir causa justificada para extinguir la relación laboral, aunque para la definición de “ausencia temporal” remite a la legislación de cada Estado.

Más relevante es la Parte III del Convenio 158/1982, rubricada como “Disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos”, donde se fijan los dos elementos clave del Convenio en esta materia: el procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores y la notificación a las autoridades públicas.¹⁷² Dichos principios deben interpretarse a la luz del objetivo principal del Convenio, que no es otro que el de buscar un equilibrio entre los intereses del trabajador y del empresario.

Sobre el procedimiento de consultas a los representantes de los trabajadores, el art. 13 obliga al empresario a proporcionar a los representantes la “información pertinente”, y señala expresamente que deberá incluir entre esa información pertinente el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por las medidas de reestructuración, y el período en el que esté previsto realizar las extinciones. Se trata de previsiones que posteriormente incorporará de manera expresa la normativa española a través de disposiciones reglamentarias, como se analizará más adelante.

El art. 14 del Convenio 158/1982 también prevé la notificación a la autoridad laboral de la información relativa a las extinciones, entre la que hay que incluir también el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados por la reestructuración, así como el período en que vayan a llevarse a cabo las extinciones.

1.3.- Recomendación núm. 166 (1982) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo

A parte de las disposiciones contenidas en el Convenio 158/1982, la OIT decidió adoptar en la misma reunión de la CIT la Recomendación núm. 166/1982 sobre la terminación de

¹⁷¹ Como señala la Nota de la OIT sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166, citada, p. 17, se trata de motivos que constituyen un reflejo de la protección que confieren otros instrumentos aprobados por la OIT.

¹⁷² Con la aplicación de estos principios se pretende “facilitar el desarrollo de una actividad económica socialmente responsable”, como ha indicado la Comisión de Expertos (Nota de la OIT sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166, citada, p. 21).

la relación de trabajo,¹⁷³ en la que se prevén distintas medidas que no pudieron aprobarse por convenio. Por lo tanto, la Recomendación de 1982 complementa al Convenio 158/1982 y sustituye la Recomendación de 1963.¹⁷⁴

En este sentido, el apartado 5 de la Recomendación 166/1982 señala que, “además” de los motivos que señala el art. 5 del Convenio 158/1982, tampoco deberían constituir causa justificada para la extinción de la relación laboral otros motivos como la edad o la ausencia del trabajo por razón del servicio militar obligatorio. El apartado 6 de la Recomendación 166/1982 reitera lo ya señalado en el art. 6 del Convenio 158/1982 respecto de la ausencia temporal del trabajo por razón de enfermedad o lesión.

El apartado 23 de la Recomendación 166/1982 reitera disposiciones en materia de criterios de selección de los trabajadores afectados en un sentido muy similar al que lo hizo la Recomendación 119/1963. Así, se señala que los criterios, de los que ya no se exige que sean “precisos”, deben ser fijados de antemano en la medida de lo posible, y tener en cuenta los intereses de la empresa y de los trabajadores. Por lo que respecta a los posibles criterios, su prelación e importancia, corresponderá a la normativa nacional su regulación.

Finalmente, el apartado 24 de la Recomendación 166/1982 contempla que los trabajadores afectados por la reestructuración puedan tener una “cierta” prioridad para ser readmitidos en la empresa en caso de que existan vacantes, en una línea similar a lo que estableció la Recomendación 119/1963.

El objetivo de esta normativa internacional es armonizar las legislaciones de los Estados y evitar la competencia desleal. Además, debe conectarse, en el marco del Consejo de Europa, con la Carta Social Europea,¹⁷⁵ que en el art. 21 reconoce el derecho de los trabajadores a la información y a la consulta en aquellos aspectos que les incumban. En particular, se prevé el derecho a que sean consultados cuando la empresa tenga que adoptar decisiones empresariales que puedan tener incidencia en el volumen de empleo de la empresa, como puede ser el caso de los despidos colectivos. Además, el art. 24 CSE reconoce el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin causa justificada, entre

¹⁷³ R166 – Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166). Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 22/06/1982, en la 68ª reunión de la CIT.

¹⁷⁴ Nota de la OIT sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166, citada, p. 3.

¹⁷⁵ Carta Social Europea, 1961, revisada en 1996.

las que podrían incluirse motivos relacionados con la aptitud, la conducta del trabajador, o el funcionamiento de la empresa, donde incluiríamos los despidos económicos.

La OIT ha adoptado otros textos internacionales que si bien no abordan de manera específica la cuestión del despido, sí que tienen una incidencia directa. El principal es el Convenio núm. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, de 1958,¹⁷⁶ que define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia que se base en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social y que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (art. 1). Por otro lado, el art. 2 establece el principio general que obliga a los Estados a promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación a fin de eliminar cualquier forma de discriminación.

2.- NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea ha aprobado diversas normas relativas a los despidos colectivos o que pueden tener incidencia en ellos.¹⁷⁷

2.1.- Las Directivas europeas en materia de despidos colectivos: las Directivas 75/29/CEE, 92/56/CEE, y la actual 98/59/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos¹⁷⁸

Desde la década de 1970, la Unión Europea vio la necesidad de armonizar las disposiciones de los distintos Estados miembro relativas a las reestructuraciones de empresas, una cuestión que afectaba directamente al funcionamiento del mercado interior.

La primera norma aprobada fue la Directiva 75/129/CEE sobre despidos colectivos,¹⁷⁹ aprobada con el objetivo de reforzar la protección de los derechos de los trabajadores

¹⁷⁶ Convenio de la OIT núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958. Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (entrada en vigor: 15/06/1960). Adoptado en Ginebra, el 25/06/1958, en la 42ª reunión de la CIT.

¹⁷⁷ Sobre el proceso de adopción en el seno de la Unión Europea de las distintas directivas en materia de despido colectivo, puede verse CRUZ VILLALÓN (2012a), p. 19 y ss.

¹⁷⁸ En la doctrina, vid. CRUZ VILLALÓN (1988); CRUZ VILLALÓN (1997); RIESENHUBER (2012), p. 535 y ss.; y SÁEZ LARA (2015), p. 32.

¹⁷⁹ Directiva de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE 22/02/1975.

afectados por despidos colectivos, atendiendo a la disparidad de las distintas legislaciones vigentes en los Estados miembros y la incidencia directa que ello tenía sobre el funcionamiento del mercado común.¹⁸⁰ Dicha Directiva, junto con la Directiva 77/187/CEE sobre transmisión de empresa,¹⁸¹ y la Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores frente a las situaciones de insolvencia de las empresas,¹⁸² supuso el “primer embrión” de actuación de las instituciones europeas en las legislaciones nacionales relacionadas con la reestructuración de empresas y la protección de los trabajadores al respecto.¹⁸³

Las directivas europeas en materia de despido colectivo se han centrado en aspectos procedimentales relacionados con la tramitación del despido, colocando en un lugar central el período de consultas con los representantes de los trabajadores, precisamente para salvaguardar así los intereses de los trabajadores, ya que esa es la función de los requisitos formales que establece el procedimiento.¹⁸⁴

La característica principal que introduce la normativa europea en materia de despidos colectivos es la obligación para el empresario de llevar a cabo un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo, y en el que se aborden cuestiones como la posibilidad de evitar o reducir los despidos o atenuar sus consecuencias (art. 2 Directiva 75/129/CEE). El art. 2.3 Directiva 75/129/CEE señala las obligaciones de información para el empresario, que deberá aportar a los representantes toda la información que sea útil para alcanzar los objetivos de las consultas, señalando que mediante comunicación escrita deberá señalar los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores empleados habitualmente y el período en que está previsto efectuar las extinciones, comunicación de la que luego habrá que remitir copia a la autoridad competente.

¹⁸⁰ Véase CRUZ VILLALÓN (1988), y PARDELL VEÀ (1988).

¹⁸¹ Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOCE 05/03/1977. A su vez, fue modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio (DOCE 17/07/1998), y posteriormente refundida en la actualmente vigente Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE 22/03/2001).

¹⁸² Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre (DOCE 28/10/1980), modificada por la Directiva 87/164, de 2 de marzo (DOCE 11/03/1987) y la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre (DOCE 08/10/2002).

¹⁸³ Así lo expresa CRUZ VILLALÓN (2012a), p. 21.

¹⁸⁴ CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 244. Para ALBIOL MONTESINOS, en el ámbito del procedimiento del despido colectivo es donde las directivas introducidas a partir del año 1975 presentan las diferencias más radicales con respecto al derecho español, entonces todavía condicionado por el régimen de autorización administrativa: vid. ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 341.

La Directiva 75/129/CEE fue modificada por la Directiva 92/56/CEE,¹⁸⁵ que tiene en cuenta la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores,¹⁸⁶ la cual reconoce la importancia de los procedimientos de información, consulta y participación de los trabajadores (punto 17) y señala que deben llevarse a cabo, en particular, con motivo de los procedimientos de despido colectivo (punto 18).

La Directiva 92/56/CEE introduce novedades en cuanto a las obligaciones de información y consulta del empresario con los representantes de los trabajadores. Así, además de comunicar por escrito el número y categorías profesionales de los trabajadores que vayan a ser despedidos y de los empleados habitualmente en la empresa, se introduce la obligación empresarial de comunicar también los “criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser despedidos” en caso de que la legislación nacional confiera al empresario competencia en tal sentido, cosa que sucede en Derecho español. Una particularidad que introduce la Directiva 92/56/CEE y que continuará en posteriores normas de Derecho de la Unión es la relativa a que las obligaciones de información y consulta serán aplicables con independencia de que la decisión relativa al despido la adopte el propio empresario empleador o la adopte la empresa que ejerza el control sobre aquel.

En 1998 se aprobó la normativa actualmente vigente en la Unión Europea: la Directiva 98/59/CE.¹⁸⁷ En materia de información y consulta, el art. 2 de la Directiva 98/59/CE mantiene una regulación sustancialmente idéntica a la contenida en la Directiva 92/56/CEE, imponiendo al empresario la obligación de comunicar a los representantes de los trabajadores los siguientes extremos:

- Motivos del despido.
- Número y categoría profesional de los trabajadores que vayan a ser despedidos.
- Número y categoría profesional de los trabajadores habitualmente empleados en la empresa.
- El período en el que esté previsto efectuar los despidos.
- Los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si la legislación de cada Estado otorga dicha facultad al empresario.

¹⁸⁵ Directiva 92/56/CEE de 24 de junio de 1992, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE 26/08/1992.

¹⁸⁶ Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en reunión del Consejo Europeo en Estrasburgo el 09/12/1989.

¹⁸⁷ Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE 12/08/1998.

- El método de cálculo de las indemnizaciones si difieren de la legalmente establecida.

Por tanto, la Directiva 98/59/CE incorpora la obligación de informar a los representantes legales de los trabajadores sobre los criterios tenidos en cuenta a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados, pero no especifica cuáles pueden o deben ser estos ni criterios, ni fija ninguna regla al respecto, por lo que la concreción de dichos extremos queda a disposición de la normativa nacional.

La Directiva 98/59/CE también incluye la previsión de que la información deberá ser facilitada con independencia de que la decisión la adopte el propio empresario o una empresa que ejerza el control sobre él, no tomándose por tanto en consideración las alegaciones del empresario referidas al hecho de que la empresa que ejerce el control no le suministró la información pertinente.

Por otro lado, el art. 3 Directiva 98/59/CE obliga al empresario a notificar a la autoridad competente la decisión de iniciar un procedimiento de despido colectivo, y que deberá contener en la misma los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir y de los empleados habitualmente, así como el período en el que se prevé efectuar los despidos.

La particularidad de la normativa europea en materia de despidos colectivos es que recoge un modelo de tutela parcial que se limita exclusivamente a lo procedimental,¹⁸⁸ y ello es así porque no reconoce ningún derecho sustancial a los trabajadores, sino que únicamente regula una serie de garantías procedimentales, de información y consulta, previas a la adopción de la decisión extintiva.

En definitiva, la Directiva 98/59/CE se encuentra en línea con los principios recogidos en el Convenio 158/1982 de la OIT.¹⁸⁹

Si bien la disciplina introducida a partir del año 1975 por el legislador europeo, con el período de consultas como eje central, podía en principio causar problemas de encaje con el ordenamiento jurídico-laboral español, en el que en aquel momento todavía regía el sistema de autorización administrativa previa como “clave de bóveda” del modelo

¹⁸⁸ Así lo señala ROCCELLA (1997), p. 49.

¹⁸⁹ Informe final de la Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166), Ginebra, 18-21 de abril de 2011, en PDF, p. 28.

español de despido colectivo, la doctrina se mostró en esos años partidaria de considerar que nuestro sistema de despido colectivo no contravenía las directivas europeas.¹⁹⁰

Las previsiones contenidas en la Directiva 98/59/CE están configuradas con carácter de mínimo necesario.¹⁹¹ Ello significa que los Estados no pueden legislar de modo más desfavorable para los trabajadores, debiendo respetar las disposiciones de la Directiva.¹⁹² En el caso de España, el art. 51 ET ha transpuesto todos los extremos contemplados en la Directiva 98/59/CE. Ahora bien, no se ha contemplado expresamente la cláusula de aportar “toda la información pertinente”, que sí aparece en la Directiva 98/59/CE.¹⁹³

2.2.- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹⁴ también reconoce en el art. 27 el derecho de información y consulta de los trabajadores, al señalar que “deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”, con una redacción

¹⁹⁰ En este sentido, GOERLICH PESET (1994b), p. 90-91. Para una mayor profundización respecto del modelo español de despido colectivo y la normativa europea, vid. DURÁN LÓPEZ (1989), p. 160 y ss.; GOÑI SEIN, LANDA ZAPIRAÍN (1993), p. 52 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ (1986), p. 343 y ss.; MARTÍNEZ GIRÓN (1993), p. 789 y ss.; MULAS GARCÍA (1984), p. 47 y ss.; MUT GONZÁLEZ (1994), p. 36 y ss.; PARDELL VEÀ (1988), p. 83 y ss.; y RAMÍREZ MARTÍNEZ (1987), p. 1809 y ss.

¹⁹¹ ARASTEY SAHÚN (2016), p. 294; CABEZA PEREIRO, LOUSADA AROCHENA (2012), p. 181.

¹⁹² Así, por ejemplo, en el caso de Bélgica, la legislación nacional omitía la inclusión de determinados extremos en la comunicación inicial, como las causas del despido, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados y los criterios de selección de los trabajadores afectados. La STJUE de 16 de julio de 2009 [ECLI:EU:C:2009:466], asunto *Mono Car Styling*, ha señalado que la legislación nacional no puede regular condiciones más desfavorables para los trabajadores que las que fija la Directiva 98/59/CE.

¹⁹³ Vid. ARASTEY SAHÚN (2016), p. 295. La STS de 20 de noviembre de 2014 (rec. 114/2014) y la STS de 29 de septiembre de 2015 (rec. 1/2015) señalan que “se echa de menos” que el legislador español no haya transpuesto dicha referencia genérica a “toda la información pertinente”, pero señala que, en virtud de la obligatoriedad para los Estados de transponer las directivas, y la aplicabilidad o eficacia directa de las mismas en caso de indebida transposición, hay que entender como “exigible” para el empresario que aporte “toda la información pertinente”. A mi modo de ver, no resulta imprescindible que el legislador español recoja dicha referencia, puesto que cabe hacer una interpretación integradora del art. 51 ET en línea con la Directiva 98/59/CE y sus objetivos, y el Convenio núm. 158 OIT, que también se refiere a “la información pertinente”; aparte de que cuesta imaginar otros extremos documentales no incluidos en el listado del art. 2 Directiva 98/59/CE y art. 51.2 ET que tengan una transcendencia suficiente.

¹⁹⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 01/12/2009. DOUE 14/12/2007.

muy similar a la que preveía con anterioridad el punto 17 de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.¹⁹⁵

Por su parte, el art. 30 CDFUE recoge el principio de causalidad del despido, al establecer que “todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido *injustificado*”, aunque señala que ello será “de conformidad” con la normativa europea y las legislaciones y prácticas nacionales. Se trata de un precepto que no ha tenido mayor desarrollo ni concreción en las legislaciones nacionales, y que además está formulado de un modo extremadamente genérico.¹⁹⁶ De hecho, en la CDFUE, el principio está enunciado en un modo todavía más genérico que el art. 4 del Convenio núm. 158 OIT, que señala expresamente que no podrá darse terminación a la relación de trabajo sin causa justificada, mientras que la CDFUE se refiere únicamente a la protección en caso de despido injustificado, de lo que se infiere indirectamente un principio de necesaria justificación del despido.

2.3.- La Directiva 2002/14/CE en materia de información y consulta a los trabajadores

El procedimiento de despido colectivo también conduce a estudiar otra normativa europea que está, aunque sea de modo indirecto, relacionada con esta cuestión. En particular, respecto del período de consultas con los representantes de los trabajadores, es interesante traer a colación la Directiva 2002/14/CE que establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores.¹⁹⁷ El art. 9 de la Directiva 2002/14/CE señala que sus disposiciones no afectarán a los procedimientos específicos en materia de información y consulta que prevean otros instrumentos normativos, como es el caso de la Directiva 98/59/CE en materia de despidos colectivos. El período de consultas que tiene lugar en el procedimiento de despido colectivo tiene carácter específico, por lo que la Directiva 2002/14/CE será relevante en tanto que establece un marco general para el ejercicio del derecho de información y consulta, definiendo estos conceptos y fijando unos requisitos mínimos.

¹⁹⁵ Texto adoptado en 1989.

¹⁹⁶ CRUZ VILLALÓN (2012a), p. 32.

¹⁹⁷ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. DOCE 23/03/2002.

La Directiva 2002/14/CE, en el art. 2, define la información como la transmisión de datos por parte del empleador a los representantes de los trabajadores, a fin de que estos últimos tengan conocimiento de un tema concreto; y define la consulta como el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empleador. Así, en el art. 4 establece que la información se debe facilitar en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, precisamente para permitir a los representantes de los trabajadores tener un conocimiento adecuado del tema tratado y poder preparar las consultas. La consulta por su parte también deberá realizarse en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, con arreglo a las informaciones que haya proporcionado el empresario y con vistas a alcanzar un acuerdo. Dichos requisitos será luego relevante aplicarlos al período de consultas durante el procedimiento de despido colectivo.

Los propios considerandos de la Directiva 2002/14/CE señalan la necesidad de evitar que se adopten decisiones empresariales que tengan consecuencias graves para los trabajadores sin que se realicen procedimientos de información y de consulta adecuados. Por ello, se hace necesario reforzar el diálogo social para flexibilizar la organización del trabajo, lo cual puede contribuir a que no se destruya empleo. Además, el Considerando 9 señala que la adaptación de empresas al contexto económico global y los procesos de reestructuración empresarial sólo pueden llevarse a cabo de manera exitosa si los procedimientos de información y consulta se han realizado con la suficiente antelación.

Si bien se trata de una Directiva que establece un “marco general” relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, y la misma norma señala que no afectará a lo dispuesto en la Directiva 98/59/CE en materia de despidos colectivos, cabe entender que los principios enunciados en la misma son de aplicación al período de consultas llevado a cabo entre empresario y representantes legales de los trabajadores en el marco de un procedimiento de despido colectivo. Ello es así porque el período de consultas llevado a cabo en el marco de un procedimiento de despido colectivo vendría a ser una suerte de especialidad respecto del marco general de información y consulta que establece la Directiva 2002/14/CE.

2.4.- La normativa europea protectora de colectivos específicos: la Directiva 92/85/CEE de protección de la trabajadora embarazada

El Derecho de la Unión Europea incluye más normas de carácter social que resultan relevantes para el estudio del despido colectivo. Así, en materia de no discriminación de

la trabajadora embarazada, es relevante traer a colación la Directiva 92/85/CEE para promover la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.¹⁹⁸

En los considerandos de la Directiva 92/85/CEE, se señala que el riesgo de que una trabajadora embarazada (o que haya dado a luz o en período de lactancia) sea despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre su salud física y psíquica, por lo que la Directiva establece una prohibición de despido. Dicha prohibición se regula en el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, y se contempla como una garantía del ejercicio de los derechos de protección de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, más que como una medida estrictamente antidiscriminatoria. Por ello, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de “tomar las medidas necesarias” para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, en el período comprendido desde el inicio del embarazo hasta la finalización del permiso de maternidad, a excepción de aquellos casos en los que el despido se realice por motivos no inherentes al estado de embarazo. A tal fin, la Directiva también obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras “contra las consecuencias” de un despido que infringiese dicha prohibición. Se trata de una cuestión que abordaré con detenimiento en capítulos posteriores, analizando la posibilidad de seleccionar a una trabajadora embarazada que se vea afectada por un despido colectivo y su incidencia con la prohibición de discriminación.

2.5.- Normativa europea en materia de igualdad de trato en el empleo: Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres, y Directiva 2000/43 sobre igualdad de trato por origen racial o étnico¹⁹⁹

También cabe citar otras disposiciones que tienen un carácter más amplio, en este caso relacionadas con el principio de igualdad de trato y no discriminación, que, como se verá, será muy relevante a la hora de establecer qué trabajadores van a verse afectados por la medida de despido colectivo. Así, hay que citar la *Directiva 2000/78/CE relativa al marco*

¹⁹⁸ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. DOCE 28/11/1992.

¹⁹⁹ Sobre la normativa europea en materia de tutela frente a la discriminación en el empleo, vid. CRUZ VILLALÓN (2012a), p. 30.

*general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.*²⁰⁰ Dicha Directiva recuerda la importancia que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres tiene en el Derecho de la Unión, así como la necesidad de eliminar las desigualdades y discriminaciones que puedan existir. Su objeto principal, tal y como señala el art. 1, es combatir la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato y protegerlo frente a formas de discriminación directa e indirecta. La protección alcanza también a las condiciones de empleo y trabajo, dentro de las que hay que incluir las condiciones de despido. Por lo tanto, no cabrá establecer diferencias de trato que afecten al despido de los trabajadores por motivos relacionados con la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

La Directiva 2000/78/CE afecta en particular a dos colectivos que son relevantes a efectos de despidos colectivos. Uno de ellos es el de las personas con discapacidad. En este sentido, el art. 5 obliga a que en las empresas se realicen “ajustes razonables” para garantizar el principio de igualdad de trato respecto de las personas con discapacidad. Ello se traduce en el deber de tomar “medidas adecuadas” para facilitar el acceso al empleo de las personas con discapacidad. No obstante, es relevante señalar que el precepto no dice nada respecto al deber de adoptar medidas adecuadas para facilitar la permanencia en la empresa de los trabajadores discapacitados en caso de despido. Además, el art. 7.2 señala expresamente la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas que tengan por objeto favorecer la inserción laboral de las personas con discapacidad.²⁰¹

El otro colectivo al que afecta la Directiva 2000/78/CE es el de los trabajadores que por su edad puedan sufrir alguna forma de discriminación. A este respecto, el precepto señala que podrán establecerse diferencias de trato en función de la edad si están justificadas de manera objetiva y razonable por una finalidad legítima. El art. 6 señala que las diferencias

²⁰⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOCE 02/12/2000

²⁰¹ En materia de protección de los trabajadores discapacitados frente a la discriminación, la UE ha adoptado algunos textos relevantes. En este sentido, hay que mencionar la Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (DOCE 12/08/1986), en el que recomienda a los Estados que revisen sus legislaciones en materia de protección a los discapacitados para evitar situaciones de discriminación y que adopten medidas adecuadas para evitar en la mayor medida posible los despidos motivados por la situación de discapacidad. También hay que citar la Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía [COM(96) 406 final, 30/07/1996], que tiene una perspectiva más amplia y social, no tanto laboral.

de trato podrán consistir en el establecimiento de condiciones especiales de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido para tres colectivos: trabajadores jóvenes, trabajadores de mayor edad y trabajadores que tengan personas a su cargo. Señala también que dichas diferencias, en caso de establecerse, deben estar orientadas a favorecer la inserción profesional o garantizar la protección de los mencionados colectivos.

Como es habitual en la normativa europea en materia de igualdad de trato y no discriminación, el art. 10 de la Directiva 2000/78/CE establece la regla que altera la carga de la prueba, de modo que basta que la parte demandante alegue hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, para que se traslade a la parte demandada la carga de probar que no ha existido tal discriminación. Del mismo modo, y también en la línea de garantizar las disposiciones que contiene la Directiva, el art. 11 recoge el principio de garantía de indemnidad, de manera que los Estados protejan a los trabajadores contra el despido u otras medidas desfavorables adoptadas como represalia a una reclamación del trabajador para hacer valer el principio de igualdad de trato.

En materia de igualdad de trato y no discriminación, el texto normativo europeo más importante es la *Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación*.²⁰² Dicha Directiva supone una refundición de una multiplicidad de textos normativos anteriores, e incorpora la jurisprudencia del TJUE en la materia.²⁰³ Su importancia radica en el reconocimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres como un principio fundamental del Derecho de la Unión. La CDFUE reconoce en el art. 21 el principio general de no discriminación, así como el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el art. 23. La primera cuestión que suscita el estudio de esta norma es su relación con la Directiva 92/85/CEE sobre la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia,

²⁰² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE 26/07/2006.

²⁰³ Entre los múltiples textos normativos que incorporaban previsiones en materia de principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, encontramos la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE 14/02/1976); la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DOCE 12/08/1986); la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DOCE 19/02/1975); y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DOCE 20/01/1998).

respecto de lo cual cabe señalar que la propia Directiva 2006/54/CE indica en su Considerando 24 que sus disposiciones no afectarán a la Directiva de 1992 sobre trabajadoras embarazadas, ya que la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y la maternidad es un objetivo legítimo. Además, cabe recordar que la discriminación hacia la mujer por razón del embarazo o la maternidad constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, como señala el Considerando 23 de la Directiva 2006/54/CE en línea con la jurisprudencia del TJUE, y tal y como recoge el art. 2 c) de la misma Directiva.

Ahora bien, para detectar posibles situaciones de discriminación o de trato desfavorable hacia la mujer juegan un papel importante los datos estadísticos. En este sentido, el Considerando 37 de la Directiva 2006/54/CE insta a que se sigan elaborando estadísticas adecuadas y comparables que sean específicas para cada sexo.

La Directiva 2006/54/CE tiene por objeto proteger el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo y ocupación, en cuestiones como el acceso al empleo, la formación profesional o las condiciones de trabajo, incluida la retribución. Dentro de condiciones de trabajo debemos entender que el principio de igualdad de trato se aplica también a las condiciones de despido. De hecho, así lo señala el propio art. 14, en el que se recoge el principio general de prohibición de discriminación por razón de sexo en las materias señaladas y, en particular, respecto de las condiciones de empleo y de trabajo, “incluidas las de despido”.

En materia de protección a la familia, el art. 16 de la Directiva 2006/54/CE, si bien no entra a regular nada sobre los permisos de paternidad y/o de adopción, materia que queda reservada a la competencia de los Estados, sí que señala que los Estados deberán tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, sean hombres o mujeres, frente al despido motivado por el ejercicio de los derechos relacionados con los permisos de paternidad y/o adopción.

En materia de carga de la prueba, la Directiva 2006/54/CE prevé que las reglas de alteración de la misma previstas con carácter general para las situaciones de discriminación, sean aplicables también a las situaciones encuadrables dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/85/CEE sobre protección de la trabajadora embarazada, en la medida en que nos encontremos ante una situación de discriminación por razón de sexo.

Respecto de la garantía de indemnidad, el art. 24 de la Directiva 92/85/CEE insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los

representantes legales, frente al despido u otras medidas desfavorables adoptadas por el empresario como represalia por realizar una reclamación relativa al cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Finalmente, la tutela frente a la discriminación que proporciona la normativa europea no puede olvidar la discriminación por motivos raciales o étnicos, por lo que cabe citar aquí la *Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*,²⁰⁴ que garantiza una protección frente a la discriminación en el empleo y la ocupación a las personas por razón de su origen racial o étnico.

3.- NORMATIVA ESPAÑOLA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS PREVIOS A LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Antes de abordar la facultad de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo tal y como se contiene en la diversa normativa y regulación vigente durante el período democrático, conviene hacer una mención a la normativa vigente con anterioridad a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980. No se trata de hacer un estudio exhaustivo de la normativa existente en los últimos años del franquismo, que por su parte se caracteriza por su dispersión y cierto grado de confusión, como luego se verá, sino de establecer sus rasgos principales a fin de compararla con la normativa vigente a partir de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y establecer diferencias.

Como quedará patente a continuación, la normativa relativa a la selección de los trabajadores afectados por medidas de despido colectivo que estuvo vigente con anterioridad a 1980 se caracteriza por su dispersión y no escasa confusión sobre cuál es el alcance de dicha facultad y de las prioridades de permanencia contempladas en los distintos textos normativos. En otras palabras, si bien se reconoce –aunque sea de manera implícita– la facultad empresarial de seleccionar cuáles son los trabajadores que se van a ver afectados por medidas de despido colectivo en el marco de una reestructuración empresarial, esta facultad no queda exenta de estar sometida a una serie de limitaciones importantes debido a la existencia de diversos instrumentos normativos que prevén una serie de reglas en materia de prioridad de permanencia para distintos colectivos, normalmente colectivos que precisan de alguna protección en el plano social. Se trata de

²⁰⁴ Directiva 2000/43, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. DOCE 19/07/2000.

unas reglas en materia de prioridad de permanencia, también llamadas preferencias, que otorgan a una serie de colectivos el derecho preferente de permanecer en la empresa en casos de reestructuración. Las propias normas prevén además una serie de órdenes de prioridad o en la salida de la empresa, es decir, quiénes serán los primeros y quiénes serán los últimos en ser despedidos.

En definitiva, con la normativa vigente antes de 1980, la selección de los trabajadores afectados por las medidas extintivas constituía una decisión empresarial de carácter reglado en la que debían observarse una serie de criterios legales y reglamentarios bastante rígidos.²⁰⁵ Así lo ha señalado la doctrina, que ha analizado la normativa correspondiente y la ha comparado con la normativa actualmente vigente, lo cual ha llevado a la conclusión generalizada de que se pueda hablar de una muy estricta regulación de los criterios de selección, basada en el establecimiento de las preferencias que más adelante se señalarán.²⁰⁶

A parte de la dispersión normativa y de cierta confusión por lo que respecta a cuál es la prelación entre las distintas reglas sobre prioridad de permanencia –que son características relativas a aspectos formales sobre dicha normativa–, el sistema de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos previo a 1980 se caracteriza, en cuanto a su contenido y alcance, por una regulación estricta y detallada de cuáles son las limitaciones que tiene el empresario a la hora de escoger a los trabajadores afectados.²⁰⁷

Dicha regulación estricta y detallada se traduce en la indicación más o menos exhaustiva, por parte del legislador, de cuáles son los criterios que debe seguir el empresario a la hora de seleccionar a los trabajadores que se van a ver afectados por una decisión extintiva que afecte con carácter parcial a la empresa o centro de trabajo, principalmente a través de la indicación de cuáles son las prioridades de permanencia a respetar y el orden o prelación

²⁰⁵ Así lo señala ROQUETA BUJ (2015), p. 14. A parte de una breve mención a la normativa en materia de criterios de selección desde un punto de vista histórico, la mencionada obra es muy relevante en tanto que realiza un importante análisis sobre los criterios de selección, centrándose tanto en cuáles son las características de los criterios de selección admitidos por nuestros tribunales como en el alcance de las prioridades de permanencia que contempla la normativa actualmente en vigor, aunque esas cuestiones serán objeto de análisis más adelante.

²⁰⁶ Así lo señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 1. Esta es una de las primeras referencias doctrinales que aborda específicamente la cuestión de los criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos, una vez aprobado el Estatuto de los Trabajadores de 1980, lo que le permite al autor analizar cuáles son los cambios normativos acontecidos, así como los problemas prácticos respecto a su aplicación.

²⁰⁷ ROQUETA BUJ (2015), p. 13 y ss.

entre las mismas. Criterios que, a la postre, se aplicarán en aquellas extinciones derivadas de lo que entonces se conocía como despidos por crisis laboral y económica, tal y como lo recogía el art. 76 apartado 7 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.²⁰⁸

Por lo tanto, la normativa existente durante los últimos años del franquismo, y hasta el año 1980 en el que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, se caracteriza por su dispersión normativa y confusión en su regulación, así como por su carácter estricto, exhaustivo y reglado por lo que respecta a su contenido, caracterizado por el establecimiento de unas detalladas reglas de prioridad de permanencia o preferencias aplicadas a determinados colectivos sociales –normalmente desfavorecidos– y que suponían una clara limitación de la facultad empresarial para determinar qué trabajadores se veían afectados por las medidas de reestructuración empresarial. Ello determina el carácter reglado y no discrecional de la mencionada facultad empresarial.

Se hace necesario por tanto estudiar la mencionada normativa y cuáles son los concretos instrumentos legales y reglamentarios que recogían las mencionadas reglas sobre permanencias.

Uno de los principales textos normativos al cual se debe hacer referencia en esta materia es el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo.²⁰⁹ Se trata de una norma aprobada a finales del franquismo y que en cierto modo intentó poner algo de orden con respecto a otras normas en la materia aprobadas con anterioridad. El Decreto de 1972, en su Exposición de Motivos ya adelanta que uno de sus principales objetivos es fijar las normas relativas a lo que denomina como las garantías aplicables en casos de extinción de la relación laboral fundadas en causas tecnológicas y económicas, a la vez que pretende fijar normas sobre cómo realizar regulaciones de empleo en procesos de reestructuración y reconversión. Debe señalarse que la propia Exposición de Motivos del Decreto de 1972 ya habla del hecho de que la reestructuración de empresas debe orientarse necesariamente en un sentido social, aproximándose a una problemática que es relevante en materia de reestructuración empresarial y que determina la existencia de limitaciones en el ejercicio de ciertas facultades por parte del empresario. No puede olvidarse que la adopción de medidas de reestructuración empresarial, como pueden ser las relativas a la extinción de contratos de trabajo con carácter colectivo, tienen una fuerte implicación social. Este componente social incorporado afecta a la regulación de la materia por el legislador y

²⁰⁸ Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE 24/02/1944. El citado art. 76.7 LCT 1944 contempla la extinción del contrato de trabajo por “cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral o económica”.

²⁰⁹ BOE 15/11/1972.

limita las actuaciones del empresario en el marco de la libertad de empresa, aunque ésta es una cuestión que no se analiza en este apartado.

Volviendo a la normativa franquista que se estaba analizando, resulta relevante analizar las reglas en materia de selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos, que se enumeran en el art. 15 del mencionado Decreto 3090/1972. El párrafo tercero de dicho precepto recoge como norma general el criterio de la antigüedad dentro de cada categoría profesional,²¹⁰ de suerte que, dentro de cada categoría profesional, primero quepa despedir a los trabajadores con menor antigüedad, siendo los últimos los de mayor antigüedad, en lo que el Decreto 3090/1972 denomina “orden inverso al de antigüedad en la Empresa”. En este sentido, vemos que lo que fija esta norma es un criterio general de selección basado, como se ha señalado, en el orden inverso al de antigüedad en la empresa, y dentro de cada categoría profesional. Se trata pues de que el empresario identifique cuáles son las categorías y puestos que van a poderse ver afectados por las extinciones contractuales y, dentro de cada categoría profesional afectada, seleccionar o afectar para los despidos a los trabajadores con menor antigüedad en la empresa, siguiendo el orden de la misma. De este modo, se establece una cierta preferencia de permanencia en la empresa para los trabajadores que tienen mayor antigüedad, aunque esta norma, más que una regla sobre prioridad de permanencia, es una regla sobre ordenación de los trabajadores afectados. A destacar es que la propia norma señala que este criterio para la ordenación de los trabajadores afectados es “como norma general”.

No obstante, acto seguido, el mismo precepto señala que la Autoridad Laboral, oída la Organización Sindical, podrá autorizar de manera excepcional que no se observe dicha norma relativa al orden inverso al de la antigüedad en la empresa, siempre que concurren “circunstancias especiales debidamente fundamentadas”.

A parte de esta regla general relativa al criterio de la antigüedad, o mejor dicho, al orden inverso al de antigüedad, el Decreto 3090/1972 recoge reglas en materia de prioridad de permanencia, otorgando una expresa preferencia para la permanencia en la empresa a determinados colectivos. En este sentido, se recoge la prioridad de permanencia de los trabajadores que desempeñen cargos electivos de carácter sindical, señalando que “tendrán preferencia para continuar al servicio de la Empresa”.²¹¹ Se trata de la regla de

²¹⁰ El art. 15.3 del Decreto 3090/1972 lo indica así: “El cese o suspensión de los trabajadores se llevará a efecto en cada categoría profesional y como norma general según el orden inverso al de antigüedad en la Empresa”,

²¹¹ Art. 15.5 Decreto 3090/1972.

prioridad de permanencia más relevante, común a toda la normativa de la época, y que de algún modo encuentra su traslación en la normativa posterior a 1980 en la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, aunque, como se estudiará en más detenimiento en otros apartados, con un fundamento completamente distinto y adecuado a los principios democráticos y, en particular, al de libertad sindical.

El art. 15 del Decreto de 1972 remite también a otras prioridades de permanencia contenidas en otras normas, señalando que todo lo indicado se entiende “sin perjuicio de la aplicación de las normas protectoras de empleo” aplicadas a determinados colectivos socialmente vulnerables. Se refiere a normas relativas a colectivos como los cabezas de familia numerosa, los trabajadores minusválidos y los de edad madura.²¹² Estas normas establecen prioridades para estos colectivos que son aplicables por encima de la regla general del criterio de la antigüedad. En este punto es donde empiezan a plantearse interrogantes sobre la articulación de las distintas normas en la materia, pues como vemos se recoge un criterio general de afectación relativo al orden inverso al de antigüedad en la empresa, y a continuación una serie de prioridades de permanencia que actúan de manera prevalente sobre el criterio general, y que afectan a cargos electivos de carácter sindical y a colectivos socialmente vulnerables. Por tanto, los problemas de articulación que se plantean se refieren a los posibles conflictos entre las distintas preferencias y su conjugación con el criterio general de la antigüedad, dando lugar a no pocos problemas prácticos.

Las mencionadas reglas sobre prioridad de permanencia que deben tenerse en cuenta a parte de la regla general relativa al orden inverso al de antigüedad en la empresa están recogidas en varios textos normativos. La primera regla sobre prioridad de permanencia es la relativa a los trabajadores que desempeñen cargos electivos de carácter sindical, y aparece ya recogida en el Decreto 1384/1966, de 2 de junio, por el que se regula el régimen de garantías de los trabajadores que desempeñan cargos electivos de origen sindical.²¹³ El art. 9.1 del Decreto 1384/1966 contempla la prioridad de permanencia para este tipo de trabajadores, con independencia de su antigüedad, pero dentro de su especialidad y categoría, y con independencia de que haya que observarse algún orden de prelación.²¹⁴ De ello se deduce la prioridad de permanencia de los cargos electos de origen

²¹² Art. 15.6 Decreto 3090/1972.

²¹³ BOE 14/06/1966.

²¹⁴ El precepto lo señala así: “En todos los casos en que, a consecuencia de cesación de actividades laborales, suspensión de las mismas, reducciones de jornada o del número de días de trabajo, terminación de obras y cualesquiera otros de análoga naturaleza, se produzcan suspensiones, despidos o ceses, estas medidas afectarán siempre en último lugar, dentro de su especialidad y categoría, a los trabajadores que ostenten

sindical al margen del criterio general de la antigüedad, tal y como posteriormente recogió el ya citado Decreto 3090/1972. Prioridad de permanencia que, como se ha indicado, se sustrae de la ordenación que pueda llevarse a cabo en función de la antigüedad, y que en todo caso se aplica “dentro de la especialidad y categoría” del trabajador, que es el ámbito en el que opera dicha garantía. Por lo tanto se fija una garantía de alcance relativo, que se traduce en que el cargo sindical será “el último” en verse afectado por las medidas extintivas dentro de su especialidad y categoría, pero no implica una prohibición absoluta de despido. Sobre esta cuestión volveremos cuando se analice la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores a partir de 1980, ya que se trata de una cuestión relevante debido a las discusiones doctrinales sobre si la mencionada garantía tiene un alcance absoluto o relativo y, en este último caso, cuál es su alcance.

La prioridad de permanencia de los cargos sindicales también encuentra plasmación en la Ley Sindical 2/1971,²¹⁵ que recogía en el art. 51 el principio de que los representantes sindicales estarían amparados por un régimen jurídico que garantizase el cumplimiento de sus funciones y el ejercicio de su actividad representativa. Se trata, en suma, de un régimen de garantías que vino posteriormente desarrollado en el Decreto 1878/1971, de 23 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos.²¹⁶

Este Decreto de 1971 desarrolla el régimen de garantías de este tipo de cargos representativos de tipo sindical, en un sistema que tiene como uno de sus principios básicos el de la protección de la relación jurídico-laboral de este tipo de trabajadores, a fin de garantizar precisamente el ejercicio de sus funciones. El mencionado Decreto recoge de nuevo la regla sobre prioridad de permanencia de los trabajadores que desempeñen cargos electivos de carácter sindical, formulada en unos términos muy similares a los del Decreto 1384/1966. En este sentido, se formula la prioridad de permanencia señalando que, cuando vayan a adoptarse medidas extintivas, dichas medidas “se aplicarán en último lugar, dentro de su grupo profesional y categoría, a los representantes sindicales, cualquiera que sea su antigüedad en la empresa y con preferencia a cualquier otro orden de prelación”.²¹⁷ Es decir, señala que los representantes sindicales serán los últimos en verse afectados por las medidas extintivas, dentro de su

cargo ejecutivo de origen sindical, sea cual fuere su antigüedad en la Empresa y aun en el supuesto de que para la puesta en práctica de tales medidas deba observarse un determinado orden de prelación.”, art. 9.1 Decreto 1384/1966.

²¹⁵ Ley Sindical 2/1971, de 17 de febrero. BOE 19/02/1971.

²¹⁶ BOE 13/08/1971.

²¹⁷ Art. 9.1 Decreto 1878/1971.

grupo profesional y categoría, y con independencia de cualquier otro orden de prelación, como puede ser el de la regla general del orden inverso de antigüedad en la empresa. Por lo tanto, estamos de nuevo ante una prioridad de permanencia relativa, limitada al grupo profesional y categoría, y que en todo caso supone ser “el último” en verse afectado por el despido.

Volviendo al antes citado Decreto 3090/1972, éste menciona a otros colectivos con “normas protectoras del empleo”, normas que deben también respetarse a la hora de determinar los trabajadores afectados por las medidas de reestructuración empresarial.

El primer colectivo analizado es el de los trabajadores de “edad madura”, lo que hoy conoceríamos como trabajadores de mayor edad o con edad cercana a la de jubilación. La regulación normativa al respecto la encontramos en el Decreto 2431/1966, de 13 de agosto, sobre el empleo de los trabajadores de edad madura,²¹⁸ que en el art. 1 prevé la prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años en casos de crisis laboral o reconversión de empresas. Esta es la “norma protectora de empleo” a la que hacía referencia el Decreto 3090/1972, y que se traduce para estos trabajadores en una preferencia para permanecer en la empresa en casos de despidos colectivos. El propio Decreto 2431/1966, a su vez, contempla una serie de ordenaciones y preferencias para permanecer en la empresa, lo cual planteaba problemas interpretativos y de articulación con otras disposiciones. En primer lugar, señala un orden de preferencias en el que primero figuran los trabajadores mayores de 45 años, con la excepción de los puestos de trabajo con características muy especiales que sean desempeñados por trabajadores jóvenes, previo estudio y autorización en cada caso. En segundo lugar, tras el criterio de preferencia de los trabajadores de edad superior a los cuarenta y cinco años, contempla la preferencia en la empresa según el criterio de la antigüedad, y, finalmente, según el criterio de las cargas familiares. Todos estos criterios, además, son de aplicación dejando a salvo las preferencias en favor de los trabajadores que ostentan cargos electivos de origen sindical, según establece el Decreto 1384/1966. Los problemas de articulación o de concurrencia de las distintas preferencias que puede plantear esta normativa son evidentes. Llegados a este punto, no hay duda sobre la regla general del criterio de la antigüedad (previsto en el Decreto 3090/1972) y la prioridad de permanencia de los cargos sindicales (prevista en el Decreto 1384/1966) que se aplica independientemente del criterio de la antigüedad. A esto le añadimos ahora la preferencia de los trabajadores mayores de 45 años, que tal y como está redactada incluye una cierta preferencia para los trabajadores más jóvenes que ocupen puestos de características muy especiales en los

²¹⁸ BOE 29/09/1966.

casos en que así se autorice; y las otras dos preferencias a las que hace referencia el Decreto 2431/1966: la antigüedad y las cargas familiares, en cuya articulación es mejor no entrar debido a la enorme confusión que plantean.

Ahora bien, el Decreto 2431/1966 fue derogado por el Decreto 1293/1970, de 30 de abril, sobre el empleo de los trabajadores mayores de cuarenta años,²¹⁹ que introduce alguna modificación. A este respecto, el Decreto 1293/1970 mantiene el orden de preferencias para trabajadores de mayor edad, trabajadores de mayor antigüedad y trabajadores con mayores cargas familiares, respetando la prioridad de permanencia de los trabajadores que ostenten cargos electivos de origen sindical. La modificación radica en que en el Decreto 1293/1970 la referencia a la preferencia de los trabajadores de mayor edad se aplica a los trabajadores mayores de 40 años, y no de 45 años como señalaba la normativa anterior, y se señala expresamente que dicha preferencia no podrá producirse en aquellos puestos que exijan unas condiciones específicas y técnicas que sean incompatibles con la edad, lo cual viene a atenuar la protección de la garantía y a limitar su alcance.

Otro de los colectivos de trabajadores que dispone de una serie de normas protectoras del empleo en la normativa previa a 1980 es el de los trabajadores que sufren alguna discapacidad, llamados entonces trabajadores “minusválidos”, con una terminología actualmente superada. A este respecto, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos,²²⁰ menciona en su Exposición de Motivos el hecho de que muchas de las entonces Reglamentaciones nacionales de trabajo recojan preceptos que prevén la reserva de puestos de trabajo en favor de los trabajadores con discapacidad. Es decir, no se trata de reglas en materia de prioridad de permanencia en casos de despidos colectivos, sino de normas que prevén la reserva en general de puestos de trabajo en las empresas para trabajadores discapacitados.

El art. 11 del Decreto 2531/1970 recoge la previsión de que las empresas que empleen a más de cincuenta trabajadores reserven un mínimo del dos por cien de los puestos para trabajadores con discapacidad. Dicha regla, pues, debe entenderse que será respetada con independencia del criterio de selección relativo al orden inverso de antigüedad en la empresa, tal y como indica el propio Decreto 3090/1972. Ahora bien, el Decreto 2531/1970 no contempla una regla de prioridad de permanencia como tal para este tipo de trabajadores, sino la previsión de que las empresas les reserven una cuota de puestos de trabajo. La norma protectora del empleo, en este caso, supone el propio reconocimiento de la reserva de puestos y también el mantenimiento de esta cuota de reserva con

²¹⁹ BOE 08/05/1970.

²²⁰ BOE 15/09/1970.

independencia de las reestructuraciones que se lleven a cabo en la empresa. En suma, a los trabajadores con discapacidad se les deben reservar el 2 % de puestos de trabajo de la empresa, antes y después de una reestructuración.

El otro colectivo mencionado en el Decreto 3090/1972 es el de los trabajadores que sean cabeza de familia numerosa. En este caso, la regulación se encuentra en la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas,²²¹ que en su art. 9.3 señala que los cabezas de familia numerosa y también sus cónyuges disfrutarán, dentro de su especialidad y categoría, de especial protección “para la conservación de sus situaciones laborales” en caso de despido, “según lo que se disponga” reglamentariamente y sin perjuicio de otras preferencias establecidas en la legislación. La disposición reglamentaria que desarrolló tal precepto fue el Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas.²²²

El art. 23 del Decreto 3140/1971 contempla la regla sobre prioridad de permanencia para los trabajadores que sean cabeza de familia numerosa y también para sus cónyuges, en una línea muy similar a lo que establece el Decreto 1878/1971 para los trabajadores que desempeñen cargos electivos de origen sindical. En este sentido, el art. 23 del Decreto 3140/1971 señala que, en caso de despido, dicha medida se aplicará en último lugar a los cabezas de familia numerosa y a sus cónyuges, con independencia de la antigüedad que tengan en la empresa. Es decir, la preferencia consiste en la garantía de ser “el último” en ser afectado por la medida de despido colectivo, dentro de su especialidad y categoría y con independencia de su antigüedad.

Además, el apartado 2 del art. 23 del Decreto 3140/1971 contempla una regla para aquellos casos en que concurren varios cabezas de familia numerosa, fijando un orden de prelación relativo a la prioridad a permanecer en la empresa. De este modo, tienen preferencia para permanecer en la empresa, en el orden que se señala, los siguientes trabajadores: los que tengan mayores cargas familiares, los de mayor edad y, por último, los que tengan superior antigüedad en la empresa. Por lo tanto, la normativa otorga preferencia a los trabajadores que mayores cargas familiares tengan, y después contempla otras reglas, como la general de la antigüedad y la de la mayor edad, lo cual plantea problemas de articulación con la normativa en materia de protección de trabajadores de mayor edad, ya que en ambas se hace mención a los mismos criterios pero en diferente orden. Por lo demás, y como en otros instrumentos normativos, el Decreto 3140/1971 en

²²¹ BOE 24/06/1971.

²²² BOE 28/12/1971.

su art. 25 señala expresamente que estas preferencias se entienden sin perjuicio de las demás preferencias que establece la legislación. En cambio, resulta confuso concluir cuál es el orden de prelación de las distintas reglas de preferencia que contemplan todos los instrumentos normativos estudiados.

A pesar de las numerosas reglas en materia de prioridad de permanencia aplicadas a distintos colectivos, no cabe olvidar que el criterio general para la selección de los trabajadores en los despidos colectivos en la normativa previa a 1980 es el criterio de la antigüedad en la empresa en orden inverso, es decir, el último en entrar en la empresa es el primero en ser despedido. Como ya se ha hecho referencia, el propio Decreto 3090/1972 preveía la posibilidad, por “circunstancias especiales debidamente fundamentadas”, de que la autoridad laboral autorizase a que no se siguiese el criterio de la antigüedad, sin constar en la norma reglamentaria más detalles sobre qué circunstancias podían dar lugar a tal exclusión. Sobre este particular, y en distintos pronunciamientos judiciales de la época, el Tribunal Supremo ha dado una interpretación restrictiva a la posibilidad que la propia normativa contemplaba de dejar de observar la norma en materia de orden inverso al de la antigüedad en la empresa. En este sentido, la STS (3ª) de 21 de abril de 1965 señala que la posibilidad de exceptuar el cumplimiento de la regla referida al orden inverso al de la antigüedad en la empresa no es “un acto discrecional de la Administración, pues, si lo fuera, resultaría absurdo que el legislador hubiera establecido un precepto para permitir a renglón seguido, ser eliminado sin más que indicar que en el caso concurrían circunstancias especiales”.²²³ Con ello se refuerza el carácter general del mencionado criterio contenido en la normativa previa a 1980, limitando la posibilidad de que la autoridad laboral excluyese su aplicación.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha admitido distintos supuestos como situaciones excepcionales en las que cabía no aplicar la norma general del orden inverso al de antigüedad en la empresa. Uno de ellos es el referido a la no aplicación de dicha regla en los casos de trabajadores afectados con edad superior a 55 años, considerando que el hecho de que se encontrasen en una edad más próxima a la edad de jubilación les suponía un menor perjuicio en caso de despido, además de que con su salida de la empresa se conseguía el fin legítimo de evitar el envejecimiento de la plantilla.²²⁴ Se trata pues de la posibilidad de alterar la regla sobre el criterio de la antigüedad y facilitar la salida de la empresa de trabajadores con edades superiores a 55 años, con independencia de la

²²³ STS citada en ROQUETA BUJ (2015), op. cit., p. 15.

²²⁴ A este respecto podemos citar varias sentencias sobre este asunto, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo: de 2 de junio de 1970 (RJ 3033), de 19 de abril de 1971 (RJ 2237), de 14 de septiembre de 1973 (RJ 4722) y de 12 de noviembre de 1977 (RJ 4598).

antigüedad que tengan, presumiblemente elevada, en la empresa. Esta cuestión es interesante, pues en otros apartados abordaré la cuestión específica de la proximidad a la edad legal de jubilación como criterio de selección en los despidos colectivos a la luz de la actual normativa, así como los posibles problemas de discriminación que puede plantear, cuestión que se estudiará más adelante.

Otros supuestos en los que el Tribunal Supremo ha admitido exceptuar la regla general del orden inverso al de antigüedad en la empresa son los referidos a aquellas circunstancias específicas del puesto de trabajo que, por exigencias productivas y especialización profesional, hacían preferible mantener a un determinado trabajador en la empresa, con independencia de su antigüedad. En este sentido parecía también apuntar la expresa previsión reglamentaria en el Decreto 2431/1966, que contempla la preferencia para permanecer en la empresa para los trabajadores mayores de 45 años, y acto seguido prevé que esta regla se exceptúe en el caso de trabajadores que, aun siendo más jóvenes, desarrollen actividades de características “muy especiales”, casos en los que cabría un estudio individualizado y la correspondiente autorización.²²⁵

Llegados a este punto, cabe hacer una recapitulación parcial: el sistema normativo descrito y que estaba vigente entre finales de los años 60 y principios de los años 70 resulta harto disperso y confuso, y generaba numerosos problemas a la hora de interpretar el régimen de preferencias, manifestado en el hecho de que algunas de las disposiciones reglamentarias citadas incluso intentan incorporar elementos de clarificación, aunque de manera infructuosa. El problema principal se plantea en torno a la cuestión del orden de prelación cuando concurren trabajadores de más de uno de los colectivos a los que la normativa otorga protección, ya que la excesivamente compleja normativa genera confusión sobre qué orden de prelación hay que seguir para despedir a los trabajadores o para considerarlos “preferentes” en la empresa.

Recapitulación parcial atendiendo al hecho de que, ante tal confusión normativa, y todavía durante el franquismo, en 1974 se aprobó el Decreto 2487/1974, de 20 de julio, por el que se da nueva redacción al artículo 15 del Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo.²²⁶ Como señala la propia rúbrica de la norma, el objetivo era dar una nueva redacción al precepto que hasta ese momento había constituido el eje

²²⁵ Sobre circunstancias específicas de la actividad realizada por el trabajador que permitieran a la autoridad laboral exceptuar la regla general del criterio de la antigüedad del Decreto 3090/1972, cabe citar las sentencias del Tribunal Supremo (3ª) de 26 de septiembre de 1975 (RJ 3871) y de 19 de octubre de 1976 (RJ 5373).

²²⁶ BOE 11/11/1974.

central de la regulación en la materia: el art. 15 del Decreto 3090/1972. La propia Exposición de Motivos del Decreto 2487/1974 menciona la “necesidad de dar precisión y claridad” a las normas sobre permanencia en la plantilla de determinados trabajadores afectados por medidas extintivas, así como de ordenar y refundir los distintos preceptos existentes en materia de prioridad de permanencia dispersos por el ordenamiento jurídico. Con ello, el propio legislador reconoce que la normativa era dispersa y confuso, haciéndose por ello necesario precisarla y clarificarla, y también a raíz de los distintos problemas aplicativos de los distintas reglas que seguro que se habían producido en las reestructuraciones de empresa que tenían lugar en aquella época.

El objetivo del Decreto 2487/1974 es determinar una jerarquía de los criterios de permanencia en la empresa para evitar las dudas interpretativas surgidas hasta dicho momento sobre cómo articular las distintas reglas existentes. Por ello, el Decreto 2487/1974, en el único artículo de su texto, vuelve a contemplar como regla general en esta materia el criterio del orden inverso al de la antigüedad en la empresa, dentro de cada categoría profesional, de suerte que los trabajadores de menor antigüedad en la empresa serían los primeros en ser despedidos y los más antiguos los últimos. Esta regla general se formula con independencia de la existencia de alguna regla sobre prioridad de permanencia de las que se mencionan a continuación y de las que los trabajadores pudieran ser eventuales beneficiarios. Además, se vuelve a recoger la excepción que permite a la Autoridad Laboral, oída la Organización Sindical, autorizar a la empresa a no respetar dicho orden del criterio de la antigüedad, siempre que concurren circunstancias especiales y debidamente fundamentadas.

Por lo tanto, hasta aquí, la regulación del Decreto de 1974 es similar a la que ya existía. No obstante, antes de tratar las novedades que introdujo este Decreto en lo relativo a la prelación de las reglas sobre prioridad de permanencia, hay que destacar una de las principales novedades del Decreto 2487/1974, que es el establecimiento de la regla según la cual los trabajadores extranjeros, es decir, que no tengan nacionalidad española, serán los primeros en ser cesados, a no ser que se acredite que su puesto o funciones no pueden ser realizadas por otro trabajador español. Con lo cual nos encontramos ante un primer criterio de exclusión: los trabajadores extranjeros no sólo no tienen prioridad de permanencia sino que tienen más bien prioridad para ser cesados en primer término, por lo que quedan excluidos de la aplicación del resto de criterios, principalmente el de la antigüedad.

Sentado esto, el Decreto 2487/1974 aporta cierta claridad sobre las distintas prioridades de permanencia aplicables y cuál debe ser su orden de prelación. La primera regla de

prioridad de permanencia a la que hace mención el Decreto de 1974 es la de los cargos electivos de carácter sindical, que tiene el carácter de principal en el orden de prelación de las normas sobre prioridad de permanencia. Es decir, a parte del ya comentado criterio general de la antigüedad y de la preferencia en el despido de los trabajadores que no tengan nacionalidad española, la principal regla de prioridad de permanencia a observar será la de los representantes sindicales.

A continuación, y una vez sentada la preferencia por los cargos sindicales, el Decreto fija una jerarquía que ordena las reglas sobre prioridad de permanencia para el caso de que concurriesen varios trabajadores beneficiados por dichas reglas de prioridad. Cabe decir también que dicha prelación de las normas de prioridad de permanencia deberá aplicarse dentro de cada categoría profesional. Pues bien, en caso de concurrencia de trabajadores a los que sean aplicables reglas sobre prioridad de permanencia, el orden de prelación que establece el Decreto de 1974 es el siguiente: en primer lugar, los trabajadores con alguna discapacidad –llamados minusválidos en la terminología de la época–; en segundo lugar, los trabajadores titulares de familia numerosa; en tercer lugar, los trabajadores mayores de 40 años; y, finalmente, el criterio general de la antigüedad en la empresa. Además, el Decreto señala que en caso de que concurren varios trabajadores beneficiados por la misma regla de prioridad de permanencia, el orden de prelación se resolverá por la concurrencia del rango inmediatamente siguiente, es decir, aplicando el criterio inmediatamente posterior.

De este modo, y dentro de cada categoría profesional, el empresario determinará que permanezcan preferente en la empresa primero los cargos de tipo sindical, y a continuación, y por este orden, los trabajadores discapacitados, los trabajadores titulares de familia numerosa y los trabajadores mayores de 40 años, para finalmente seleccionar a los trabajadores despedidos por orden inverso al de su antigüedad en la empresa.

Ahora bien, además del mencionado orden de prelación, el Decreto de 1974 hace otro esfuerzo clarificador de la cuestión, y establece varias reglas previstas para supuestos específicos, supuestos que probablemente habían originado problemas en la práctica y que finalmente tuvieron reflejo en la disposición reglamentaria. Así, para el caso de que la empresa disponga de más de un centro de trabajo, la norma señala que el orden de permanencia de los trabajadores se dirimirá dentro del centro o centros que se vean afectados por las medidas extintivas, sin extender el problema a la totalidad de la empresa. Esta disposición parece tener toda la lógica derivada de un proceso de reestructuración que tan sólo afectase a uno o varios centros de trabajo, pero no a toda la empresa en su conjunto. Lo señalo aquí porque en otro apartado abordaré una cuestión similar relativa

al ámbito de afectación de la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores tal y como está configurada en la legislación actualmente vigente, así como el debate sobre si dicha garantía debe circunscribirse al ámbito al que afecta el despido colectivo o puede tener efectos en toda la empresa, incluyendo otros centros en principio no afectados por el procedimiento de reestructuración.

El Decreto de 1974 también incluye una regla similar a la señalada para los casos de existencia de más de un centro de trabajo, pero para cuando las medidas extintivas afecten a una sola sección o departamento determinado dentro de un centro de trabajo, señalando que el orden de permanencia se resolverá sobre el colectivo adscrito a la sección o departamento afectados. A esto se añade que en estos supuestos sólo podrán ser incluidos los trabajadores incorporados a dicha sección con tres años de anterioridad, quedando excluidos los trabajadores incorporados con un año de anterioridad a la sección afectada, salvo que la empresa justifique que haya que incluirles.

Finalmente, el Decreto 2487/1974 contempla el derecho preferente de los trabajadores cesados a reingresar en la empresa cuando exista una vacante.

Posteriormente, y ya iniciada la Transición democrática, cabe hacer mención a la Ley de Relaciones Laborales de 1976,²²⁷ que en la Exposición de Motivos ya habla de preceptos relativos al empleo protegido de determinados colectivos de trabajadores a efectos de la extinción de la relación laboral. El art. 13.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 incluye el orden de prelación de las reglas de prioridad de permanencia en la empresa en caso de extinción, con algún cambio respecto de la normativa anterior, señalando que “los trabajadores mayores de 40 años, los de mayor antigüedad en la misma categoría profesional, los que sean titulares de familia numerosa, los de capacidad laboral disminuida en el grado que se determine y los representantes sindicales, en relación con los demás trabajadores de la empresa, serán los últimos en el orden de los despidos”. La única diferencia con el Decreto de 1974 parece ser la alteración del orden de prelación por lo que respecta a los trabajadores mayores de 40 años y a los trabajadores de mayor antigüedad. No obstante, el alcance práctico de dicho cambio parece que no tuvo mayor transcendencia o incluso pudo aportar mayor incertidumbre, a lo que también cabe añadir que es muy probable que en la mayoría de ocasiones los trabajadores mayores de 40 años fueran también los que tuvieran mayor antigüedad en la empresa con respecto a los más jóvenes, por eso tampoco cabe profundizar más.

²²⁷ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE 21/04/1976.

El proceso de transformación que estaba teniendo lugar en España en aquellos años en todos los aspectos tuvo también su reflejo en la normativa laboral y sobre todo sindical. Es de destacar el Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo de 1977,²²⁸ que en su Exposición de Motivos ya apuntaba algunos extremos a resaltar y que servirán para entender el cambio que a partir de 1980 hubo en la regulación de los criterios de selección en los despidos colectivos. En este sentido, se hace mención al hecho de que las relaciones de trabajo en el Derecho vigente hasta aquel momento han estado regidas fundamentalmente por una concepción fuertemente intervencionista, debida al carácter autoritario del régimen político existente con carácter previo a la aprobación de la Constitución Española de 1978. Por ello mismo, el RDLRT de 1977 apunta a una necesaria reforma normativa basada en el principio de liberalización de las relaciones de trabajo para que España se adaptase a los sistemas jurídicos imperantes en Europa occidental.

Dicho principio incluye también la liberalización de las relaciones colectivas de trabajo, ejemplificada en la potenciación de la negociación colectiva como instrumento de regulación de las relaciones de trabajo en el marco de la autonomía colectiva, aspecto que verá su plasmación a partir de la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980. La liberalización de las relaciones colectivas de trabajo requerirá, a parte de una agilización de los procedimientos, que se permita la fijación por parte de la negociación colectiva de prelación entre los trabajadores en casos de despido. Por ello mismo, el art. 45.2 del RDLRT de 1977 prevé que los convenios colectivos puedan determinar, entre otras cuestiones, el “establecimiento de nuevas prelación con respeto en todo caso de las legalmente existentes y en el orden de prioridad en el supuesto de readmisión de personal”. En suma, el RDLRT de 1977 abre la puerta a una liberalización en esta materia, permitiendo a la negociación colectiva fijar reglas sobre prioridad de permanencia, pero siempre respetando las reglas ya previstas legalmente, que se mantienen en vigor, y no se verán afectados sino hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

Llegados a este punto, no cabe duda de que, tal y como la mayor parte de la doctrina ha venido señalando, la regulación de esta materia en la normativa vigente antes de 1980 resultaba confusa y generaba dificultades prácticas de aplicación, razón por la cual con posterioridad se optó por una regulación legal que otorgase al empresario la facultad discrecional de establecer cuáles eran los criterios de selección que iba a tener en cuenta

²²⁸ Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE 09/03/1977. Abreviado RDLRT.

para determinar qué trabajadores se verían afectados por las medidas de reestructuración empresarial.

4.- EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA DESDE LA APROBACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980

4.1.- La selección de los trabajadores en la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980

Con la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980,²²⁹ se asiste a un profundo cambio de paradigma sobre la regulación normativa de los criterios de selección de los trabajadores afectados por medidas extintivas, en el que se suprimen las complejas reglas en materia de preferencias contempladas en la normativa anteriormente vigente, a excepción de la prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores. Tal y como ya anticipó la Exposición de Motivos del RDLRT de 1977, empezó un proceso de liberalización de las relaciones laborales para adaptar el marco jurídico español al modelo vigente en Europa occidental y que en la actualidad conocemos como economía social de mercado. La liberalización afectó a los procedimientos de despido colectivo y a la propia regulación sobre los criterios de selección, derogando el farragoso sistema normativo que se había ido formando durante los últimos años del franquismo.

La Ley del ET de 1980 no contempló otras previsiones sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos que la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. El art. 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobada en 1980 regula, en su redacción vigente en aquel momento, la extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor, y el apartado 9 de dicho precepto legal señala que los representantes de los trabajadores “tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo”, que son los ya señalados supuestos de extinción del contrato por fuerza mayor (art. 51.1 ET 1980) y extinción de las relaciones de trabajo fundada en causas económicas o en motivos tecnológicos (art. 51.2 ET 1980). Por lo tanto, reconoce prioridad de

²²⁹ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE 14/03/1980.

permanencia en casos de reestructuración empresarial a los representantes de los trabajadores, pero no a ningún otro de los colectivos que en la normativa anterior disfrutaban de alguna de las que se conocían como normas protectoras del empleo.

La supresión de cualquier referencia a reglas de preferencia distintas a la ya señalada de la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores determina la atribución al empresario de una mayor libertad y discreción para seleccionar a los trabajadores que se iban a ver afectados por las extinciones, sin que la selección de dichos trabajadores viniese reglada ni fijada por la ley. Ahora bien, en esos primeros años se suscitó un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a cuáles debían ser los criterios de selección y a si el complejo sistema de preferencias previsto en la normativa previa a 1980 podía en cierto modo subsistir y con qué alcance.²³⁰

De hecho, la propia Disposición Final 3ª del ET de 1980 previó la derogación de todas las disposiciones contrarias al ET de 1980, señalando expresamente la derogación, entre otras, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, el Decreto 1878/1971 sobre garantías de los cargos sindicales electivos, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y parcialmente el RDLRT de 1977 –incluyendo el Título VI, que regulaba las reestructuraciones de plantilla, y el art. 13.2, sobre la prelación de las reglas de preferencia–, con lo que el régimen de garantías anteriormente vigente quedaba derogado, y no subsistía ni siquiera con rango reglamentario.²³¹ Algún sector doctrinal, no obstante, dudó sobre dicha derogación, al menos durante los primeros años tras la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980.²³²

En este sentido, y por si había generado alguna duda sobre si la normativa anterior en esta materia quedaba completamente derogada o no, lo señaló de manera muy clara la Resolución de 7 de octubre de 1985, de la Dirección General de Empleo, indicando que “la confección de las listas de los trabajadores de un expediente de regulación de empleo

²³⁰ GOERLICH PESET (1994b), p. 173. Sobre el despido por causas tecnológicas, económicas y objetivas en la Ley del ET de 1980, vid. NÚÑEZ SAMPER (1981).

²³¹ En la doctrina, GOERLICH PESET (1994b), p. 173, con cita a varias resoluciones de la Dirección General de Empleo. No obstante, se plantearon algunas dudas sobre la prioridad de permanencia de los miembros de familia numerosa, ya que la D.F. 3ª ET 1980 no derogaba expresamente la Ley 25/1971 en la que se regulaba dicha regla. En cualquier caso, el silencio del art. 51 ET aprobado en 1980 respaldaban la interpretación de la íntegra desaparición del complejo sistema de preferencias establecido previamente, y ya sin ningún género de dudas tras la reforma operada por la Ley 11/1994, que en su disposición derogatoria hace “tabla rasa” respecto a toda la normativa previa al ET de 1980. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 3; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (1993), p. 7; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993), p. 187 y ss.; y GOERLICH PESET (1994b), p. 174.

²³² Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 3-4.

compete exclusivamente al poder de dirección y organización interna del trabajo en la empresa, en base a lo dispuesto en el art. 20 del ET”.²³³ Es decir, se señala expresamente que la concreción de los trabajadores afectados por los entonces expedientes de regulación de empleo entra dentro de las facultades del empresario, y por tanto también la determinación de los criterios de selección utilizados para llegar a tal concreción y designación. Y ello dentro del marco de las facultades de organización, dirección y control de la actividad laboral que entonces el Estatuto de los Trabajadores de 1980 ya reconoció en su art. 20, que señala que el trabajador presta su actividad bajo el ámbito de dirección del empresario.

Por lo tanto, se observa que la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo pasa de ser una decisión, hasta ese momento, reglada de manera bastante rígida en la normativa previa al ET de 1980, a convertirse, con la aprobación del ET de 1980, en una facultad del empresario que le permite adoptar una decisión que tiene un carácter fuertemente discrecional. Como abordaré en otros apartados, el amplio margen discrecional de la decisión empresarial en estos supuestos no supone que no existan limitaciones al ejercicio de esta facultad, ya que el carácter discrecional de la decisión no puede en ningún caso dar lugar a decisiones arbitrarias del empresario en una cuestión en la que están en juego diversos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como el derecho a la no discriminación y el derecho al trabajo.

Con el nuevo paradigma consolidado tras la aprobación del ET de 1980, los criterios de selección serán determinados por la empresa conforme a lo que gran parte de la doctrina ha reconocido como un amplio margen de apreciación que le permite al empresario una gestión más flexible de la plantilla de trabajadores en el marco del principio constitucional de libertad de empresa.²³⁴

También cabe mencionar, que el ET de 1980 trajo como novedad la introducción en el procedimiento de despido colectivo de un período “de discusión y consultas” entre el empresario y los representantes de los trabajadores, tal y como señala el art. 51.3 del ET de 1980, y que permite también negociar sobre los criterios de selección aplicables en el despido colectivo.

²³³ RDGE de 7 de octubre de 1985, citada en ROQUETA BUJ (2015), op. cit., p. 16

²³⁴ Así lo ha señalado la doctrina, como RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 4, y VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 3.

4.2.- Las distintas disposiciones normativas y reglamentarias en materia de despidos colectivos

4.2.1.- Real Decreto 696/1980, sobre aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de regulación de empleo

El art. 51 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 vino complementado, a nivel reglamentario, con el Real Decreto 696/1980, sobre aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de regulación de empleo,²³⁵ que en su art. 13 contempla una serie de requisitos documentales para aquellas extinciones por causas económicas o tecnológicas en las que no se hubiera alcanzado acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores durante el período de consultas. En este punto es en el que se vuelve a encontrar alguna regulación o mención a los criterios de selección, con previsiones reglamentarias que prevén una serie de obligaciones de tipo documental y que tienen que ver con los trabajadores afectados o que van a verse afectados por los despidos.

En concreto, las obligaciones de documentación relativas a los trabajadores afectados a las que hacía referencia el Real Decreto 696/1980 en el art. 13 eran dos. En primer lugar, la relación de la totalidad de los trabajadores del centro o centros afectados por el expediente, con expresión del nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo profesional, fecha de ingreso en la empresa,²³⁶ sueldo mensual e indicación de si ostenta la condición de representante legal de los trabajadores. En segundo lugar, la relación separada del resto del personal de la empresa con indicación de los mismos datos señalados para los trabajadores afectados, en el caso de que el expediente no afectase a la totalidad de la plantilla, si la autoridad laboral lo estimase necesario.²³⁷

Estas obligaciones reglamentarias tan rigoristas y referidas a listados nominativos de trabajadores afectados y con referencia a una serie de datos de tipo laboral (especialidad y grupo profesional, fecha de ingreso en la empresa, sueldo mensual, condición de representante legal de los trabajadores) e incluso de tipo personal (fecha y lugar de nacimiento), y a veces también con el mismo listado pero de los trabajadores no afectados,

²³⁵ Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo. BOE 17/04/1980.

²³⁶ Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993), p. 63, la fecha de ingreso se trataba de un dato que se relaciona con la antigüedad.

²³⁷ ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 315.

deben ponerse en relación con una suerte de control de los criterios adoptados por el empresario a la hora de determinar los trabajadores afectados. Fecha y lugar de nacimiento del trabajador.²³⁸

Uno de los datos tiene una clara intención de permitir el control del cumplimiento de la única regla de preferencia que contempla expresamente la legislación española a partir de 1980: la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. Dicha regla hace necesario que durante la tramitación del expediente se conozca si los trabajadores en principio afectados ostentan dicha condición representativa. A ese dato, resulta interesante también añadir el de la especialidad y grupo profesional, que en cierto modo vendría relacionado con el ámbito de afectación o alcance de la mencionada garantía.

El resto de datos laborales y personales relativos a los trabajadores afectados pueden vincularse con algunos de los criterios y preferencias contemplados en la legislación preexistente. Así, la fecha de ingreso en la empresa es un dato relevante si para la afectación de los trabajadores se ha seguido el criterio de la antigüedad. Más problemáticos puede resultar el dato relativo a la fecha de nacimiento, que determina la edad del trabajador, y que podría tenerse en cuenta para valorar si ha habido alguna discriminación por razón de sexo; y, por otro lado, el dato del lugar de nacimiento, que, salvo que pueda tenerse en cuenta para valorar posibles discriminaciones por razón de nacionalidad o posibles quiebras del principio constitucional de igualdad entre todos los españoles, resulta difícil encontrar una explicación a por qué es necesario incluirlo.

Por lo tanto, estos requisitos en el plano documental tenían como finalidad permitir a la autoridad laboral, antes de autorizar las extinciones, comprobar si la afectación de determinados trabajadores podía vulnerar la regla sobre prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, o si se vulneraban límites a la libre facultad empresarial de selección, por incurrir, por ejemplo, en causas de discriminación. Porque, si bien es cierto que ni las normas legales ni reglamentarias contienen ninguna concreción sobre cuáles son los criterios de selección que discrecionalmente tendrá en cuenta el empresario para afectar a unos trabajadores y no otros, sí que es cierto que la confección de los indicados listados nominativos con los datos laborales y personales referidos puede ayudar a la autoridad laboral a inferir cuáles han sido los criterios que ha tenido en cuenta el empresario, y a determinar si ha podido incurrir en alguna extralimitación de sus facultades.

²³⁸ Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993), p. 62, se trataba de datos intrascendentes que debían desaparecer.

A todo esto, nótese desde el punto de vista de la tramitación del expediente, que las exigencias documentales del Real Decreto 696/1980 se refieren a aquellos casos en los que el período de discusión y consultas con los representantes de los trabajadores finaliza sin acuerdo y el empresario solicita a la autoridad laboral autorización para extinguir los contratos de trabajo. Por lo tanto, dicha documentación no se exige al inicio del período de discusión y consultas, a diferencia de lo que sucede con la regulación actualmente vigente y que se abordará en el Capítulo III, por lo que no es accesible a los representantes legales de los trabajadores durante la negociación, lo cual podía suponer una merma de información relevante para poder negociar de modo efectivo. En suma, la documentación la recibirá sólo la autoridad laboral al final del período de negociación, y sólo en caso de que no haya habido acuerdo con la representación de los trabajadores.²³⁹

4.2.2.- La Ley 11/1994, de modificación del Estatuto de los Trabajadores

La Ley 11/1994,²⁴⁰ modificó el Estatuto de los Trabajadores y otras normas laborales, y en su Exposición de Motivos dio algunas claves de cuál sería la dirección hacia la que caminaba la normativa laboral en España. Recuerda que, si bien las materias relacionadas con el empleo deben ser abordadas desde la óptica de diversos tipos de políticas públicas, no es menos importante que parte de esa política se dirija a adaptar la normativa laboral a fin de crear el mercado institucional de trabajo idóneo para que las empresas concurren en el mercado y puedan crear empleo. También hace referencia al hecho de que la economía española sufrió grandes cambios en el período que va desde 1980, cuando se aprobó la Ley del Estatuto de los Trabajadores, hasta los años noventa, cambios ejemplificados con el proceso de internacionalización de la economía y el proceso de convergencia e integración europea. La Ley 11/1994 abre la puerta a una mayor desregulación del marco normativo laboral, pero la propia Exposición de Motivos en su punto 2º señala que ello no debe comportar la desaparición de las garantías individuales del trabajador o las facultades de que dispone la negociación colectiva, ya que el proceso de adaptación de la normativa española a un entorno empresarial cada vez más competitivo requería también del respeto a los elementos diferenciadores del modelo social europeo, como son la libertad sindical, la negociación colectiva y la protección social.

²³⁹ ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 286.

²⁴⁰ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 23/05/1994

Es de destacar que la misma Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 reconoce el objetivo de permitir “una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos de la empresa” con respecto a los cambios económicos y de mercado, lo cual debe ser puesto en relación con las facultades organizativas del empresario, en particular con la facultad de determinar los criterios para seleccionar a los trabajadores que puedan verse afectados por una medida de despido colectivo u otras formas de reestructuración.²⁴¹

La Ley 11/1994 introdujo una nueva redacción en el art. 51 ET de 1980, que luego será refundido en el texto del Estatuto de los Trabajadores de 1995.²⁴² La nueva redacción trata de aportar criterios objetivos a la intervención administrativa en materia de despidos colectivos, y, para lo que aquí interesa, recoge expresamente que la comunicación de inicio del procedimiento, dirigida a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, “deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen” (art. 51.2-2º ET). Se prevé el período de consulta con los representantes legales de los trabajadores (art. 51.4 ET), en línea con un proceso de mayor potenciación del papel de la negociación colectiva que se inició en el RDLRT y que también señala la propia Ley 11/1994. La particularidad del nuevo texto del art. 51 ET radica en el hecho de que se indique que dicho período “tendrá una duración no inferior a treinta días naturales”, o 15 en empresas con menos de 50 trabajadores, mientras que en la redacción de 1980 simplemente se indicaba que sería un período “de treinta días”, lo parecía apuntar la voluntad de potenciar el período de consultas. Pero lo que sí que es novedoso en la Ley de 1994 y luego plasmado en el ET de 1995 es la indicación del contenido sobre el que deberá versar dicho período de consultas, a saber: causas motivadoras del expediente, posibilidad de evitar o reducir sus efectos, y medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y para posibilitar la continuidad del proyecto empresarial, en línea con la Directiva 92/56/CEE, que modificó la Directiva 75/129/CEE en materia de despidos colectivos. La redacción de este apartado sufrirá varias modificaciones posteriores, pero que en esencia se fundamentan en los mismos objetivos.

²⁴¹ No obstante, esta referencia que luego vuelve a reiterar la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 sobre la “gestión más flexible de los recursos humanos” debe ponerse en relación, sobre todo, con las principales reformas que introdujo la mencionada Ley, como por ejemplo aquellas que afectaban a la configuración del tiempo de trabajo, el salario, o la modificación de las condiciones de trabajo, y no tanto referida a los supuestos de extinción de la relación laboral. Aun así, creo que la correlación con las facultades empresariales a la hora de seleccionar los trabajadores que puedan ser despedidos es evidente, y debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar la normativa en la materia a partir de 1994.

²⁴² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 29/03/1995

Es de destacar que la Ley 11/1994 mantiene intacta la norma relativa a la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, prevista en el apartado 9 del art. 51 del ET de 1980, y ahora renumerada en el apartado 7.

Es de destacar la introducción de un nuevo apartado, que figura en el apartado 14 del art. 51 de ET de 1995, referido a la garantía de las obligaciones de información y documentación, en aquellos casos en que la decisión de adoptar despidos colectivos la tome una empresa que ejerza el control sobre el empresario titular de los contratos de trabajo que se van a extinguir. Se trata de una previsión que deriva directamente de la normativa europea en la materia. De este modo, la Directiva 92/56/CEE modificó la Directiva 75/129/CEE en materia de despidos colectivos, e introdujo la regla que garantiza las obligaciones en materia de información y documentación con independencia de que la decisión la adopte el empresario o la empresa que ejerce el control sobre él.

También otra particularidad importante de la Ley 11/1994 es que extendió la regla en materia de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores a los supuestos de amortización del puesto de trabajo por causas objetivas vinculadas con la situación de la empresa del art. 52 c) ET. Este hecho se debe a la distinta configuración que tenía el art. 52 c) ET en sus versiones de 1980 y de 1994 que se plasmó en el texto refundido de 1995. En el ET de 1980, el art. 52 c) preveía la amortización por causas objetivas de un puesto de trabajo *individualizado*, con alguna salvedad, por lo que en principio parece que la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores no podría ser aplicada en ese caso, a pesar de que el art. 68 ET ya la preveía como una garantía en casos de extinción por causas tecnológicas o económicas. En cambio, la Ley 11/1994 configuró lo que después pasamos a conocer como el despido objetivo individual o plural, en el que se amortizan *puestos* (en plural) de trabajo, siempre que no se superen los umbrales numéricos del art. 51 ET, y en ese supuesto es donde se introdujo expresamente la referencia a la regla de prioridad de permanencia para los representantes de los trabajadores y que se mantiene hasta la actualidad.

Con la nueva normativa refundida en el ET de 1995, se hacía necesario aprobar nuevas disposiciones reglamentarias. Entre otras cuestiones, la propia redacción del art. 51 ET remitía al desarrollo reglamentario cuestiones no poco importantes como las obligaciones de documentación que el empresario debía cumplir al inicio del procedimiento de despido colectivo.

4.2.3.- Real Decreto 43/1996 que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos

En 1996 se aprobó el Real Decreto 43/1996 que aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (RPRE),²⁴³ y se completaba así la remisión reglamentaria que venía exigida por el art. 51.2 del ET de 1995.²⁴⁴

El contenido mínimo de la solicitud de iniciación por parte de la empresa se regula en el art. 6 RPRE de 1996, y que incluía los siguientes extremos: memoria explicativa de las causas motivadoras de los despidos, plan de acompañamiento para el caso de empresas de cincuenta o más trabajadores, informes a la representación legal de los trabajadores a los que entonces hacían referencia los apartados a) y b) del art. 64.1-4º ET, y, lo que más nos interesa, una serie de datos referidos a los trabajadores que vayan a verse afectados, que son:

- “Número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año;
- número y categorías de los trabajadores que vayan a ser afectados;
- criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados; y,
- período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo.

A este respecto, la regulación reglamentaria difiere de la que preveía el RD 696/1980. En primer lugar, ya no se requiere la relación de los trabajadores con indicación de sus datos personales y laborales, la conocida relación nominal, sino únicamente la indicación del “número y categorías” de dichos trabajadores, es decir, a cuántos trabajadores afecta y qué categorías ocupan. Esta nueva regulación se refiere tanto a los trabajadores afectados por el despido como a aquellos habitualmente empleados en el último año en la empresa.

Por otro lado, a falta de la relación nominal de trabajadores afectados y del resto de plantilla con indicación de los datos que permitirían inferir en base a qué criterios han sido afectados, el RPRE de 1996 exige como contenido de la solicitud que se indiquen, como se ha mencionado, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores

²⁴³ Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. BOE 20/02/1996

²⁴⁴ Sobre el Real Decreto 43/1996, vid. NORES TORRES (1996), p. 353-364.

que vayan a ser afectados. Con ello, se intenta suplir la ausencia de la relación nominal de trabajadores, proporcionando unos criterios objetivos que en principio debieran servir para identificar a los trabajadores individualmente afectados.²⁴⁵

La exigencia de señalar el período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo tampoco estaba prevista en la normativa de 1980, por lo que se introduce aquí un requisito que intenta garantizar el principio de actualidad de la causa extintiva, como se analizará en otros epígrafes.

Cabe señalar otra diferencia entre los reglamentos de 1980 y de 1996. Ambas normativas reglamentarias hacen referencia al momento en el que se debe producir el deber de comunicación con aportación de la documentación e indicación de los datos que se han comentado. En la normativa vigente en 1980, la documentación señalada se aportaba al final del período de consultas, en caso de que éste hubiera concluido sin acuerdo, en concreto en el momento de solicitar la autorización administrativa para efectuar los despidos. En cambio, el RPRE de 1996 contempla la mencionada documentación como contenido de la solicitud inicial dirigida a la autoridad laboral para iniciar el procedimiento de despido colectivo, con apertura simultánea del período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. Esta nueva regulación, ubicando las obligaciones de información y documentación en el momento inicial del procedimiento, da buena cuenta de cuál es la finalidad por la que se imponen dichas obligaciones, que es la de proporcionar a los representantes legales de los trabajadores una información que les sea útil a efectos de encarar el período de consultas con la máxima eficacia para conseguir evitar las consecuencias socialmente negativas de los despidos y alcanzar un acuerdo.

En línea con la nueva regulación del despido colectivo en el ET de 1995, el art. 11.1-2º RPRE de 1996 recoge la posibilidad de que, en procedimientos en los que el período de consultas hubiese finalizado con acuerdo, la autoridad laboral inicie el proceso de oficio ante los órganos jurisdiccionales con el fin de declarar el acuerdo nulo, en aquellos casos en los que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

²⁴⁵ De hecho, con anterioridad al RPRE de 1996, cada vez era más frecuente, y se admitía su validez, diferir la lista de afectados al final de las negociaciones, aportando al inicio sólo la evaluación numérica de afectados, tal y como señala FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993), p. 63.

4.2.4.- RDL 10/2010, Ley 35/2010 y Real Decreto 801/2011, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos

El RPRE de 1996 estuvo vigente hasta que la reforma laboral del año 2010 hizo necesario aprobar un nuevo Reglamento en la materia. Así, en 2010, la aprobación del Real Decreto-ley 10/2010 sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo,²⁴⁶ y su posterior convalidación con algunas modificaciones en la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo,²⁴⁷ introdujo importantes reformas, entre otras cuestiones, en el procedimiento de despido colectivo. La reforma más importante afectó a la redefinición de las causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción, del apartado 1, con el intento de objetivarlas, así como otros objetivos, como el reforzamiento de los instrumentos de flexibilidad interna a fin de reducir las extinciones de contratos cuyo nivel había aumentado tras el inicio de la crisis.

La nueva regulación reglamentaria en la materia vio la luz con el Real Decreto 801/2011, que aprobó el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.²⁴⁸²⁴⁹ El RPRE de 2011 también se ocupa de la documentación que el empresario debe acompañar a la solicitud de inicio del expediente. En primer lugar, contempla unos requisitos documentales muy detallados relativos a la acreditación mediante memorias explicativas, por un lado, de la causa económica del despido, y, por otro lado, de las causas técnicas, organizativas o de producción.

A continuación, el art. 8 del RPRE de 2011 regula la documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo. Algunos, como la información sobre la composición de la representación de los trabajadores y la comisión negociadora, la copia de la comunicación de inicio del procedimiento, o el plan de acompañamiento social, no son especialmente relevantes para la presente materia de estudio. Pero en los apartados a), b) y c) sí que se regulan los requisitos de documentación que nos interesan a efectos

²⁴⁶ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE 17/06/2010

²⁴⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE 18/09/2010

²⁴⁸ Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. BOE 14/06/2011

²⁴⁹ Sobre las novedades que introduce el Reglamento aprobado por Real Decreto 801/2011, véase MOLERO MANGLANO, PEDRAJAS MORENO, SALA FRANCO (2012), p. 63 y ss.

de seleccionar a los trabajadores que se verán afectados por el despido colectivo. Estos requisitos son los siguientes:

- número y clasificación profesional de los trabajadores que vayan a ser afectados, y número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, y todo ello desglosado por centro de trabajo y por provincia y comunidad autónoma, cuando proceda;
- justificación de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa, y justificación de la finalidad según la causa que corresponda, en línea con la redacción que el art. 51 ET daba a las causas y su justificación tras la reforma laboral de 2010;
- relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos, y período a lo largo del cual se prevé efectuar las extinciones.

Por lo tanto, el primer requisito no ha variado respecto a la anterior regulación del RPRE de 1996, salvo el añadido de desglosar los datos por centro de trabajo, y por provincia y comunidad autónoma cuando sea el caso. El segundo requisito, sobre la justificación, tiene estrecha relación con los requisitos finalistas que la reforma de 2010 introdujo en la configuración de las causas de extinción, y con ella se trata de ver si los despidos propuestos cumplen con esos objetivos. En el tercero de los requisitos, el RPRE de 2011 concede dos opciones alternativas al empresario, que en cierto modo vienen a conjugar los dos sistemas que habían estado previstos en la normativa reglamentaria primero de 1980, y luego de 1996. La alternativa para el empresario consiste en o bien indicar la relación nominativa de los trabajadores afectados, o bien, en defecto de la primera, la concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos.

Con la relación nominativa de los trabajadores afectados, se recupera la regulación reglamentaria que había en 1980, aunque en este caso sólo se habla de relación “nominativa”, sin incluir referencias a más datos de tipo personal o laboral. A partir de la relación nominal, la autoridad laboral o los representantes legales de los trabajadores podían inferir los criterios que se habían tenido en cuenta para su selección.

Ahora bien, en defecto de relación nominativa, se exige la indicación o concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores. Nótese que lo que se exige no es la indicación sin más de los criterios tenidos en cuenta, como señalaba el RPRE de 1996, sino la “concreción” de dichos criterios, lo cual introduce un matiz importante que parece indicar que se refiere a la concreción particularizada de la aplicación de los

criterios de selección, de tal modo que posteriormente permita deducir sin mayores complicaciones cuáles son los concretos trabajadores afectados por las extinciones.

A diferencia de las regulaciones reglamentarias anteriores a 2011, el RPRE de 2011 hace una referencia expresa a la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. Bajo la rúbrica “derechos de permanencia en la empresa”, el art. 16 RPRE 2011 recuerda que “los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo”, tal y como se regula en los arts. 51.7 y 68 b) ET y en el art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.²⁵⁰

El RPRE de 2011 añade que “la empresa deberá justificar en el procedimiento de regulación de empleo la afectación de los representantes legales de los trabajadores”, y añade “o de cualquier otro trabajador a los que una norma con rango legal o un convenio colectivo pueda otorgar este derecho” (art. 16-2º RPRE 2011).²⁵¹ Por lo tanto, hay implícito un reconocimiento al carácter relativo de la regla en materia de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, que no disfrutarían de un derecho absoluto a no ser afectados por el despido. En este sentido, los representantes pueden ser afectados, pero siempre se deberá justificar, todo ello sin perjuicio de las cuestiones en materia de discriminación por razón de afiliación sindical que pudieran aparecer, aspecto que se abordará en otro epígrafe. Finalmente, es interesante la mención a los otros trabajadores a los que una norma legal o convencional reconozca esta prioridad, lo que conecta con la reforma laboral de 2012.

La aplicación de las disposiciones reglamentarias contenidas en el RPRE de 2011 tras la aprobación del RDL 3/2012 y de la posterior Ley 3/2012 generó muchas incertidumbres, al no quedar claro cuáles de sus preceptos podían continuar siendo aplicables a una normativa laboral que reconfiguraba por completo la regulación del despido colectivo, y a la espera de que el Gobierno aprobase una nueva regulación reglamentaria.²⁵²

²⁵⁰ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. BOE 08/08/1985

²⁵¹ MOLERO MANGLANO, PEDRAJAS MORENO, SALA FRANCO (2012), p. 75, señala que la justificación de la inclusión de los representantes legales de los trabajadores o de cualesquiera otros con prioridad de permanencia era una práctica que ya venía produciéndose, ya que el empresario está más preocupado por justificar su inclusión y evitar posibles impugnaciones posteriores, máxime cuando existan otros trabajadores que podrían verse afectados y que no estén cubiertos por ninguna regla sobre prioridad de permanencia. Aunque el Reglamento no concreta el alcance que hay que dar al término “justificación”, con lo que la justificación que dé el empresario puede ser considerada insuficiente en posteriores impugnaciones.

²⁵² En este sentido, vid. GOERLICH PESET (2012), p. 361-362.

Con anterioridad a la entrada en vigor del RPDC aprobado por RD 1483/2012, el Gobierno aprobó la Orden ESS/487/2012, de 8 marzo, que contemplaba la vigencia transitoria de algunos artículos del RPRE de 2011, y que la doctrina criticó al considerar que su eficacia y utilidad resultaba, cuanto menos, dudosa.²⁵³ La STS de 20 de marzo de 2013 (rec. 81/2012) señala que era una “peculiar y anómala disposición que por su ínfimo rango nunca podría condicionar la aplicación, alcance o interpretación del RDL 3/2012, o la vigencia y extensión del RPRE de 2011”.²⁵⁴

5.- LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN LA NORMATIVA LEGAL Y REGLAMENTARIA ACTUALMENTE VIGENTE EN ESPAÑA

5.1.- La reforma laboral del RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el nuevo art. 51 del Estatuto de los Trabajadores

Para comentar la normativa actualmente vigente en España en materia de despidos colectivos y criterios de selección, es relevante comentar primero la importante reforma laboral acometida en el año 2012. La reforma laboral de 2012 se aprobó a través del Real Decreto-ley de 2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,²⁵⁵ que posteriormente fue convalidado con alguna modificación por la Ley 3/2012.²⁵⁶ Con la reforma, a parte de la introducción de importantes novedades, como la supresión del carácter finalista de las causas y la supresión de la autorización administrativa, se le dio una nueva redacción del apartado del art. 51 ET relativo a la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, reubicándolo como apartado 5 y señalando expresamente, después de la ya conocida prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores, que “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares,

²⁵³ Señala BLASCO PELLICER (2013), p. 37, que se trata de una Orden “extraña e inusual”, con valor puramente informativo. ARASTEY SAHÚN (2016), p. 292, señala que creó una “peculiar situación”. Por su parte, CABEZA PEREIRO (2012), p. 191, la considera una norma interpretativa de eficacia dudosa. También, GOERLICH PESET (2012), p. 362.

²⁵⁴ Reiterado en STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012).

²⁵⁵ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE 11/02/2012

²⁵⁶ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE 07/07/2012

mayores de determinada edad o personas con discapacidad”, redacción que se mantiene vigente hasta la actualidad.

El objetivo de la reforma es reforzar los elementos sociales que deben acompañar a los despidos,²⁵⁷ y así, se incentiva mediante la autonomía colectiva que se establezcan prioridades de permanencia para determinados colectivos de trabajadores: trabajadores con cargas familiares, trabajadores mayores de cierta edad y trabajadores con discapacidad.

Por lo tanto, la nueva redacción recoge expresamente la posibilidad de establecer, a través de la negociación colectiva, nuevas reglas sobre prioridad de permanencia para colectivos especialmente vulnerables que se puedan ver más gravemente afectados por las consecuencias negativas de un despido colectivo. Curiosamente, los colectivos vulnerables citados –a título ejemplificativo, se entiende– coinciden con algunos de los colectivos que expresamente disponían de normas protectoras de empleo en las disposiciones previas a la aprobación del ET de 1980. Dichas reglas de permanencia para determinados colectivos podrán establecerse no sólo mediante convenio colectivo, sino también mediante acuerdo alcanzado durante el período de consultas entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores.

Ciertamente, no era necesario que el mencionado precepto del ET previese esta posibilidad que se entiende comprendida dentro de la autonomía colectiva en tanto que ninguna norma legal impide a la negociación colectiva acordar nuevas normas sobre prioridad de permanencia, siempre que tengan fundamento en algún bien constitucionalmente protegido, como son los ejemplos que menciona la norma.

5.2.- La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores: art. 68 b) ET y art. 10.3 LOLS

La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores viene además recogida como una de las garantías de la función de los mismos en el art. 68 b) ET, que señala que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tienen “prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”, con una terminología ciertamente desfasada.

²⁵⁷ RD-ley 3/2012, Exposición de Motivos, punto V.

A ello tenemos que añadirle la previsión del art. 10.3 LOLS para los delegados sindicales, que señala que los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa tendrán las mismas garantías que las que legalmente se fijan para los miembros de dicho comité, lo cual alcanza a la prioridad de permanencia en casos de reestructuración.

5.3.- Disposiciones reglamentarias: el Reglamento de Procedimiento de Despido Colectivo aprobado por Real Decreto 1483/2012²⁵⁸

Por lo que respecta a la regulación reglamentaria, el Real Decreto 1483/2012 aprobó el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo (RPDC),²⁵⁹ con el fin de adecuar el procedimiento a las novedades introducidas por la reforma laboral de 2012, y derogó el RPRE de 2011.

La nueva normativa aprobada en 2012 configura el procedimiento de despido colectivo como un “proceso esencialmente bipartito”,²⁶⁰ entre empresario y representantes de los trabajadores, en línea con lo establecido en la Directiva 98/59/CE en materia de despidos colectivos, con la particularidad añadida que desde 2012 se suprime el papel decisorio de la autoridad laboral.

Los arts. 4 y 5 del RPDC detallan la documentación pertinente en forma de memorias explicativas según la causa del despido sea económica o técnicas, organizativas o de producción. En el art. 3 RPDC se regula a documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo, con independencia de la causa alegada. A parte de especificar cuál es la causa alegada, el RPDC exige que la comunicación de inicio del período de consultas incluya los siguientes extremos:

- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, con desglose por centro de trabajo y por provincia y comunidad autónoma cuando proceda.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en la empresa en el último año.
- Período previsto para la realización de los despidos.

²⁵⁸ Sobre el RPDC de 2012, en la doctrina, puede consultarse MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013); MONTOYA MELGAR (2013); SEMPERE NAVARRO (2012); y PRECIADO DOMÈNECH, PURCALLA BONILLA (2013).

²⁵⁹ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. BOE 30/10/2012

²⁶⁰ RD 1483/2012, RPDC, Exposición de Motivos, punto 5°.

- Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

En los tres primeros puntos, no hay ninguna diferencia con respecto al RPRE de 2011, que preveían el mismo régimen jurídico. La diferencia la encontramos en el último punto: si bien el RPRE de 2011 contemplaba la posibilidad, alternativa, de presentar la relación nominal de trabajadores afectados o bien concretar los criterios de selección tenidos en cuenta para su designación, el RPDC de 2012, en cambio, no admite esta opción y sólo contempla que se presenten los “criterios tenidos en cuenta”. La supresión de la referencia a la “concreción” de los criterios, que aparecía en el RPRE 2011, debe interpretarse como una relajación del requisito de documentación exigible al inicio del período de consultas. En este sentido, aunque la referencia a la “concreción” de los criterios podía generar dudas interpretativas sobre cuál era el nivel de concreción exigido por la disposición reglamentaria, con el RPDC de 2012 no cabe duda de que no se exige tal “concreción”, sino simplemente la indicación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. Ello lleva a pensar que sería admisible un mayor grado de generalidad en la indicación de dichos criterios, sin que sea imprescindible que de los mismos se desprenda la identificación particularizada de los trabajadores afectados por el despido, ya que dicho requisito no se exige en ninguna disposición legal ni reglamentaria. Lo que sí que se exige en el RPDC, como ya se ha señalado, es la indicación del número y clasificación de los trabajadores afectados (además de los empleados habitualmente en el último año). De hecho, carecería de sentido exigir la concreción particularizada de los trabajadores afectados, ya que ello podría conducir a vaciar de contenido el período de consultas, que tiene entre otros objetivos el de reducir los efectos del despido y de determinar qué trabajadores van a verse afectados.

Tal y como señala el art. 6 RPDC, en la comunicación de inicio del procedimiento a la autoridad laboral, el empresario deberá incluir la documentación a la que se refieren los arts. 3 (documentación común), 4 (documentación en despidos por causas económicas) y 5 (documentación en despidos por causas técnicas, organizativas y de la producción).

En este sentido, el art. 7 RPDC contempla que el período de consultas tiene como objeto llegar a un acuerdo entre empresario y representación de los trabajadores, con la finalidad principal de evitar o reducir los despidos y sus consecuencias. Es justo por ello que el art. 7 RPDC contempla como preceptiva la documentación de los arts. 3, 4 y 5 del RPDC, y establece la obligación a las partes de negociar de buena fe.

Otra cuestión contemplada en el RPDC, en concreto en el art. 11, es el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contemplado en el art. 51.2 ET.²⁶¹ El art. 11.5 RPDC señala que el informe deberá constatar la inclusión de los extremos que señala el art. 3 RPDC, que incluye los criterios de selección tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. Y a continuación añade: “en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el art. 17.1 ET, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia”.²⁶²

Precisamente en relación con la prioridad de permanencia, el art. 13 RPDC contiene diversas consideraciones al respecto. Recuerda que varias disposiciones legales reconocen la prioridad de permanencia en la empresa a los representantes legales de los trabajadores, que son el art. 51.5 ET, art. 68 b) ET, y el art. 10.3 LOLS para los delegados sindicales. En línea con la nueva redacción que la reforma laboral de 2012 ha dado al actual apartado 5 del art. 51 ET, el RPDC recuerda que la prioridad también será aplicable a los colectivos a los que se les haya reconocido dicha prioridad en virtud de convenio colectivo o de acuerdo alcanzado durante el período de consultas, como podrían ser, a título ejemplificativo, los trabajadores con cargas familiares, los mayores de determinada edad o los que sufran alguna discapacidad, que son los tres colectivos que menciona el art. 51.5 ET. Huelga decir aquí lo que ya he señalado cuando se ha analizado el RPRE de 2011, y es que esta previsión no es constitutiva, sino que no es más que una cierta indicación sobre la que no era necesario aprobar ninguna disposición legislativa, ya que los representantes de los trabajadores disfrutaban de autonomía colectiva para acordar estas prioridades de permanencia en tanto no contravengan el ordenamiento jurídico. Aun así, el legislador ha considerado relevante mencionarlas expresamente, con el objetivo de promover que se contemplen con mayor frecuencia en convenios y acuerdos.

El art. 13.3 RPDC contiene una previsión ya recogida en el RPRE de 2011, referida a que, en caso de que el despido afecte a trabajadores que disfruten de alguna prioridad de permanencia, bien sea establecida legal o convencionalmente, el empresario deberá justificar dicha afectación, reforzando la consideración de relativa de dicha garantía sobre

²⁶¹ La D.F. 3ª del RD 1483/2012 modificó el art. 33 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por RD 138/2000, de 4 de febrero (BOE 16/02/2000), incorporando un apartado 3.bis) regulando el informe preceptivo de la ITSS en los procedimientos de despido colectivo, señalando que será emitido por la Dirección Especial de la ITSS.

²⁶² Así lo adelantaba ya la Exposición de Motivos del RD 1483/2012, al señalar que el informe de la ITSS deberá comprobar que los criterios de selección para la afectación de los trabajadores no incurran en ninguna de las causas de discriminación prohibida en nuestro ordenamiento.

prioridad de permanencia, que en ningún caso otorga un derecho absoluto al trabajador a permanecer en la empresa.

La normativa reglamentaria viene completada por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

6.- AUTONOMÍA COLECTIVA Y CRITERIOS DE SELECCIÓN

6.1.- Criterios de selección en la negociación colectiva

Tal y como se ha señalado anteriormente, en contraste con el complejo sistema de “preferencias que establecía” la legislación predemocrática, la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 destacó por realizar una desregulación en la materia y guardó silencio respecto a la cuestión referida a los criterios de selección en casos de despido colectivo, con la salvedad de la ya conocida regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. Si bien la cuestión relativa a los criterios de selección no estaba regulada abiertamente en el nuevo Estatuto de los Trabajadores de 1980, sectores importantes de la doctrina se pronunciaron desde el principio a favor de considerar que la materia de los criterios de selección era susceptible de ser regulada por vía de convenios colectivos.²⁶³

Dicha postura doctrinal está plenamente consolidada, ya que del tenor de los preceptos legales en materia de despidos colectivos vigentes desde 1980 nada hace pensar que no quepa establecer reglas sobre prioridad de permanencia en los convenios colectivos. El derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37 CE y su amplio alcance en cuanto a regular todas las cuestiones que afectan a los trabajadores, así como la posibilidad de que en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas quepa la

²⁶³ Así lo señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 6. El mismo autor, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989b), p. 5, menciona que en el procedimiento de regulación de empleo tendrán que resolverse las cuestiones relativas a la fijación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, su razonabilidad y el respeto a las preferencias legales *o convencionales* que se haya podido establecer al respecto. Al respecto, también VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 1, reconoce la autonomía colectiva como una de las fuentes de limitación externa de la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por las medidas extintivas.

posibilidad de acordar estas cuestiones, no deja lugar a dudas de la idoneidad del convenio colectivo como instrumento de pacto social para regular estos extremos.²⁶⁴

En cuanto a la eficacia jurídica de las disposiciones convencionales que regulan el establecimiento y la aplicación de los criterios de selección, habrá que atender al ámbito de aplicación del convenio. En el caso de convenios sectoriales, sus disposiciones relativas a los criterios de selección no pueden ser derogadas por acuerdos de empresa ex art. 82.3 ET, que regula el conocido descuelgue convencional, ya que los criterios de selección no se encuentran entre las materias que dicho precepto permite derogar. Del mismo modo, y en cuanto a los convenios de empresa, respecto de dicha materia no existe posibilidad de establecer disposiciones en contrario en convenios de ámbito empresarial, pues carecen de la prioridad aplicativa que, para determinadas materias, el art. 84.2 ET les confiere con respecto a los convenios de ámbito sectorial.²⁶⁵

Recuérdese que la autonomía colectiva está sujeta a los mismos límites que el empresario a la hora de regular los criterios de selección, singularmente el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores, el respeto al principio de no discriminación y principio de igualdad, y otros que se comentan en el Capítulo IV.²⁶⁶

Ahora bien, la posibilidad que, en el marco de la autonomía colectiva, tienen los agentes sociales de incorporar en los convenios colectivos reglas en materia de selección de trabajadores no ha sido suficientemente aprovechada. En la práctica negociadora en España, la posibilidad de incluir reglas relativas a los criterios de selección no ha sido apenas explorada, por lo que resulta excepcional encontrar convenios colectivos que hayan incluido cláusulas sobre esta cuestión. Ahora bien, ello no es óbice para reconocerle a la autonomía colectiva la capacidad de poder fijar reglas en materia de criterios de selección, y considerarla el instrumento idóneo para regular estas cuestiones a fin de limitar la libre facultad empresarial de designación de los trabajadores afectados y aportar elementos de razonabilidad y objetividad.²⁶⁷

²⁶⁴ Así lo considera en la doctrina BLASCO PELLICER (2009), p. 119, y BLASCO PELLICER (2013), p. 81.

²⁶⁵ Vid. VIVERO SERRANO (2013), p. 17; ROQUETA BUJ (2015), p. 51; y SAN de 24 de septiembre de 2014 (proc. 60/2012), sobre la obligación de respetar los criterios de selección fijados por convenio.

²⁶⁶ En este sentido, la STS de 10 de marzo de 2009 (rec. 119/2008) recuerda que el convenio colectivo, en tanto que manifestación de la autonomía colectiva a la que se le confiere valor normativo y eficacia general, “se inserta en el sistema de fuentes”, por lo que está sometido a las normas de mayor rango jerárquico, como las leyes, la Constitución o los tratados internacionales, y particularmente está “obligado a respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución”. En este sentido, ROQUETA BUJ (2015), p. 51.

²⁶⁷ Así lo señala VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 4.

En la redacción actualmente vigente del art. 51.5 ET desde la reforma laboral de 2012, se introdujo expresamente la referencia a la posibilidad de establecer, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas, prioridades de permanencia a favor de otros colectivos distintos de los representantes legales de los trabajadores, como por ejemplo los trabajadores con cargas familiares, los trabajadores mayores de determinada edad o trabajadores con discapacidad. Se trata pues de una referencia que no era necesario incluir, pues la capacidad de la autonomía colectiva de pactar reglas relativas a los criterios de selección se entiende implícita en el contenido del derecho a la negociación colectiva consagrado en el art. 37 de la Constitución.²⁶⁸

6.2.- Fijación de los criterios de selección en el período de consultas

El empresario dispone de un amplio margen de apreciación en la designación de los trabajadores afectados por el despido, salvo que se haya alcanzado un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el que se hayan fijado los criterios para la individualización de los trabajadores afectados.²⁶⁹

En este sentido, no hay duda de que los criterios de selección son uno de los posibles objetos de negociación a lo largo del período de consultas, y es posible alcanzar acuerdo sobre los mismos. En el acuerdo, de alcanzarse, se consignará el número, clasificación profesional y desglose de los trabajadores afectados, el período previsto para la realización de los despidos, y los criterios que van a tenerse en cuenta para la designación de los concretos trabajadores finalmente afectados.²⁷⁰

De hecho la doctrina ya apuntó desde un primer momento que el período de consultas obligatorio en todo procedimiento de despido colectivo y el eventual acuerdo que se pudiese alcanzar es también un instrumento del que se pueden derivar limitaciones a la facultad empresarial de designar a los trabajadores afectados.²⁷¹

²⁶⁸ Vid. Capítulo IV.

²⁶⁹ VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 6.

²⁷⁰ ROQUETA BUJ (2015), p. 49.

²⁷¹ VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 6, se refiere al período de consultas del procedimiento de despido colectivo como el “escenario socialmente típico” para concertar acuerdos que limiten la facultad del empresario en orden a determinar los criterios de selección de los trabajadores afectados. Aunque bien es verdad que, tal y como comenta el autor, parece que en los eventuales acuerdos alcanzados en el período de consultas se suele adoptar una postura poco innovadora respecto a los criterios de selección de los afectados, ya que el criterio pactado más frecuente es el de la afectación según el orden inverso al de antigüedad en la empresa. Se trata del criterio general que ya recogía la legislación predemocrática y que, además de ser objetivo,

Por su parte, el art. 51.5 ET recoge expresamente el “acuerdo alcanzado durante el período de consultas” como otra de las vías a través de la cual se pueden establecer limitaciones al ejercicio de la facultad de selección de los trabajadores afectados por parte del empresario, y que abordo específicamente en el Capítulo IV.

6.3.- Criterios de selección acordados en pactos de empresa

También es posible fijar criterios de selección en pactos de empresa previos, que deberán ser respetados, so pena de nulidad del despido individual realizado sin respetar los criterios pactados.²⁷²

7.- ESPECIALIDADES NORMATIVAS EN MATERIA DE CRITERIOS DE SELECCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

7.1.- Disposición Adicional 16ª ET y Título III del Real Decreto 1483/2012: la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que haya adquirido tal condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad

La reforma laboral de 2012 introdujo, primero con el Real Decreto-ley 3/2012 y posteriormente con la Ley 3/2012, una Disposición Adicional 20ª, actualmente renumerada como 16ª, en la que se regula la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.

Antes de tratar la regulación legislativa en España, hay que tener presente algunas cuestiones por lo que respecta a la normativa internacional y supraestatal, es decir, de la OIT y de la UE, fundamentalmente. A este respecto, el Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, señala en su art. 2 que se aplicará

permite evitar conflictos entre los propios trabajadores afectados, como a su vez también señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 5.

²⁷² Vid. STSJ Navarra de 24 de junio de 2013 (rec. 106/2013), sobre un asunto en el que existía un pacto empresarial previo en el que se había acordado que ante un despido colectivo, se intentaría llegar a un acuerdo entre las partes, lo cual no es necesario porque ya lo exige la ley, y de no alcanzarse acuerdo, se intentaría acordar jubilaciones anticipadas o excedencias, señalando que, si aun así no se alcanzaba una solución, los afectados preferentemente por la extinción serían los trabajadores de menor antigüedad. A continuación, establecía una serie de criterios de selección: absentismo, amortización del puesto, antigüedad en igualdad de circunstancias, coste, capacitación y polivalencia, considerando que la selección de los trabajadores derivaría de la combinación de dichos criterios. Sobre esta cuestión, vid. Capítulo IV.

a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas, por lo que parece ser que excluye a los empleados públicos o trabajadores del sector público, pero tampoco los menciona expresamente. Por su parte, la Directiva 98/59/CE relativa a los despidos colectivos señala expresamente en su art. 1.2 b) que no se aplicará a los trabajadores de las Administraciones públicas o instituciones de Derecho público. Por lo tanto, se trata de instrumentos normativos pensados para el sector privado y no son aplicables a la relación que vincula a los trabajadores con las Administraciones públicas.

Una vez sentado ello, cabe acudir a la regulación legal que hace de manera expresa la ya mencionada DA 16^a, que es la que contiene el régimen jurídico de los despidos económicos en el sector público, una figura desconocida en nuestro ordenamiento hasta el año 2012.

La DA 16^a extiende la aplicación de los arts. 51 y 52 c) del ET y sus normas de desarrollo en materia de despidos colectivos y despidos objetivos, al personal laboral que se encuentre al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público,²⁷³ y ello en el marco de la normativa en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas.

A efectos de la definición de las causas de despido, la DA 16^a ET introduce definiciones específicas que se aplicarán en los despidos efectuados en aquella parte del sector público considerada como Administración pública, que corresponde con lo señalado en el art. 3.2 LCSP.²⁷⁴

La particularidad relevante en materia de despidos económicos en el sector público estriba en la previsión expresa de una prioridad de permanencia para el personal laboral fijo que hubiera adquirido tal condición a través de un procedimiento selectivo convocado al efecto, y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. También indica

²⁷³ Aunque el precepto se refiere al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 16/11/2011), dicho texto se encuentra derogado, y ha sido sustituido por el ya vigente texto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 09/11/2017), texto al cual hay que entender redirigida toda referencia a la legislación en materia de contratación en el sector público. A efectos de lo que aquí interesa, la redacción del art. 3 en ambos textos legales es sustancialmente similar, salvo alguna adaptación, como la renominación de las antiguas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades de Trabajo de la Seguridad Social como Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, o la mención expresa a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

²⁷⁴ En este sentido, la DA 16^a señala lo que se deberá entender por causas económicas, causas técnicas y causas organizativas en aquellos despidos que afecten a las Administraciones públicas del art. 3.2 LCSP.

el precepto que dicha prioridad de permanencia será aplicable “cuando así lo establezcan” las entidades antes mencionadas.²⁷⁵

El Título III del Real Decreto 1483/2012 que aprueba el Reglamento de procedimiento de despido colectivo regula las normas específicas sobre el procedimiento de despido colectivo del personal laboral al servicio de las entidades que forman parte del sector público. El art. 34 RPDC establece una doble definición causal y un doble procedimiento para los despidos en el sector público, según que afecten a entidades que tengan la consideración de Administración pública de acuerdo con el art. 3.2 LCSP o que no tengan tal consideración.

En este sentido, las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración pública en el sentido del art. 3.2 LCSP, la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se entenderá en los mismos términos que fija el art. 1.2 RPDC para los despidos colectivos en el sector privado. Del mismo modo, para estas mismas entidades que no tienen la consideración de Administración pública, se les aplicará también el procedimiento previsto para los despidos colectivos en el sector privado según lo regulado en el Título I del RPDC.

El Capítulo II del Título III del RPDC regula el procedimiento específico aplicable a los despidos colectivos fundados en causas económicas, técnicas u organizativas en las entidades que tienen la consideración de Administración pública según el art. 3.2 LCSP, considerando que concurren tales causas en los términos enunciados en el art. 35.3 RPDC, donde destaca la referencia a la situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente.

El art. 38 RPDC recoge una serie de obligaciones documentales aplicables a los despidos colectivos en Administraciones pública, cualquiera que sea la causa. Además de la documentación general fijada en el art. 3 RPDC y de la memoria explicativa de las causas y su relación con la normativa en materia de estabilidad presupuestaria, se prevé expresamente que se aporten los “criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, méritos y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”. Como vemos, se trata de la traslación de la regla de prioridad de permanencia del personal laboral fijo contemplada en la DA 16ª ET. Otra documentación que puede ser de interés a este

²⁷⁵ Otra de las novedades de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público es la simplificación de la anterior referencia a “entes, organismos y entidades”, que ahora queda limitada únicamente a “entidades”, lo cual aporta una mayor claridad a la hora de determinar la composición del sector público.

respecto, y que también se exige en aquellos despidos que tengan causa económica es la plantilla de personal laboral del Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate, así como el Plan de Ordenación de Recursos Humanos (art. 39.4 y 39.5 RPDC).

La señalada regla de prioridad de permanencia del personal laboral fijo se desarrolla en el art. 41 RPDC. Antes de entrar en materia, hay que resaltar que el propio art. 41.3 RPDC señala expresamente que la prioridad de permanencia del personal laboral fijo no afecta a lo previsto en el art. 13 RPDC, que regula la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores en los despidos colectivos con carácter general.

Volviendo a la Administración pública, los sujetos que se benefician de esta regla de prioridad de permanencia son el personal laboral fijo que haya accedido a tal condición a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad; añadiéndose, además, “cuando así lo establezca” la entidad correspondiente.

Este último inciso según el cual la prioridad de permanencia del personal laboral fijo parece aplicarse únicamente cuando así lo establezca la entidad correspondiente plantea importantes interrogantes. Dichas cuestiones se analizarán con mayor detenimiento en capítulos posteriores. En todo caso, por lo que respecta a la regulación reglamentaria que aquí analizo, el art. 41.2 RPDC prevé que la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas o la autoridad correspondiente en el ámbito de la comunidad autónoma podrá establecer la aplicación de dicha prioridad de permanencia, aun cuando la entidad correspondiente no lo hubiera previsto. Todo ello si se considerase que la prioridad es aplicable y adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general sobre recursos humanos y el interés público.

Por otro lado, el art. 43.2 RPDC prevé que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, al cual hay que comunicar el inicio del procedimiento, podrá también acordar la aplicación de la mencionada regla sobre prioridad de permanencia, la cual tendrá carácter vinculante. En este caso, el Ministerio tendrá que remitir a la entidad correspondiente una copia de la resolución en la que se establezca la mencionada prioridad. Dicha disposición, además, no se aplicará a las Administraciones locales.

CAPÍTULO III

LA SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO COLECTIVO: FASES, CARACTERIZACIÓN Y CRITERIOS

En el presente Capítulo se abordan los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo desde la óptica de su fijación. Así, se estudia en qué fases del procedimiento de despido colectivo deben delimitarse dichos criterios y con qué alcance, para lo cual se analiza qué exige la legislación, qué señala la doctrina y qué problemas interpretativos han surgido al respecto, sin olvidar qué dice la jurisprudencia y los pronunciamientos de los distintos tribunales ante una cuestión de carácter eminentemente casuístico. Ello conecta con la reflexión sobre por qué es necesario fijar unos criterios de selección, y qué importancia reviste la negociación con los representantes de los trabajadores durante el período de consultas. Finalmente, se estudia la caracterización general de dichos criterios de selección, así como los principales criterios admitidos –o no– por la jurisprudencia para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido.

1.- FASES EN LA DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN EL DESPIDO COLECTIVO

La actual configuración del procedimiento de despido colectivo en España consta de dos fases principales: la fase colectiva y la fase individual. La fase colectiva supone la parte más importante y genuina del procedimiento de despido colectivo, cuyo eje central es el período de consultas, el cual gira en torno a las obligaciones de información y documentación del empresario con respecto a los representantes de los trabajadores, y que revisten un carácter instrumental al desarrollo del mencionado período de

consultas.²⁷⁶ En esta fase colectiva se encuentran, a su vez, una serie de trámites organizados secuencialmente, como son: el momento de iniciación del período de consultas mediante la comunicación a los representantes; el desarrollo propiamente dicho del período de consultas; y, finalmente, la adopción –en su caso– del acuerdo entre empresario y representantes, o bien la adopción unilateral de la decisión final por parte del empresario en ausencia de acuerdo. La fase individual, por su parte, se inicia una vez concluida la fase colectiva, y consiste en la ejecución propiamente dicha por parte del empresario de los despidos de los trabajadores concretamente afectados, lo cual realiza mediante la notificación de la carta individual de despido, aspectos que se analizarán en el Capítulo V. Finalizada la fase colectiva y la fase individual del despido colectivo, puede hablarse de una ulterior fase llamada fase de control jurisdiccional o judicial, que verifica la adecuación a la legalidad de los despidos, y en la que también se profundizará en el Capítulo V.

La existencia de esta serie de trámites formales que conforman un complejo procedimiento para efectuar despidos colectivos responde a la necesidad de tener en cuenta los intereses de los trabajadores perjudicados por la posible pérdida del empleo, de suerte que una decisión que tiene efectos colectivos pueda canalizarse por vía colectiva a través del período de consultas, de modo que los complejos efectos que tiene tal decisión sean abordados de forma unitaria.²⁷⁷

Así pues, conviene estudiar los distintos trámites que organizados secuencialmente constituyen el procedimiento de despido colectivo y la diferente repercusión que tienen en la fijación de los criterios de selección.²⁷⁸ La secuencia de momentos en los que los criterios de selección tienen relevancia quedaría determinada del siguiente modo:

²⁷⁶ BLASCO PELLICER (2013), p. 38. Sobre el período de consultas tras la Ley 11/1994, de 19 de mayo, vid. GOERLICH PESET (1994b), p. 139 y ss.

²⁷⁷ En este sentido lo expresa CRUZ VILLALÓN (2012b), p. 244.

²⁷⁸ Tras la reforma laboral de 2012, que suprime la autorización administrativa previa a la realización de los despidos, la terminología correcta para referirse al conjunto de trámites a seguir a la hora de adoptar una medida de despido colectivo es la de “procedimiento de despido colectivo”, y no las clásicas de “expediente administrativo”, “expediente de regulación de empleo” (el conocido ERE), u otras similares. Dichas expresiones quedan hoy ya desfasadas al no existir al final del procedimiento una autorización administrativa, y por tanto no darse un expediente administrativo propiamente dicho, sino una decisión empresarial unilateral tras la conclusión de una serie de trámites (procedimiento) que fija la ley. No en balde, el actual Reglamento en la materia aprobado por RD 1483/2012 se llama Reglamento de *procedimiento* de despidos colectivos. Varios apartados del art. 51 ET se refieren también en alguna ocasión al “procedimiento” de despido colectivo, y el trámite inicial ha pasado de llamarse “solicitud” a llamarse “comunicación”, pues ya no hay nada que solicitar a la administración. DESDENTADO BONETE (2012a), p. 7, ha señalado que se trata de un “curioso procedimiento administrativo sin acto administrativo de resolución”, ya que, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006), p. 455, el

- Momento inicial del procedimiento, es decir, la comunicación inicial: como se está analizando en este apartado, el empresario debe cumplir una serie de obligaciones de información y documentación en el momento inicial del procedimiento de despido colectivo, antes del inicio del período de consultas, mediante la aportación de una serie de extremos cuyo conocimiento resulta relevante para los representantes de los trabajadores.
- Período de consultas o de negociación: durante el transcurso del período de consultas, la información proporcionada inicialmente por el empresario, y especialmente los criterios de selección, son sometidos a contradicción con los representantes de los trabajadores, de modo que se entabla una negociación sobre dichos extremos y pueden proponerse alternativas a los planes iniciales de la empresa.
- Momento final del procedimiento: al finalizar el procedimiento de consultas, se puede alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores que incluya los criterios de selección, o, en su defecto, el empresario puede adoptar la decisión correspondiente a ejecutar los despidos, aplicando los criterios de los que informó en el momento inicial del procedimiento. Con ello se daría término a la fase colectiva del procedimiento y daría inicio la fase individual del despido colectivo. En este momento final de ejecución de los despidos individuales de los trabajadores finalmente afectados, toma especial relevancia el contenido de la carta individual de despido, en la cual cabrá hacer un control sobre la aplicación de los criterios de selección sobre el concreto trabajador afectado. A partir de ese momento, se abre la posibilidad de un control jurisdiccional o judicial de los criterios empleados, materias que se abordan en el Capítulo V.

1.1.- Trámite inicial: comunicación de apertura del período de consultas²⁷⁹

procedimiento es una “institución finalista” que se singulariza “en el mundo del Derecho como el modo de producción de actos administrativos”. Por su parte, MONTOYA MELGAR (2013), p. 12-13, se refiere al hecho de que el antiguo expediente con autorización administrativa ha sido desplazado por un “procedimiento jurídico-privado”, y MARTÍN VALVERDE (2016), p. 153, se refiere al actual procedimiento como una “secuencia de actos de carácter privado o colectivo”. Sobre esta cuestión, vid. también GOERLICH PESET (2012), p. 357; SEMPERE NAVARRO (2012), p. 7; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (2012), p. 3; MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013), p. 58; PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 17; MELLA MÉNDEZ (2012), p. 3; y MERCADER UGUINA (2016), p. 408.

²⁷⁹ Sobre la comunicación inicial o de apertura del período de consultas, vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 38; BLASCO PELLICER (2009), p. 142 y ss.; BLASCO PELLICER (2007); y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 160 y ss.

El art. 51.2 ET da una gran importancia al período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, que deberá preceder a la adopción del despido colectivo por parte del empresario. De este modo, el período de consultas se inicia mediante la comunicación de apertura del mismo, que el empresario dirige a la representación legal de los trabajadores mediante un escrito del cual se envía una copia a la autoridad laboral. La relevancia de dicho escrito radica en la obligación de consignar en él diversos extremos que van a ser de especial importancia para llevar a cabo el período de consultas, y muy en particular serán de interés los extremos que se refieren a los trabajadores afectados y a los criterios para seleccionar a los trabajadores despedidos. La información y documentación que el empresario va a proporcionar a la representación legal de los trabajadores en este momento inicial de apertura del período de consultas va a ser de crucial importancia para el efectivo desarrollo del mismo, permitiendo que los representantes puedan plantear contrapropuestas a las medidas planteadas por el empresario, y así permitir la consecución efectiva del objetivo por el que la ley prevé el desarrollo de un período de consultas, que es la de llevar a cabo de un “verdadero proceso negociador” entre empresario y representantes de los trabajadores.²⁸⁰ La comunicación empresarial de inicio del período de consultas y la aportación documental que de ella se deriva van a permitir a los representantes de los trabajadores disponer de un conocimiento real respecto de las causas que motivan la decisión del empresario, así como de su alcance inicial, para así iniciar una negociación con conocimiento de los elementos necesarios para ello.²⁸¹

El art. 51.2 ET también obliga a la empresa a comunicar la apertura del período de consultas a la autoridad laboral, en los términos del art. 6.1 RPDC, lo cual debe ponerse en relación con lo establecido en la STJCE de 27 de enero de 2005, asunto *Junk* [ECLI:EU:C:2005:59], que señala que “la notificación tiene la finalidad de permitir a la autoridad competente buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos

²⁸⁰ En este sentido se expresa CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 135. Sobre la documentación a aportar en el momento inicial de apertura del período de consultas, vid. la misma obra en p. 138 y ss. En ese sentido, la SAN de 17 de noviembre de 2015 (proc. 153/2015) señala que los deberes de información en el seno del período de consultas tienen por objeto facilitar a la representación de los trabajadores los datos necesarios para que puedan realizar “propuestas factibles y adecuadas” a la situación en que se encuentra la empresa, lo que efectivamente les permitirá entablar un proceso negociador con el empresario. De no cumplirse con las obligaciones de información y documentación, se estaría “frustrando” el período de consultas, ya que se privaría a los trabajadores y sus representantes del “conocimiento de los datos necesarios” que les permitirían “realizar propuestas factibles y adecuadas” a la situación empresarial. En el mismo sentido se expresa la SAN de 18 de mayo de 2016 (proc. 63/2016).

²⁸¹ En este sentido lo expresa GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (2012), p. 19; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 56.

colectivos considerados”. A este respecto, el papel de la autoridad laboral será analizado en el Epígrafe 2.1.

Por su parte, hay que señalar que la forma escrita del escrito de comunicación inicial es incuestionable, a la luz del art. 51.2 ET y 2 RPDC.²⁸²

1.1.1.- Las obligaciones empresariales de información y documentación: los extremos de la comunicación inicial²⁸³

Las obligaciones de documentación constituyen una parte esencial del deber de información empresarial en el marco del período de consultas, lo cual constituye un elemento clave en el procedimiento de despido colectivo y que se configura como el presupuesto ineludible para llevar a cabo el período de consultas,²⁸⁴ al que le resulta de plena aplicación el principio de buena fe que debe presidir toda negociación.²⁸⁵ De hecho, el propio Tribunal Supremo en STS (3ª) de 28 de octubre de 2008 (rec. 387/2006), ha señalado que no puede darse por iniciado el período de consultas si no se ha cumplido con las obligaciones documentales y de información. Las obligaciones de documentación deben ponerse en relación con el art. 2.3 de la Directiva 98/59/CE, que impone al empresario la obligación de proporcionar a los representantes de los trabajadores “toda la información pertinente”,²⁸⁶ y también con el art. 27 CDFUE, que reconoce con carácter general el derecho a la información y consulta de los trabajadores. Los deberes documentales y de información derivan también de normas internacionales suscritas por el Reino de España, como el Convenio núm. 158 OIT y la Recomendación núm. 166 OIT, tal y como se ha señalado en el Capítulo II.²⁸⁷

Debe tenerse también en cuenta que la legislación laboral no exige el transcurso de un tiempo determinado para que los representantes de los trabajadores puedan estudiar la

²⁸² BLASCO PELLICER (2009), p. 143. El art. 51.2 ET señala que la comunicación inicial se realizará “mediante escrito”, y el art. 2 RPDC señala que el procedimiento se iniciará “por escrito”.

²⁸³ Sobre esta cuestión, vid. SÁEZ LARA (2015), p. 130-136.

²⁸⁴ BLASCO PELLICER (2009), p. 144; SOLÀ MONELLS (2002), p. 261 y ss.; FUSTÉ MIQUELA (2005), p. 352; y GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (1995), p. 387.

²⁸⁵ CABEZA PEREIRO (1995), p. 241-243. Sobre el principio de buena fe en la negociación durante el período de consultas, vid. el Epígrafe 1.2.2.

²⁸⁶ Téngase en cuenta que el art. 65.2 ET y art. 10.3.1 LOLS imponen a la representación de los trabajadores un deber de sigilo respecto de la documentación e información que reciban de manos del empresario. Al respecto, vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 146.

²⁸⁷ Sobre el origen en la normativa europea e internacional de los deberes de documentación e información, incide POSE VIDAL (2016), p. 262-263.

documentación entregada antes de dar inicio al período de consultas, por lo que ese tiempo deberá entenderse incluido dentro del período de consultas.²⁸⁸

Como se ha anticipado, el elemento más importante de la comunicación inicial de apertura del período de consultas lo constituyen los extremos sobre los que el empresario debe informar a la representación legal de los trabajadores. Dichos extremos vienen enumerados en el art. 51.2 ET, y también reiterados en el art. 3 RPDC, y son los siguientes:²⁸⁹

- Especificación de las causas del despido, de conformidad con los parámetros que fija el propio apartado 1 del mismo artículo, y que no constituye objeto del presente estudio.
- El número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados por la medida planteada, desglosados por centro de trabajo, y por provincia y Comunidad Autónoma, cuando proceda.
- El número y la clasificación profesional de los trabajadores que la empresa haya empleado habitualmente en el último año, también desglosada por centro de trabajo, y por provincia y Comunidad Autónoma, cuando sea pertinente.
- El período previsto para realizar las extinciones.
- Los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo, lo cual constituye uno de los aspectos de mayor importancia.
- Copia de la comunicación que expresa la intención de la empresa de iniciar un procedimiento de despido colectivo; y, finalmente,
- Relación de representantes que integrarán la comisión negociadora.

A estos extremos habrá que añadir una memoria explicativa²⁹⁰ de las causas que motivan el despido colectivo y del resto de extremos que señala el art. 51.2 ET, así como la documentación contable y fiscal que sea pertinente. Por su parte, recuérdese que el empresario está obligado a remitir a la autoridad laboral copia del escrito de inicio, así como de la documentación que lo acompaña, tal y como señala el art. 6.1 RPDC.

²⁸⁸ Así lo destaca BLASCO PELLICER (2009), p. 142.

²⁸⁹ Sobre la documentación a acompañar al escrito de comunicación de inicio del período de consultas, vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 39 y ss.; PUEBLA PINILLA (2012); y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 127 y ss.

²⁹⁰ Sobre la memoria explicativa, vid. POSE VIDAL (2016), p. 266-268.

La obligación de aportar la información y documentación señalada anteriormente, así como, muy en particular, los criterios de selección de los trabajadores afectados, tiene proyección a lo largo de diversos momentos durante el procedimiento de despido colectivo.²⁹¹

Las obligaciones de documentación constituyen una manifestación del deber empresarial de información, especialmente en el momento inicial del procedimiento, e incide notoriamente en la efectividad del desarrollo del período de consultas. En consecuencia, está conectado con el principio de buena fe que debe regir en toda la negociación.²⁹² Sin la debida información, la cual se manifiesta en que los representantes legales de los trabajadores reciban la documentación pertinente en tiempo y forma, los representantes no podrán llevar a cabo una negociación efectiva bajo el principio de buena fe.²⁹³

Los deberes de información y documentación deben llevarse a cabo bajo la noción de “información pertinente” que señala el art. 2.3 de la Directiva 98/59/CE, y que supone para los representantes de los trabajadores representarse “cabalmente” una “composición de lugar”, que les permitirá formular propuestas en tiempo hábil, de acuerdo con la interpretación dada por el TJUE.²⁹⁴

Ahora bien, numerosos pronunciamientos judiciales han matizado que las exigencias informativas y documentales deben interpretarse en función de las circunstancias concurrentes, y no conforme a criterios formalistas, como se aborda en el Capítulo V. En este sentido, la SAN de 8 de julio de 2013 (proc. 180/2013) señala que la aportación documental debe garantizar un conocimiento “cabal y suficiente” por parte de los representantes de los trabajadores, de modo que se cumpla no tanto con la exigencia

²⁹¹ ROQUETA BUJ (2015), p. 25, y STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1183/2013).

²⁹² Así lo señala CABEZA PEREIRO (1995), p. 241-243.

²⁹³ Así, los tribunales han señalado que los deberes de información y documentación forman parte del deber de buena fe que necesariamente debe informar toda negociación colectiva, y en particular aquella que se lleva a cabo en el marco del período de consultas. En este sentido, vid. STSJ Madrid de 22 de junio de 2012 (proc. 20/2012); y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 58. Se ha dictado algún pronunciamiento aislado en el que se consideraba que no era necesario aportar la documentación, si bien se trata de supuestos en los que dicha información y documentación ya obraba en manos y conocimiento de los representantes de los trabajadores. Tal es el caso de la STSJ Galicia de 6 de julio de 2012 (proc. 12/2012), en el que se consideró que la entrega de la documentación no era exigible al haberse entregado ya a la representación de los trabajadores con ocasión de un procedimiento de suspensión de contratos llevado a cabo con anterioridad. Ahora bien, cabe decir que dicho supuesto supone una excepción que debe valorarse de modo restrictivo y a la luz de las particulares circunstancias que concurrían en dicho supuesto. Por ello, el principio general es el de entregar la información y documentación pertinente a los representantes de los trabajadores, en cualquier caso.

²⁹⁴ En este sentido, vid. SSTJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto *Akavan* [ECLI:EU:C:2009:533], y de 3 de marzo de 2011, asunto *Claes* [ECLI:EU:C:2011:119].

documental en sí misma, sino más bien con la finalidad que la exigencia documental pretende. En el supuesto enjuiciado, se posponía la concreta afectación de trabajadores a la negociación en período de consultas, indicando al inicio del procedimiento el número de extinciones previstas y los criterios de selección. Como añadido, en el supuesto enjuiciado la empresa había ofrecido la posibilidad de aplicar el criterio de la adscripción voluntaria, con lo que era imposible señalar más información sobre los posibles afectados.²⁹⁵

1.1.1.a)- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados

El primer extremo sobre el que se debe informar a la representación de los trabajadores al inicio del período de consultas es el relativo al número y a la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el plan de despido colectivo. Dicho extremo es relevante a efectos de la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva, y, al igual que los demás extremos, viene exigido por el art. 51.2 ET en relación con el art. 2.3 de la Directiva 98/59/CE. Recuérdese que el art. 3.1 RPDC añade que dicha información deberá estar desglosada por centros de trabajo, en caso de que la empresa tenga más de un centro de trabajo, y además, si se diera el caso, deberá también desglosarse por provincias y por Comunidades Autónomas.

Por lo tanto, en este punto el empresario debe informar en verdad de dos extremos: cuántos trabajadores se van a ver afectados, es decir, el número de afectados, y qué puestos de trabajo ocupan estos trabajadores afectados desde un punto de vista funcional o de clasificación profesional.

La indicación del ámbito de afectación de las medidas propuestas reviste una gran importancia y se proyecta sobre los contratos a extinguir, lo cual, para BLASCO PELLICER, “constituye el núcleo básico y esencial de la petición empresarial”.²⁹⁶ En este sentido, se

²⁹⁵ La jurisprudencia contencioso-administrativa ya se había pronunciado en una línea similar. Así, en la STS (3ª) de 14 de julio de 2003 (rec. 4352/1999), el Tribunal llegó a la conclusión de que era imposible indicar previamente los trabajadores que iban a ser afectados, o señalar su clasificación profesional, en los supuestos en que se previera que los trabajadores se adscribieran voluntariamente al despido. Sobre la misma cuestión, vid. PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 132. El criterio de la adscripción voluntaria se aborda en el Epígrafe 5.2 del presente Capítulo.

²⁹⁶ BLASCO PELLICER (2009), p. 109. El autor habla de la “petición” empresarial, pues se refiere a la normativa anterior a la reforma laboral de 2012, cuando existía la autorización administrativa previa. Actualmente, el empresario ya no tiene nada que solicitar, sino que simplemente comunica a los representantes su voluntad de iniciar el procedimiento de despido colectivo, en el que deberá informar del ámbito de afectación de las medidas propuestas.

trata de delimitar el ámbito en el que tiene afectación la propuesta extinguida para poder determinar a partir del mismo cuáles serán los trabajadores que se verán finalmente afectados.

El requisito de expresar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados está redactado con una expresión gramatical confusa,²⁹⁷ ya que, al referirse a “trabajadores afectados” por el despido, puede transmitir la impresión de estar refiriéndose a los trabajadores que finalmente se verán efectivamente afectados y por tanto despedidos, cuando en verdad, y teniendo en cuenta que nos encontramos en el momento inicial del procedimiento, a lo que debería referirse es a los trabajadores “que *vayan a ser* afectados”. Esto es así debido probablemente al hecho de que el legislador ha entendido aquí la expresión (inicialmente) “afectados” en el sentido de marco o parámetro inicial dentro del cual se van posteriormente a efectuar los despidos. Se trataría de la única interpretación posible, ya que el número y clasificación profesional de los trabajadores “afectados” se refiere al marco de afectación de las causas del despido dentro del cual habrá que seleccionar a los trabajadores finalmente despedidos. Aun así, la expresión es de todos modos confusa, ya que en otro apartado que se estudia posteriormente, se incluye el requisito de señalar los criterios para designar a los trabajadores “afectados”, cuando en ese punto sí que se refiere a los trabajadores efectivamente afectados, es decir, los finalmente despedidos.

En la doctrina se ha debatido sobre cuál es la finalidad del deber de informar sobre el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados. En un primer lugar, considero, tal y como resulta evidente, que el deber de informar sobre el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados responde a la misma finalidad general del resto de deberes informativos que atañen al empresario al inicio del período de consultas, a saber, proporcionar a la representación de los trabajadores los datos necesarios para conocer la situación de la empresa y las intenciones del empresario, a fin de negociar de manera efectiva y tratar de mitigar las consecuencias de las medidas propuestas.

Dicho esto, la doctrina habla de la finalidad de facilitar una “especie de control de razonabilidad o de funcionalidad”,²⁹⁸ que pretendería que los representantes se cerciorasen de si la medida propuesta se adecuaba a la causa o las causas alegadas por el

²⁹⁷ Así lo considera ROQUETA BUJ (2015), p. 34.

²⁹⁸ Así lo señala CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 138. Estos mismos autores también señalan como posible finalidad del deber de informar del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, la del control de los umbrales numéricos del despido colectivo.

empresario. De este modo, el número de trabajadores afectados y su clasificación profesional debe guardar una cierta correspondencia con las causas alegadas. Además, por lo que respecta al número de afectados, también guardaría relación, desde mi punto de vista, con el principio de proporcionalidad, ya que la causa alegada y su mayor o menor entidad condicionan desde un punto de vista cuantitativo las extinciones a efectuar.

Huelga decir aquí que la relación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido colectivo debe respetar las limitaciones que se estudian en el Capítulo IV sobre los criterios de selección para designar a los trabajadores afectados, como puede ser la prohibición de usar criterios discriminatorios a la hora de afectar a unos trabajadores u otros, o el deber de respetar la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores.

Anteriores disposiciones reglamentarias ya derogadas exigían la indicación de la relación nominal de trabajadores afectados, tal y como se ha comentado en el Capítulo II. Así, el RD 696/1980, de 14 de abril, exigía que se indicase la relación de trabajadores afectados, con indicación de sus datos personales; y por su parte, el RPRE de 2011 exigía de manera confusa la relación nominativa de trabajadores afectados o, “en su defecto”, la indicación de los criterios tenidos en cuenta para su afectación. Pues bien, a diferencia de aquellas disposiciones, el Reglamento actual de 2012 no exige un listado nominativo, es decir, con indicación de los nombres de las personas afectadas, de manera similar a como ocurría en el RPRE de 1996.²⁹⁹ Tampoco se exige la relación nominativa de los trabajadores habitualmente empleados en el último año, cosa que sí sucedía en el RD 696/1980. De este modo, no es necesario indicar con nombre y apellidos qué trabajadores van a verse afectados, sino únicamente señalar su número y clasificación profesional; y mucho menos será necesario indicar otros datos de carácter personal como la fecha o lugar de nacimiento.

Gran parte de la doctrina celebró que en 1996 se suprimiese la obligación de individualizar los trabajadores mediante un listado nominativo de afectados,³⁰⁰ puesto que la obligación de aportar un listado inicial individualizado de afectados podía suponer un condicionamiento serio para el desarrollo del período de consultas.³⁰¹ Por ello, si bien es

²⁹⁹ Aunque la norma no exige que se entreguen los listados nominativos de los trabajadores afectados, ello no impide que la representación de los trabajadores los pida, y tampoco que la empresa los entregue, incluso con referencia a datos como el salario, la edad, o la antigüedad, como señala la STS de 21 de abril de 2015 (rec. 357/2014).

³⁰⁰ BLASCO PELLICER (2009), p. 110; y FUENTES RODRÍGUEZ (1996), p. 173.

³⁰¹ BLASCO PELLICER (2009), p. 110; y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993), p. 63, quien de hecho indica que era habitual que se admitiese que las partes pospusieran la confección de la lista nominativa de afectados a

posible aportar el listado nominativo de trabajadores afectados, e incluso que la representación de los trabajadores lo solicite y se le facilite, no es en cambio en absoluto recomendable negociar con la individualización de los afectados sobre la mesa.

De hecho, la jurisprudencia contencioso-administrativa venía admitiendo que en la resolución administrativa autorizadora no se expresase la relación nominativa de trabajadores afectados, bastando con expresar los criterios de selección necesarios para su designación.³⁰²

La razón detrás del cambio reglamentario en torno a la no exigencia del listado nominativo de afectados, se debe a una intención de facilitar la negociación y evitar los condicionantes que podrían recaer sobre el proceso negociador en caso de saberse con nombre y apellidos qué trabajadores van a verse afectados y cuáles no, con las evidentes tensiones que ello produciría entre los trabajadores. Así lo ha expresado, y desde mi punto de vista de modo muy razonado, la Audiencia Nacional, que en la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012) señala que la identificación nominal de los trabajadores que van a ser despedidos “polariza más intensamente la negociación” y genera una mayor presión sobre los representantes de los trabajadores que si se desconociesen los nombres concretos de los afectados. Además, la misma sentencia señala que la identificación cabal de los criterios permitirá, en la mayoría de los casos,

un momento posterior de la negociación, dejando para el momento inicial la indicación del número de afectados. BLASCO PELLICER (2013), p. 40, considera que no es “operativo” llevar a cabo el período de consultas habiendo presentado una lista nominativa de trabajadores afectados. Así lo señala la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012).

³⁰² A este respecto cabe citar la STS (3ª) de 12 de febrero de 2003 (rec. 9510/1997), que señala que “la autorización administrativa no tiene por qué contener una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción, sino únicamente de los criterios aprobados para adoptar la determinación correspondiente”. En un sentido similar, en un asunto en el que se preveía el criterio de selección basado en la adscripción voluntaria de trabajadores, la STS (3ª) de 14 de julio de 2003 (rec. 4352/1999) señala que “la expresión de la categoría o grupo profesional de los trabajadores afectados estaba prevista en el artículo 13.1 del Real Decreto [696/1980] en íntima y lógica conexión con la relación personal de dichos trabajadores, y tal exigencia no puede ser aplicable a los expedientes en que, como el que se contempla, se prevé que sean los propios trabajadores los que voluntariamente se acojan a la rescisión de sus contratos. En tales supuestos puede señalarse un número global máximo de contratos afectados, pero resulta imposible señalar con carácter previo los trabajadores que resultarán afectados por la regulación y también muy difícil establecer la categoría de aquéllos.” En el mismo sentido, vid. STSJ Madrid (CA) de 28 de febrero de 2006 (rec. 648/2001). Sobre esta cuestión, puede remitirse a PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 132-134, quien señala que la flexibilidad al respecto se ha extendido a aceptar la inclusión en un despido colectivo de trabajadores que se incorporaron a la empresa una vez empezado el procedimiento, como sucedía en el asunto tratado en la STSJ Galicia de 26 de junio de 2012 (rec. 1131/2009).

que se deduzcan razonablemente quiénes van a ser los afectados por el despido colectivo.³⁰³

En definitiva, la normativa actualmente vigente no exige ningún listado nominativo de trabajadores afectados, y lo habitual es que el empresario confeccione la lista de afectados al final del procedimiento, aplicando los criterios pactados con los representantes de los trabajadores o los inicialmente propuestos.³⁰⁴ La indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados resulta más que suficiente para cumplir los fines que pretende dicha exigencia documental, y que son el control de los umbrales del despido colectivo y la valoración de la razonabilidad de la medida y su adecuación a la causa alegada, tal y como se analiza en un epígrafe posterior.³⁰⁵

El requisito de aportar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados no impide que la empresa aporte también el listado nominativo de afectados, ya que la normativa reglamentaria no lo prohíbe.³⁰⁶ Como señala la SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013), la individualización inicial de los trabajadores a los que se propone despedir, no exime a la empresa que inicia el procedimiento de la obligación de informar también sobre los criterios de selección.³⁰⁷

Por lo que respecta a la indicación de la clasificación profesional de los trabajadores afectados, no es necesario concretar qué puestos de trabajo van a verse afectados, sino de qué grupos profesionales forman parte los afectados.³⁰⁸ A este respecto, debemos tener en cuenta que desde la reforma laboral de 2012, el art. 22 ET señala que los sistemas de

³⁰³ La SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012) señala: “Descartamos, por tanto, que la identificación de los trabajadores despedidos, que constituye una medida no habitual en los despidos colectivos, porque polariza más intensamente la negociación en el período de consultas, en tanto que los representantes legales de los trabajadores recibirán normalmente más presiones que si se desconocen los afectados, constituya un obstáculo insalvable para la negociación [...]” En definitiva, la misma Sentencia señala que la normativa tampoco prohíbe la indicación nominal de los trabajadores afectados, como ocurrió precisamente en dicho asunto, porque de hecho, en la mayoría de casos, la indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como la indicación de los criterios tenidos en cuenta para la afectación, van a permitir por deducción lógica la individualización de los trabajadores que van a verse afectados en particular. De ello extrae la Audiencia Nacional que la identificación nominativa de los trabajadores no obsta al buen fin del proceso negociador que tiene lugar durante el período de consultas, aunque reconoce que se trata de una medida “no habitual”.

³⁰⁴ STSJ Cantabria de 5 de marzo de 2014 (rec. 49/2014).

³⁰⁵ En este sentido, BLASCO PELLICER (2009), p. 110.

³⁰⁶ BLASCO PELLICER (2009), p. 110.

³⁰⁷ SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013): “la individualización ‘a priori’ de los trabajadores a los que se proponía despedir, no eximía a la mercantil demandada de la obligación de consignar, en el referido escrito, los criterios de selección.”

³⁰⁸ Así lo considera ROQUETA BUJ (2015), p. 35.

clasificación profesional se organizarán necesariamente por grupos profesionales, y no ya conforme a las antiguas categorías profesionales; asimismo, dichos grupos podrán contar en su seno con distintas tareas o funciones asignadas al trabajador.³⁰⁹ Por lo tanto, el deber de informar sobre la clasificación profesional de los trabajadores afectados debe hacerse con referencia a los grupos profesionales afectados. Con ello, se pretende además facilitar a los representantes el control de funcionalidad respecto a la causa alegada.³¹⁰

La determinación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados alcanza a los trabajadores cuyos contratos de trabajo sean potencialmente afectados por el despido, y concretamente afectados por la causa alegada, bien sea económica, técnica, organizativa o productiva, en tanto que los contratos que se pretenda extinguir deben guardar un vínculo de incidencia respecto de la causa alegada. Así lo expresan las SSTs de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997), y de 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/2003).³¹¹

Se trata por tanto de un extremo cuya determinación reviste una considerable importancia, porque se refiere al marco o perímetro sobre el cual tiene incidencia la causa del despido y en el que se van a efectuar las potenciales extinciones de contratos de trabajo. El número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, es decir, este perímetro de afectación al que me estoy refiriendo es precisamente el marco dentro del cual el empresario podrá con posterioridad ejercitar su facultad de seleccionar a los concretos trabajadores que finalmente se van a ver efectivamente afectados por el despido colectivo y, por tanto, despedidos. La SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013) recuerda que “el colectivo de trabajadores potencialmente afectados puede ser, y normalmente suele ser, más amplio que el que posteriormente resulta efectivamente despedido”; por lo tanto,

³⁰⁹ Desde la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, el art. 22.1 ET queda redactado del siguiente modo: “Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales.” Por su parte, el art. 22.2 ET queda redactado del siguiente modo: “Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.”

³¹⁰ En este sentido lo expresa CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 140 y 142. No obstante, según ROQUETA BUJ (2015), p. 36, nada obsta a que el empresario haga referencia a unidades funcionales inferiores, como por ejemplo las especialidades funcionales que existan dentro de un mismo grupo profesional, o también incluso a las extintas categorías profesionales en aquellos casos en que sigan siendo el sistema de clasificación profesional de la empresa. También es posible encontrar procedimientos en los que se hace referencia a los niveles retributivos de los trabajadores, especialmente cuando la causa del despido es económica, tal y como sucede en la STSJ Cataluña de 10 de septiembre de 2013 (rec. 2789/2013). Por su parte, también se ha admitido la referencia a los concretos puestos de trabajo afectados con indicación de las causas que les afectan, como sucede en la STSJ Castilla y León de 24 de abril de 2014 (rec. 420/2014).

³¹¹ Vid. también en el mismo sentido ROQUETA BUJ (2015), p. 34.

es este primer conjunto de potenciales afectados respecto del que se ejercita la facultad de selección.

Si el cambio de circunstancias que hace requerir una reestructuración de plantilla afecta a un ámbito concreto (bien sea éste un centro, sección, departamento, unidad productiva, grupo profesional, o puesto(s) de trabajo), los trabajadores afectados serán aquellos que presten servicio en dicho ámbito, pero no otros que estén empleados fuera de dicho ámbito de afectación. En este sentido se pronuncia la STSJ País Vasco de 8 de noviembre de 2011 (rec. 2297/2011), señalando que “la determinación de los trabajadores afectados ha de hacerse respecto a los que desempeñan sus funciones en el marco específico en el que incide la causa de extinción, sean centros de trabajo distintos, secciones o departamentos”. También en un sentido similar cabe citar la STSJ Comunitat Valenciana de 7 de noviembre de 2012 (rec. 2304/2012).³¹²

En definitiva, y de ahí su importancia, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, es decir, el marco inicial de afectación, será el perímetro dentro del cual la empresa deberá aplicar los criterios de selección.

En este sentido, habrá de tenerse en cuenta, como más adelante se analiza, que el juicio de adecuación entre los trabajadores afectados y la causa del despido difiere según cuál sea la concreta causa alegada por el empresario, ya que ante causas de índole económica, sobre todo cuando afectan de modo genérico a toda la empresa, el margen de maniobra del empresario a la hora de determinar el ámbito de afectación, es más amplio; mientras que cuando se está ante causas técnicas, organizativas o productivas, debe existir un vínculo más estrecho entre la causa alegada y los contratos a extinguir. Así se pronuncia, por todas, la STS de 8 de julio de 2011 (rec. 3159/2010), que señala que “es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el

³¹² Esta sentencia, con referencia a la doctrina del TS en la materia, señala que “si bien se ha producido una reducción de la contrata suscrita por la empleadora, lo que es cierto es que la misma no ha afectado al concreto centro de trabajo donde el demandante prestaba servicios [...], que es el ámbito a tener en cuenta para valorar la concurrencia de las causas objetivas que alega la empresa”. En cambio, la STSJ Aragón de 16 de febrero de 2015 (rec. 44/2015) sí que apreció que el trabajador se encontraba dentro del ámbito de afectación del despido, pues la causa alegada era productiva y el tribunal consideró que la causa tenía una incidencia respecto de toda la empresa, aunque las tareas del trabajador eran de carácter comercial y no tenían nada que ver con la producción.

espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento”.³¹³

Aun así, teniendo en cuenta que nos encontramos en la fase inicial del procedimiento de despido colectivo, en la que simplemente se señala el marco o perímetro de afectación del mismo, pero sin que necesariamente vayan a ser todos los contratos incluidos en el mismo los finalmente extinguidos, sino menos; como señalaba, teniendo ello en cuenta, la conexión de adecuación entre la causa alegada y los trabajadores (inicialmente) “afectados” no habrá de tener la misma intensidad que con respecto a los trabajadores que (finalmente) serán efectivamente afectados, es decir, despedidos, como se analiza más adelante.

La indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados debe estar “desglosada” por centro de trabajo y, cuando proceda, por provincia y Comunidad Autónoma, tal y como exige el RPDC en el art. 3.1. El requisito de desglosar la información, tal y como indica el sentido semántico del verbo desglosar, y tal y como confirma la doctrina iuslaboralista, lleva a considerar que la referencia al número y clasificación profesional de los afectados no puede ser genérica; y, además, dicho nivel de concreción será exigible en despidos motivados por cualquier causa empresarial, sea económica, técnica, organizativa o productiva, pues ni la ley ni las disposiciones reglamentarias hacen distinción alguna al respecto.³¹⁴

En cuanto a los trabajadores que cabe afectar en esta fase inicial del procedimiento, nada obsta a que, dentro del ámbito de afectación de la causa, pueda incluirse también a trabajadores con contrato suspendido, pues su vínculo laboral con la empresa sigue vigente.³¹⁵

³¹³ También la STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 345/2013), que señala: “El motivo invocado de por qué el trabajador es el seleccionado para ser despedido y amortizado su puesto de trabajo queda dentro de la capacidad empresarial de reducir costes de personal por motivos económicos, a diferencia de las causas organizativas o de producción en que debe existir además un nexo de causalidad entre la causa y el puesto de trabajo en concreto.”

³¹⁴ En este sentido, ROQUETA BUJ (2015), p. 35; y MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013), p. 64. Sobre la noción de centro de trabajo, se habrá de estar a la del art. 1.5 ET: “unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.

³¹⁵ Así lo ha señalado BLASCO PELLICER (2009), p. 110. En el Capítulo IV se trata sobre la selección de trabajadores con el contrato de trabajo suspendido por diversas circunstancias como la Incapacidad Temporal o la excedencia voluntaria.

1.1.1.a) i)- Variaciones en el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados

Una cuestión a tratar es la de la posible alteración del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados inicialmente comunicados a la representación de los trabajadores. En este sentido, huelga decir que la reducción final del número de trabajadores (o grupos profesionales) afectados no plantea en principio ningún problema, ya que resulta más beneficiosa para los trabajadores, y además cumple uno de los propósitos de la negociación entablada durante el período de consultas, que es la reducción o mitigación del alcance de las medidas planteadas por el empresario.³¹⁶

Ahora bien, no puede decirse lo mismo del caso inverso, es decir, de aquel en que se produce un incremento del número o grupo inicialmente previstos como afectados, bien porque posteriormente se incrementa el número de trabajadores afectados, o bien porque se añaden nuevos grupos profesionales inicialmente no afectados. La respuesta unánime en estos casos es que no es posible afectar a trabajadores o grupos profesionales no contemplados en la comunicación inicial, porque se desvirtuaría la negociación durante el período de consultas, y ello a menos que hubiese nuevas causas justificadas o nuevos criterios que a su vez se abordaran en el período de consultas. El caso paradigmático es el de la alteración del listado de afectados y de los criterios de afectación en el despido colectivo del Ente Público Radio Televisión Valenciana (RTVV), que fue declarado nulo, entre otros muchos aspectos, porque “hubo una evidente y clara alteración de los listados” y de los criterios que en un inicio se habían fijado y habían sido aprobados, con el agravante de que cuando se alteraron los listados ya habían empezado a producirse extinciones de trabajadores que podrían haberse beneficiado de los nuevos criterios, lo cual vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE.³¹⁷ La alteración del número o clasificación profesional de los afectados vulnera el principio de buena fe que debe regir en la negociación durante el período de consultas.

También están absolutamente vetadas aquellas nuevas afectaciones que impliquen la vulneración de algún derecho fundamental, especialmente en situaciones de conflicto laboral, como ha sucedido en el caso de situaciones de huelga durante la tramitación de

³¹⁶ Ahora bien, en el Epígrafe 1.3.2, al tratar sobre la decisión empresarial adoptada sin acuerdo, se discute sobre el principio de congruencia entre la decisión final adoptada y los extremos de la comunicación inicial, con alguna opinión doctrinal que expresa dudas respecto a la posibilidad de reducir el número de afectados.

³¹⁷ STSJ Comunitat Valenciana de 4 de noviembre de 2013 (proc. 17/2012), F.J. 8º. La Sentencia no admite las alteraciones en la lista de afectados, señalando además, que ello es con independencia de la “consistencia o fundamento de las circunstancias personales o sociales” que se habían tomado en cuenta para realizar dichas alteraciones.

un despido colectivo. Así sucedió en el asunto tratado en la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013), referido al despido colectivo en la empresa Celsa, y en el que, tras la convocatoria de una huelga por los trabajadores, la empresa decidió proceder al cierre completo de los centros de trabajo, cuando inicialmente tan sólo había previsto extinciones de carácter parcial. Por ello, el Tribunal consideró que el cierre era una medida para contrarrestar el efecto de la huelga, y declara la nulidad del despido colectivo.³¹⁸

Ahora bien, un supuesto que también podría dar lugar a problemas, y que se analiza en un epígrafe posterior, es el de la inicial afectación genérica de toda la plantilla de la empresa, siempre y cuando posteriormente se concrete en la negociación qué trabajadores van a ser afectados, y se justifique la inicial afectación genérica de modo que no se impida una adecuada negociación durante el período de consultas. Tal es el caso de la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), en el que la empresa había incluido inicialmente a toda la plantilla de un modo genérico, pero con una justificación, y es que existía incertidumbre sobre la continuidad de los puestos de trabajo. Aquella inicial afectación no impidió el desarrollo normal del período de consultas, por lo que los trabajadores afectados se concretaron posteriormente, llegando incluso las partes negociadoras a alcanzar un acuerdo.³¹⁹

Por otro lado, y de un modo similar a como ocurre con el número de trabajadores afectados, también se ha planteado la cuestión en torno a la no especificación inicial de la clasificación profesional de los trabajadores afectados. Pues bien, al igual que sucede con el concreto número de afectados, la concreción posterior de la clasificación

³¹⁸ La misma Sentencia señala que “es la indicada convocatoria de huelga indefinida y su efectivo seguimiento lo que cabe entender que genera el radical cambio en la postura empresarial (cuantitativa y cualitativamente) sobre la forma de abordar una no cuestionada como existente y difícil situación económica empresarial, adoptando una medida, tan drástica y tan distinta de la originaria, como la de proceder al total cierre de dos centros de trabajo y a la extinción de todos los contratos de los trabajadores de sus plantillas, a pesar de que entre ambas fechas de toma de decisión empresarial, dada su real proximidad, las circunstancias económicas, productivas u organizativas de la empresa no habían variado”. También cabe comentar que dicha sentencia tiene su origen en la STS de 20 de septiembre de 2013, con mismo número de recurso, que fue anulada y casada por un incidente de nulidad de actuaciones, y en la cual se anulaban únicamente los despidos que excedían del número inicialmente propuesto, pero no aquellos que inicialmente propuso la empresa antes de la huelga, y que contaba con un Voto particular discrepante suscrito por varios Magistrados.

³¹⁹ La misma Sentencia, en el F.J. 3º, señala que “si bien la empresa inicialmente incluía a toda la plantilla, afectándola de modo genérico, partía de una justificación –la incertidumbre sobre la continuidad de los trabajos– que fue asumida sin dificultad por el banco social, por cuanto, pese a la inicial imprecisión, permitió que se desarrollara el proceso negociador y se produjera la sucesiva concreción de los afectados”. En un sentido similar se expresa la Sentencia del TSJ Madrid de 19 de diciembre de 2014 (rec. 384/2014).

profesional de los mismos durante el período de consultas es perfectamente válida, siempre que no haya impedido una efectiva negociación.³²⁰

Sobre la aportación ambigua de la información sobre la clasificación profesional o el desglose territorial de los trabajadores afectados, se han pronunciado las SSAN de 20 de mayo de 2013 (proc. 108/2013), de 8 de julio de 2013 (proc. 180/2013), y de 11 de julio de 2013 (proc. 181/2013), que adoptan una interpretación finalista de los requisitos formales, considerando que la no indicación inicial de la clasificación profesional no vicia de nulidad el procedimiento si finalmente pudo llevarse a cabo una negociación efectiva con los representantes de los trabajadores.³²¹

1.1.1.a) ii)- Razón de la exigencia de aportar número y clasificación profesional de los trabajadores afectados

La aportación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como también de los empleados habitualmente en el último año y que se analizan en el siguiente epígrafe, cumple, según la doctrina, una función doble.³²²

- Control del carácter colectivo del despido: se trata de comprobar que efectivamente se sobrepasan los umbrales y se cumplen los requisitos que determinan el inicio del procedimiento de despido colectivo del art. 51 ET.³²³
- Control de la justificación de las causas alegadas por la empresa: se trata de comprobar que las medidas extintivas propuestas sobre los puestos de trabajo que

³²⁰ Los tribunales han venido admitiendo la concreción posterior de los trabajadores afectados siempre que ello no impida una efectiva negociación con vistas a alcanzar un acuerdo. Este sentido, la STS de 21 de abril de 2015 (rec. 357/2014) se refiere a un caso en el que la representación de los trabajadores exigió la concreción de los trabajadores afectados, incluso con referencia a datos como el salario, la edad o la antigüedad. El TS recuerda que dichos datos “no se contraen” (F.J. 6º) a la norma, y que, pese a no ser exigibles, la empresa les hizo entrega de dichos listados “dentro de un período razonable” (6 días). Vid. también sobre esta cuestión CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 141.

³²¹ ROQUETA BUJ (2015), p. 33, se muestra crítica con la “excesiva ambigüedad” de la información relativa al desglose funcional y territorial de los trabajadores afectados, pues considera que deja en manos de la subjetividad empresarial la selección de los concretos trabajadores a despedir, cuando lo cierto es que el art. 51.2 ET y art. 3 RPDC exigen que el empresario delimite el marco de afectación del despido indicando el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados. Recuérdese que la indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados supone la delimitación del perímetro dentro del cual el empresario ejercerá la libre facultad de seleccionar a los trabajadores afectados, con lo que apreciar dicho extremo de un modo excesivamente flexible puede ampliar de manera desmesurada la facultad empresarial de selección más allá del ámbito estricto de afectación de la causa.

³²² Así lo aprecia BLASCO PELLICER (2009), p. 110, citado en ROQUETA BUJ (2015), p. 29.

³²³ GOERLICH PESET (2014), p. 76; y BLASCO PELLICER (2009), p. 110.

se pretende afectar efectivamente se adecúan a las causas alegadas por la empresa para iniciar el procedimiento. De este modo, debe establecerse una relación entre la causa alegada y los contratos de trabajo a extinguir, y ahí radica la importancia de señalar el número de contratos de trabajo que se verán afectados, su clasificación profesional o funcional y su ubicación territorial.³²⁴

Los Tribunales han señalado sin ninguna duda que la razón detrás de esta exigencia documental tiene que ver con un objetivo evidente, como es, a parte del objetivo general de permitir una efectiva negociación con vistas a la consecución de un acuerdo, que los representantes de los trabajadores puedan “valorar la razonabilidad de las causas alegadas, en la medida en que se cumpla con la conexión de funcionalidad”, en los términos en que lo ha expresado la SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013).³²⁵ En este sentido, señala que omitir por completo la información sobre los trabajadores potencialmente afectados (número y clasificación profesional, se entiende) supondría “hurtar” a los representantes de los trabajadores el “debate” sobre la razonabilidad de las causas durante la negociación en el período de consultas, lo cual supone precisamente hurtar a dichos representantes una de las funciones inherentes al período de consultas. Esta postura ha sido posteriormente confirmada por el TS, señalando en la STS de 20 de marzo de 2013 (rec. 81/2012) que “la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente”.

La SAN de 8 de julio de 2013 (proc. 180/2013) lo sintetiza señalando que la finalidad “evidente” de la obligación de aportar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados es que el conocimiento de los “términos de afectación” permita a los representantes legales de los trabajadores “discutir su justificación y proporcionalidad, y proponer alternativas”. En el caso enjuiciado, la empresa no aportó la clasificación profesional de los trabajadores afectados desglosada por centros de trabajo, lo cual supondría en principio un incumplimiento de sus obligaciones documentales; pero el Tribunal adopta una interpretación flexible y no considera que ello debiera conllevar la nulidad del despido colectivo, dado que la empresa sí aportó la información que resultó suficiente para permitir a los representantes tener conocimiento de la situación, como era

³²⁴ VIVERO SERRANO (2013), p. 3-4, citado en ROQUETA BUJ (2015), p. 29.

³²⁵ De hecho, en esta Sentencia se analiza un caso en el que el empresario señaló a la totalidad de la plantilla como potencialmente afectada por el despido, puesto que la empresa se dedicaba a una actividad “vinculada a proyectos”, y se especificaron inicialmente los criterios de selección que durante la negociación permitieron concretar a los trabajadores afectados.

el número de afectados, un resumen de la distribución de los mismos por centro de trabajo y funciones, y también, más importante, los criterios para su designación.³²⁶ No sucede lo mismo cuando la comunicación inicial carece de la expresión de la clasificación profesional de los trabajadores afectados y, además, de la expresión de los criterios de selección, lo cual imposibilita por completo que la representación de los trabajadores tenga un conocimiento cabal sobre la medida empresarial y proponga alternativas.³²⁷

Para VIVERO SERRANO, y como ya he adelantado en anteriores epígrafes, la indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados tiene otra finalidad accesoria pero no menos relevante, y es la de servir de “perímetro” para la concreta designación individualizada de los trabajadores finalmente afectados.³²⁸ En otras palabras, la indicación del número y clasificación profesional de los afectados servirá como marco y a la vez límite dentro del cual se acabarán designando los trabajadores que finalmente se verán individualmente afectados, y no más allá. Por ello, el número de trabajadores finalmente designados para ser despedidos será normalmente más reducido que el número de trabajadores afectados inicialmente previstos, pues no tienen por qué coincidir.³²⁹ Ahora bien, lo que no podrá el empresario es sobrepasar dicho marco de afectación, pues de lo contrario se estarían infringiendo las obligaciones documentales y el derecho de los representantes a negociar durante el período de consultas.

Precisamente dentro de ese marco o perímetro de afectación inicial es donde cobran relevancia los criterios de selección para designar a los concretos trabajadores que finalmente serán despedidos, siempre que haya varios trabajadores entre los cuales realizar una selección.³³⁰

1.1.1.a) iii)- Un supuesto específico: la afectación genérica de la totalidad de la plantilla

³²⁶ SAN de 8 de julio de 2013 (proc. 180/2013), citada también en el epígrafe anterior. PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 130.

³²⁷ Así lo señala la STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012), en la que la ausencia de la clasificación profesional se combinaba con la aportación de unos criterios de selección harto genéricos.

³²⁸ VIVERO SERRANO (2013), p. 4. En definitiva, dicho perímetro tiene unas “coordenadas” de tipo funcional, es decir, la clasificación profesional de los trabajadores, y de tipo territorial, es decir, el desglose por centros de trabajo y provincias y Comunidades Autónomas.

³²⁹ Así lo señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989b), p. 2.

³³⁰ Vid. VIVERO SERRANO (2013), p. 4.

Como ya se ha anticipado anteriormente, hay un supuesto específico que puede generar algunas dudas, y es el relativo a la afectación genérica inicial de toda la plantilla, pues podría no respetar los objetivos que la negociación en período de consultas persigue. La misma SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013), confirmada por la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), admite también que, en determinados supuestos, dicha consideración sobre los objetivos del período de consultas puede ser matizada. En este caso, la Sentencia recuerda que el colectivo de trabajadores potencialmente afectados puede ser, y normalmente suele ser, más amplio que el que posteriormente resulta efectivamente despedido, pudiendo extenderse “excepcionalmente” el colectivo de trabajadores potencialmente afectados a la totalidad de la plantilla. Tal era lo que sucedía en el supuesto, pues se trataba de una empresa dedicada a una actividad vinculada a proyectos, lo cual significa que su volumen de actividad es “móvil”, pues depende de dichos proyectos y de su eventual renovación, por lo que no es posible conocer qué proyectos se verán afectados y, por tanto, a cuántos contratos de trabajo podrán afectar los cambios.³³¹

La afectación genérica de toda la plantilla, además de no ser un supuesto habitual, puede sujetarse a unas limitaciones a fin de evitar el incumplimiento de los deberes de información. En este sentido, los límites que pueden establecerse son, por un lado, de tipo cuantitativo, como es la limitación del número absoluto de despidos, como sucede en la citada SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013), confirmada por la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), en la que se señaló que el número de despidos efectivos no superaría en ningún caso los 275 trabajadores. Por otro lado, otro tipo de limitación es de naturaleza cualitativa, como es la indicación de los criterios de selección que utilizará la empresa para determinar los trabajadores finalmente afectados, y cuya constancia constituye un requisito imprescindible para que los representantes de los trabajadores puedan negociar con vistas a la consecución de un acuerdo, y analizar la conexión de funcionalidad con la causa alegada, un extremo que cobra mayor importancia si cabe en supuestos de afectación genérica de la plantilla.³³²

³³¹ La Sentencia señala además que parece lógico que la empresa señale qué proyectos tienen más posibilidades de no ser renovados, lo cual sí que hizo en el caso estudiado a través de la memoria explicativa, lo cual permitió a los representantes de los trabajadores conocer qué trabajadores tenían más probabilidades de verse afectados, dentro de la potencial afectación de la totalidad de la plantilla.

³³² Vid. SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013), confirmada por STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), F.J. 3º, punto 4: “hay ciertos casos en los que la reflexión precedente [referida a no aportar el número de afectados hurta a los representantes la posibilidad de negociar] merece ser matizada, porque el colectivo de trabajadores susceptible de quedar afectado es, en efecto y realmente, más amplio que el que responde al número exacto que se pretende despedir, pudiendo extenderse, excepcionalmente, a la totalidad de la plantilla”; y sobre la misma cuestión, CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 142. Sobre el control

Es precisamente la identificación de los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”, aspecto que se analiza en un epígrafe posterior, lo que va a permitir que pueda “deducirse razonablemente” a qué trabajadores va a afectar el despido colectivo, como señala también la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012).³³³ La indicación de los criterios de selección a tener en cuenta está muy relacionada con el dato del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, pues permitirá concluir de manera lógica en un momento posterior por qué se ha afectado a esos trabajadores y no a otros. En definitiva, considero que se trata de propuestas empresariales iniciales, por lo que no necesariamente van a ser definitivas ni tienen porqué impedir la negociación.

Similar situación acontecía en el caso abordado en la SAN de 15 de abril de 2015 (proc. 180/2013), en el que la empresa inicialmente afectó genéricamente a toda la plantilla y no informó sobre la clasificación profesional de los trabajadores afectados ni indicó su desglose por centros de trabajo, lo que en principio constituía una infracción de sus deberes de información. En línea con lo ya comentado, la Sentencia concluye que ello no impidió a los representantes de los trabajadores disponer del conocimiento necesario para negociar de manera efectiva durante el período de consultas. De este modo, la afectación concreta de los trabajadores que finalmente serían despedidos, se posponía a su negociación durante el período de consultas, en el marco de los límites cuantitativos (número máximo de extinciones previstas) y cualitativos (criterios para designar a dichos trabajadores) que debe fijar el empresario. En cuanto a los criterios fijados por el empresario, debe tenerse en cuenta además que en el mencionado caso el principal criterio de afectación era el de la adscripción voluntaria, por lo que indudablemente no podía fijarse cuáles iban a ser los trabajadores afectados hasta que el período de consultas diera propiamente inicio.³³⁴

Otro aspecto a resaltar que menciona la citada SAN de 15 de abril de 2015 (proc. 180/2013) es que los propios representantes de los trabajadores en ningún momento del

de la razonabilidad y funcionalidad de la causa alegada, y especialmente su incidencia tras la reforma laboral operada en el año 2012, vid. Capítulo V.

³³³ Puede leerse un comentario a la Sentencia en RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO (2013).

³³⁴ A este respecto puede anticiparse que el recurso al criterio de afectación relativo a la adscripción voluntaria de los trabajadores permite, y así lo han señalado los tribunales, que la indicación de los trabajadores afectados no sea “absolutamente precisa”, ya que los afectados se concretarán, como es lógico, durante la negociación a través de la adscripción voluntaria realizada por los propios trabajadores. En este sentido, la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), sobre el asunto Tragsa, señala que “el presente procedimiento afecta a todos los trabajadores que conforman la plantilla de la Sociedad, ya que está dispuesta a ofrecer la posibilidad de abrir un proceso de adscripción voluntaria para la extinción del contrato.”

período de consultas solicitaron más información o datos sobre el desglose funcional o por centros de los posibles trabajadores afectados, por lo que, conforme a sus propios actos, cabe entender que en aquel momento consideraron que la información que se les proporcionó fue suficiente, por lo que no cabría entender “mermadas sus posibilidades de negociación”.³³⁵

Esta interpretación ha sido también asumida por el Tribunal Supremo. En este sentido, la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), en un caso de afectación genérica de la plantilla, señala que la concreción de los trabajadores finalmente afectados puede realizarse posteriormente, es decir, durante el período de consultas, sin que ello desvirtúe la negociación.³³⁶ Recuérdese que la afectación genérica de la plantilla debe estar justificada, por ejemplo por la actividad vinculada a proyectos de la empresa, y debe contar con limitaciones como la indicación del número máximo de extinciones a realizar y la indicación de los criterios de selección que permitan determinar qué trabajadores van a verse a la postre afectados. No en balde los Tribunales han reconocido la excepcionalidad de la afectación genérica de la totalidad de la plantilla.

En definitiva, si la falta de información inicial impide la consecución de los objetivos del período de consultas, ello llevaría aparejado la nulidad, como señala la Sentencia del TSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012). Ello sucede, como en el caso tratado en dicha Sentencia, cuando además de no aportar la información sobre la clasificación profesional de los trabajadores afectados y realizar una afectación genérica de la totalidad de la plantilla, se aportaron unos criterios de designación harto genéricos que hacen imposible la negociación y la posterior determinación de los trabajadores finalmente afectados. Así, tal y como señala la misma Sentencia en el F.J. 5º, la falta de información sobre la clasificación profesional de los trabajadores afectados, unida a la falta de concreción de los criterios de designación de los trabajadores afectados, impide la consecución de objetivos básicos del período de consultas, como son la consecución de un acuerdo y la búsqueda de formas de atenuar las consecuencias de los despidos o reducir su número. En definitiva, la Sentencia señala que en tales circunstancias, los representantes de los trabajadores carecen de la información relevante que les permitiría negociar y hacer contrapropuestas a la (no) propuesta empresarial, por lo que infringe lo

³³⁵ Sobre el control judicial de los requisitos de información y documentación, vid. Capítulo V.

³³⁶ STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), F.J. 3º: “La suficiencia de la información finalmente aportada llegó al punto de permitir que se alcanzara el acuerdo.” En definitiva, la aportación tardía de la información relativa a los trabajadores afectados no impidió una negociación que finalmente llevó a la consecución de un acuerdo. Del mismo modo, entiendo que, a sensu contrario, si la falta de información impidiera que la negociación se llevase a cabo de manera efectiva, ello llevaría aparejada la nulidad.

dispuesto en el art. 51.2 ET, en conexión con el art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE,³³⁷ siendo además las medidas adoptadas de imposible control judicial, al omitir el empresario la concreción de los criterios de designación de los trabajadores afectados.

Ahora bien, habrá que estar al supuesto concreto. Por su parte, la SAN de 16 de mayo de 2014 (proc. 500/2013) señala que los criterios propuestos “colman las exigencias legales [...] al tratarse de criterios que aun siendo genéricos por tener que emplearse para un colectivo de trabajadores, no por ello impiden apreciar la conexión de funcionalidad invocada”. De modo similar, la STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1183/2013) señala que en los despidos fundados en causa económica que afecte de modo genérico a toda la empresa, “la relación de causalidad entre la causa económica y el despido se establece con carácter general respecto del conjunto de la plantilla de la empresa, por lo que no son precisos criterios demasiado específicos para poder controlar tal relación de causalidad, bastando con que se establezcan criterios que permitan controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos”.³³⁸

1.1.1.b)- Número y clasificación profesional de los trabajadores habitualmente empleados en el último año

³³⁷ Art. 2.2 Directiva 98/59/CE: “Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias [...]”

³³⁸ Esto conecta con la ya citada STS de 8 de julio de 2011 (rec. 3159/2010), que señala que “es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento”; de lo cual se deriva un mayor o menor nivel de concreción de los criterios de selección, aspecto que se aborda en el Epígrafe 3.3 sobre la suficiencia y precisión de los criterios con la causa alegada. Por su parte, ROQUETA BUJ (2015), p. 33, se muestra crítica con estos pronunciamientos, ya que señala que estas consideraciones derivan de una cierta confusión sobre la distinción entre dos requisitos documentales: uno, la aportación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, y por otro lado, la aportación de los criterios de selección tenidos en cuenta para designar a quienes van a ser despedidos. Dicha confusión lleva a no exigir un determinado nivel de precisión o concreción a los criterios de selección en aquellos supuestos en que, por causas económicas, los afectados son la totalidad de la empresa en modo genérico; o también, por otro lado, relativizar el requisito del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados cuando se han facilitado criterios de selección. Ahora bien, no estoy de acuerdo con esta crítica, que quizás podría conducir a una interpretación excesivamente rigorista y formalista de los deberes documentales del art. 51.2 ET y art. 3 RPDC, que podría conducir a una mayor judicialización de los despidos colectivos y a un mayor número de nulidades por cuestiones formales. En línea con lo que sostienen los tribunales, cuando la afectada es la totalidad de la empresa por razones económicas, no es posible concretar los trabajadores afectados hasta el punto de poder establecer prima facie quiénes serán los trabajadores que finalmente serán despedidos.

De manera similar a como se requiere respecto a los trabajadores afectados, el art. 51.2 ET exige que la empresa facilite el número y clasificación profesional de los trabajadores habitualmente empleados en la empresa en el último año, añadiendo el RPDC en el art. 3.1 que dicha información deberá desglosarse por centros de trabajo y por provincias y Comunidad Autónoma cuando proceda.

Como ya se ha comentado respecto al anterior requisito, el antiguo RD 696/1980, de 14 de abril, se refería a la indicación de datos relativos a los trabajadores, como son la fecha y lugar de nacimiento, la fecha de ingreso en la empresa, el sueldo mensual, etc. Tras la aprobación del RD 43/1996, de 19 de enero, que aprobó el RPRE, y la normativa reglamentaria posterior, como el RPRE de 2011, aprobado por RD 801/2011, de 10 de junio, y el actual RPDC aprobado por RD 1483/2012, de 29 de octubre, todos esos datos ya no son exigibles, de modo que la exigencia documental pasó, con buen criterio, a ser menos rigurosa.³³⁹

La entrega de la información relativa al número y clasificación profesional de los trabajadores habitualmente empleados en el último año, plantea menos problemas, y de hecho ha sido más escuetamente tratada por la doctrina.³⁴⁰

Aun así, existen por parte de los tribunales pronunciamientos destacados en los que se discute sobre la entrega de dicha información a los representantes de los trabajadores. Tal es el caso de la STS de 21 de abril de 2015 (rec. 357/2014), ya citada, y en la que además de la concreción del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, también faltaba el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, información que los representantes de los trabajadores solicitaron, y que se les fue entregada al cabo de unos días, por lo que el Tribunal entendió que la entrega se había hecho en un período razonable y no había impedido el correcto desarrollo de la negociación.

La redacción de dicha exigencia documental ha planteado problemas interpretativos. La referencia a trabajadores empleados “habitualmente” genera dudas, y es una

³³⁹ Así lo considera BLASCO PELLICER (2009), p. 108, quien señala que la mayoría de los datos que exigía la normativa reglamentaria previa a 1996, no aportaba nada, por lo que la supresión ha sido acertada.

³⁴⁰ Vid. en este sentido, CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 147.

manifestación de la redacción deficiente del precepto.³⁴¹ Se trata de un adverbio copiado de la Directiva 98/59/CE, y que hay que interpretar como sobrante.³⁴²

De lo que se trata con este requisito es de incluir en este punto los trabajadores que han tenido algún tipo de vinculación con la empresa en el último año, incluyendo a los que ya hayan causado baja en la empresa y no estén trabajando en el momento de iniciarse el procedimiento. Es decir, se trata de incluir a “todos” los trabajadores que han trabajado en la empresa en el último año.³⁴³

En este caso, y de modo similar a como se ha comentado para el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, la normativa tampoco exige que se facilite el listado nominal de trabajadores empleados habitualmente en el último año, lo cual no excluye que pueda solicitarse. Lo que la normativa exige es la indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año en la empresa, cualquiera que fuera la modalidad contractual mediante la cual fueron contratados, y su situación jurídica en el momento de iniciar el procedimiento de despido colectivo. En consecuencia, la información relativa a los trabajadores empleados habitualmente en el último año en la empresa debe estar desglosada según la tipología contractual que tienen y su situación jurídica. Así, según la tipología contractual, se distinguirá entre trabajadores indefinidos y temporales, trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial; y, según su situación jurídica, trabajadores con contrato en vigor, con contrato en suspensión –que podrían ver afectado su derecho a la reincorporación– y con contrato extinguido,³⁴⁴ tal y como señala la SAN de 12 de junio de 2014 (proc. 79/2014).

La finalidad que persigue la norma con la exigencia de aportar dicha información es la misma que para la información relativa a los trabajadores afectados, que es que la representación de los trabajadores pueda disponer de datos suficientes sobre las medidas a adoptar por el empresario y sobre la situación de la empresa, a fin de controlar que las medidas propuestas se ciñen a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y guardan conexión con las causas alegadas por el empresario, y a fin también de realizar contrapropuestas que conformen el núcleo de la negociación con vistas a alcanzar un acuerdo y atenuar el alcance y consecuencias de las medidas propuestas. Ello es así porque el verdadero alcance y procedencia de las medidas anunciadas por el empresario

³⁴¹ Así lo califica BLASCO PELLICER (2009), p. 108.

³⁴² Esta opinión la manifiestan GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 501; y MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013), p. 66.

³⁴³ Así lo señala GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 501-502.

³⁴⁴ Así lo prevé BLASCO PELLICER (2009), p. 109. Vid. también ROQUETA BUJ (2015), p. 38.

sólo puede ser controlado por los representantes de los trabajadores si disponen de información sobre el resto de trabajadores empleados por la empresa, y no sólo de los que van a verse afectados por el despido colectivo.³⁴⁵ También se han señalado otras finalidades, como la de permitir un control de las posibles afectaciones discriminatorias de trabajadores, así como el control del volumen de despidos a efectos de plan de recolocación externa (art. 9.5 RPDC).³⁴⁶

1.1.1.c)- Período previsto para la realización de los despidos

Junto a la información relativa a los trabajadores afectados y a los trabajadores habitualmente empleados en la empresa, la normativa tanto legal como reglamentaria exige al empresario informar también sobre un elemento cronológico, como es el período de tiempo en el que prevé acometer las medidas extintivas anunciadas en este momento inicial del procedimiento. Dicha exigencia deriva también del art. 3.1 de la Directiva 98/59/CE.

Con este requisito se trata, en definitiva, de hacer una “previsión” de cuál será la fecha inicial en que empiecen a realizarse los despidos y la fecha final en la que se finalice, teniendo en cuenta que todas las extinciones no tienen por qué efectuarse en la misma fecha, sino que pueden acometerse de manera escalonada.³⁴⁷ Ahora bien, no es posible dejar la fecha de finalización de los despidos abierta, sin determinar, ya que debe fijarse un período determinado. La fecha prevista de finalización deberá además guardar una coherencia con la causa alegada por el empresario.³⁴⁸ Dicha coherencia se traduce en el hecho de que el período de tiempo previsto debe ser adecuado a la finalidad perseguida y a las circunstancias en que se lleva a cabo el despido colectivo.

De todos modos, en cuanto a la finalización de los despidos, los tribunales admiten una cierta flexibilidad, al tratarse, como señala la propia normativa, de una “previsión”, y señalan que en todo caso dependerá de cómo se desarrolla y finaliza el procedimiento de

³⁴⁵ BLASCO PELLICER (2009), p. 108, junto a la finalidad de valorar la razonabilidad de la afectación de la medida en atención a las causas alegadas, que considera la finalidad principal, señala también la de comprobar si se cumplen los umbrales numéricos del despido colectivo.

³⁴⁶ Así lo señala GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 501.

³⁴⁷ Así lo señala BLASCO PELLICER (2009), p. 125.

³⁴⁸ Para BLASCO PELLICER (2009), p. 124-125, se trata de una exigencia “absolutamente razonable”. En este sentido, la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012) señala que no indicar la fecha prevista de finalización de los despidos e indicar únicamente la fecha inicial “conlleva una incertidumbre” para los trabajadores afectados que va en contra del principio de seguridad jurídica.

despido colectivo.³⁴⁹ De hecho, la normativa no fija un plazo de tiempo limitado en el que efectuar los despidos, por lo que deja un cierto margen a la empresa, siempre que el período sea razonable y coherente con la causa alegada y la situación de la empresa.

Diversos pronunciamientos han admitido un cierto margen de flexibilidad para la empresa al respecto. Así, la SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012) ha admitido que no es necesario consignar en la comunicación de inicio el período previsto para realizar los despidos si dicho dato queda claro durante el período de consultas, en línea con lo que ocurre con otros extremos informativos que han sido interpretados de manera flexible y atendiendo a un criterio finalista.

En términos generales, la SAN de 16 de mayo de 2014 (proc. 500/2013) reconoce a la empresa la posibilidad de disponer del tiempo que resulte necesario “para una adecuada ordenación de la organización empresarial o de la actividad productiva”, en aquellos casos, evidentemente, en los que el procedimiento no implique el cierre total de la empresa, ya que es únicamente en los despidos parciales donde puede plantearse la cuestión de una posible prolongación del tiempo previsto para efectuar los despidos. Por lo tanto, el período de tiempo dependerá del caso concreto y de la situación de la empresa, si bien no puede dejarse completamente abierto e indeterminado.

En consecuencia, el período de tiempo debe considerarse necesariamente “limitado”, con tal de que no perjudique el principio de actualidad de la causa alegada para efectuar los despidos. Dejar abierto el período de realización de los despidos supondría “una incertidumbre para el personal afectado totalmente contraria a la seguridad jurídica”.³⁵⁰

El principio de actualidad de la causa se opone a la apreciación de la causa con vistas a futuro, o bien su formulación conforme a hipótesis no actuales. Por ello, las causas alegadas deben producirse en el momento de iniciarse el procedimiento de despido colectivo, y no en uno posterior conforme a hechos todavía no acontecidos.³⁵¹

En consecuencia, el principio de actualidad de la causa significa que los despidos sólo pueden efectuarse si la causa que los motivó es actual, y no con posterioridad (ni con carácter previo, como luego comentaré), ya que los despidos no pueden justificarse en argumentos causales de futuro de imposible contraste actual. De hecho, la STSJ Cataluña

³⁴⁹ Así sucede en el caso planteado en la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 12 de marzo de 2015 (rec. 12/2014), que señala que estamos ante una previsión “condicionada por las negociaciones que se lleven a efecto en período de consultas”.

³⁵⁰ Así lo señala expresamente la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012).

³⁵¹ En la doctrina, lo señala de este modo GOERLICH PESET (1994b), p. 110; y SAGARDOY BENGOCHEA (1970), p. 147.

de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012) recuerda que el marco normativo actual no permite “dejar al arbitrio de la representación empresarial la designación sine die” de los trabajadores despedidos, por lo que, una vez finalizado el período de consultas, la empresa debe proceder a notificar individualmente los despidos, aunque no necesariamente debe hacerse de modo inmediato, pues la propia normativa prevé que los despidos se efectúen a lo largo de un período de tiempo.

Por otro lado, se han planteado problemas también respecto a la indicación de una fecha prevista de finalización de los despidos demasiado extendida en el tiempo, como sucede en el caso Indra, abordado en la SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015), en el que se denunciaba la supuesta excesiva amplitud del plazo previsto para la ejecución de los despidos. El Tribunal no estimó que ello vulnerase ninguna regla del procedimiento, pues, en primer lugar, el sindicato denunciante no lo había alegado en las reuniones del período de consultas, por lo que conforme a sus propios actos cabía deducir que estaban de acuerdo. Por otro lado, la amplitud del período previsto para la ejecución de los despidos estaba justificada por el hecho de que las partes acordaron dar prioridad a las afectaciones voluntarias por parte de los trabajadores, lo que podía tener implicaciones en el plano organizativo y requería dar más tiempo a la ejecución de los despidos, por no mencionar el hecho de que el plazo de ejecución del despido había sido pactado.³⁵²

La STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, también se pronunció sobre la dilatada extensión en el tiempo de las extinciones, argumentando que “ello en gran medida puede venir impuesto por la inusual magnitud de las extinciones acordadas”, y que una prolongación del período para efectuar los despidos supone un mayor tiempo de persistencia de algunos empleados en su puesto de trabajo, por lo que “para ellos tampoco deja de ser una cierta contrapartida”. El TS considera que el transcurso del tiempo podría hacer que las circunstancias económicas cambiase, y que, en consecuencia, no fuese necesario ejecutar todas las extinciones, lo cual resultaría beneficioso para los trabajadores al reducir el número de afectados.³⁵³

En definitiva, los tribunales consideran que debe haber una relación “actual” entre la causa que motiva los despidos y la fecha en que se llevan a cabo, de acuerdo con lo que

³⁵² En cambio, debe entenderse rechazada la posibilidad de ampliar el plazo inicialmente previsto para la ejecución de los despidos, ante la evidente incertidumbre que ello puede generar a los trabajadores afectados.

³⁵³ En la doctrina, se ha hablado sobre la “aplicación gradual y dilatada en el tiempo” del acuerdo alcanzado en el período de consultas, como señala ROJO TORRECILLA, en un comentario a la SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015) en ROJO TORRECILLA (2015).

se conoce como principio de actualidad de la causa del despido. De ese modo, no sería conforme a Derecho dejar abierta o indeterminada la fecha de ejecución de los despidos, o fijar un período excesivamente extenso para efectuar las extinciones sin ninguna justificación para ello, ya que dichas extinciones ya no guardarían conexión con la causa de despido expresada en el momento inicial del procedimiento.

Sobre el principio de actualidad de la causa del despido y su interpretación flexible, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 154/2015), en un asunto que afectaba a la compañía Iberia y en el que se había pactado un período de ejecución de los despidos que duraba hasta tres años y medio desde el momento de suscripción del acuerdo.³⁵⁴ El Tribunal consideró que las partes negociadoras habían previsto que las causas justificadoras del despido iban a perdurar durante todo el período de tiempo previsto para las extinciones, por lo que era lícito prever dicho plazo de ejecución. Ahora bien, el TS advierte que, en virtud del principio de actualidad de las causas, en el momento de llevar a cabo los despidos de los trabajadores afectados, la causa deberá ser “actual”, es decir, deberá subsistir en aquel momento. Ello significa que, en caso de agravarse las causas inicialmente previstas, la empresa deberá iniciar un nuevo procedimiento de despido colectivo.

Del mismo modo, y en sentido inverso, la misma Sentencia prevé que, en caso de que variaran las circunstancias que motivaron el recurso a los despidos –de forma que dichas circunstancias mejorasen de modo sustancial o incluso desaparecieran–, habría que considerar que dichas extinciones carecen de causa, y los representantes de los trabajadores podrían instar a la inaplicación del acuerdo en su día alcanzado. No obstante, en el caso enjuiciado, el Tribunal entendió que las partes habían pactado dicho amplio período de ejecución de los despidos precisamente en previsión de que la situación negativa de la empresa iba a perdurar durante ese tiempo, sin que constasen nuevos datos que llevasen a concluir que la situación de la empresa había variado en el momento de impugnarse el despido.

Por su parte, hay otros pronunciamientos en que los tribunales han apreciado que no se respetaba el principio de actualidad de la causa, como es el caso Panrico tratado en la SAN de 16 de mayo de 2014 (proc. 500/2013). En dicho caso se preveían extinciones durante un amplísimo período de tiempo que abarcaba los años 2013, 2014, 2015 y 2016,

³⁵⁴ El acuerdo señalaba como período previsto el comprendido entre el 15 de agosto de 2014 y el 31 de diciembre de 2017, señalando también que la empresa haría uso de las extinciones “según sus necesidades organizativas y productivas”, lo que ciertamente proporcionaba a la empresa un excesivo amplio margen de maniobra.

con expresa mención a que las extinciones de los años 2015 y 2016 quedaban “condicionadas” a la evolución de la empresa. Dicho extremo fue rechazado por la Audiencia, que consideró que no había justificación razonable para prever un período tan extenso, y que además se quebraba el principio de actualidad de la causa, pues las eventuales extinciones de los años 2015 y 2016 no podían deberse a la misma causa prevista en el momento inicial del procedimiento, máxime cuando se condicionaban a una futura evolución de la empresa que claramente quebraba el principio de actualidad de la causa. De modo que, llegado el momento, si la empresa quería efectuar esas extinciones, lo correcto sería iniciar un nuevo procedimiento de despido colectivo, pues, como señala la Audiencia de modo muy gráfico, “no cabe emplear en este momento *a modo de bola de cristal* unas previsiones actuales que son imposibles de contrastar con el futuro”.

1.1.1.d)- Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos

El siguiente extremo sobre el que debe informar la empresa a los representantes de los trabajadores, y uno de los más importantes, es el relativo a qué criterios son tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que van a verse afectados por las medidas extintivas, tal y como exige el art. 51.2 ET y el art. 3.1 e) RPDC, en línea también con el art. 2.3 Directiva 98/59/CE.

La selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, realizada mediante la aplicación de unos criterios, es una de las cuestiones más asiduamente discutidas en materia de despido colectivo, bien respecto su adecuación a las causas, bien sobre el respeto a las reglas de prioridad de permanencia como límite a la fijación de dichos criterios, o bien sobre el respeto a los derechos fundamentales en su aplicación, con independencia de que la fijación de los criterios corresponde a la facultad libre del empresario en el marco de su poder de dirección.³⁵⁵

El requisito que ahora se trata, que exige la indicación, según el tenor literal del art. 51.2 ET, de los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”, tiene una redacción también discutible desde el punto de vista lingüístico. En este punto, al referirse a trabajadores “afectados” por el despido, puede

³⁵⁵ Sobre esta cuestión, vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 395-396. Por su parte, SÁEZ LARA (2015), p. 131, subraya que, pese a la importancia de dicha información, la normativa legal y reglamentaria no establece cuáles deben ser dichos criterios, ni tampoco si deben responder a caracteres como la objetividad y la razonabilidad.

confundirse la redacción con los trabajadores inicialmente afectados, de los que se exige indicación del número y clasificación profesional de los mismos. A este punto, podría pensarse que el requisito se refiere a unos trabajadores ya designados, criterios mediante, para ser despedidos o afectados, lo que incluso podría plantear si en el momento inicial del procedimiento habría que aportar un listado nominativo de trabajadores afectados mediante la aplicación de dichos criterios. Pues bien, como ha señalado la doctrina y tal y como se ha estudiado en los epígrafes precedentes, esa no parece que sea la intención del legislador.³⁵⁶

En contraposición con el requisito del número y clasificación profesional de los trabajadores (inicialmente) afectados, que se correspondería con el marco general o perímetro de afectación del despido, el requisito que ahora se estudia relativo a los criterios de selección exige la indicación de los criterios que permitirán la concreta designación de los trabajadores en particular, es decir, los trabajadores que se verán, finalmente, efectivamente afectados, y por tanto despedidos.

En este sentido, la redacción dada por la Directiva 98/59/CE es mucho más ajustada, pues en el art. 2.2 v) se refiere a “los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores *que vayan a ser* despedidos”. Por ello, se trata de señalar los criterios de designación de los trabajadores finalmente afectados, es decir, los que van a ser despedidos, pero que todavía no están individualizados en la fase inicial del procedimiento, por lo que no cabe señalarlos nominativamente, aspecto éste último que la propia normativa no exige.³⁵⁷

Por lo tanto, es discutible e induce a confusión que el Estatuto de los Trabajadores se refiera a los criterios para designar a los trabajadores “afectados”, cuando sería mucho más claro referirse a los trabajadores “que vayan a ser despedidos”, puesto que los criterios se refieren a unas extinciones que tendrán una afectación efectiva sobre determinados contratos en el momento final del procedimiento, no en el inicial.³⁵⁸ La única manera de salvar esta confusa redacción es interpretar que el requisito del número y clasificación profesional de los trabajadores *afectados* se refiere a la afectación en sentido amplio, y que el requisito de los criterios de selección tenidos en cuenta para la

³⁵⁶ En este sentido, en la doctrina vid. GOERLICH PESET (2014), p. 77; y ROQUETA BUJ (2015), p. 39.

³⁵⁷ En este sentido, STSJ Navarra de 24 de septiembre de 2012 (rec. 337/2012).

³⁵⁸ BLASCO PELLICER (2009), p. 111 señala que la expresión “criterios tenidos en cuenta” es “harto confusa”, y que lo apropiado sería que se refiriese a los criterios “a tener en cuenta”, ya que la designación de los trabajadores mediante dichos criterios todavía no se ha llevado a cabo, y en este punto se está refiriendo a los criterios que “deberán ser tomados en consideración” para seleccionar a los trabajadores finalmente afectados.

designación de los trabajadores *afectados* se refiere a la afectación concreta o stricto sensu según la cual se determinan qué trabajadores concretos serán despedidos.

Pero la problemática no termina aquí, pues también es criticable la referencia a los criterios “tenidos en cuenta”, pues el participio pasado hace pensar que los criterios ya se han fijado y aplicado para designar a los trabajadores que van a ser despedidos, cuando lo cierto es que los criterios todavía no se han podido aplicar, ya que los trabajadores despedidos serán designados al finalizar el procedimiento. De hecho, en este punto la normativa no puede más que referirse a los criterios inicialmente propuestos por la empresa al inicio del procedimiento, pues los mismos criterios de selección conforman el contenido de la negociación durante el período de consultas, por lo que su configuración y posterior aplicación pueden sufrir modificaciones respecto a los planes inicialmente previstos, y ser objeto de mejora, acuerdo o transacción con los representantes de los trabajadores.³⁵⁹

El requisito, al imponer la indicación de los criterios de selección, se refiere a “las pautas” que la empresa *va a seguir* para seleccionar o elegir a los trabajadores cuyos contratos se verán extinguidos.³⁶⁰ Esta interpretación generalmente aceptada viene confirmada por la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 198/2013), que se refiere a “los criterios de selección *para determinar* [posteriormente] los trabajadores afectados por la medida extintiva colectiva”.

El requisito impone al empresario, además de indicar cuáles serán esos criterios de designación, el deber de explicarlos de manera razonada, como así ha considerado la doctrina.³⁶¹ El mecanismo idóneo para explicar de manera razonada los criterios de selección propuestos por la empresa no puede ser otro que la memoria explicativa del despido colectivo. Lo habitual es que los criterios aparezcan de manera combinada, y no aislada; por ello es importante que se fije una prelación razonada entre los mismos, y que ésta guarde coherencia con las causas alegadas en el despido.

La importancia del requisito de indicar los criterios de selección es máxima, sobre todo porque dichos criterios permitirán deducir de forma lógica quiénes serán los trabajadores finalmente despedidos. Así lo ha expresado la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc.

³⁵⁹ Así lo señala ROQUETA BUJ (2015), p. 40.

³⁶⁰ En estos mismos términos lo expresa ROQUETA BUJ (2015), p. 40, lo que refuerza lo que se ha señalado respecto a que los criterios se refieren a la afectación de los trabajadores con posterioridad al momento inicial del procedimiento. Así, los criterios a expresar son más bien los que *se tendrán en cuenta* a la hora de seleccionar a los trabajadores que se verán (finalmente) afectados y despedidos.

³⁶¹ En este sentido, BODAS MARTÍN (2012), p. 520.

167/2012), que señala que “la identificación cabal de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados supondrá, en la mayoría de los supuestos, que pueda deducirse razonablemente a quiénes va a afectar el despido colectivo”.

A diferencia de la información concerniente al número y clasificación profesional de los trabajadores afectados (o empleados habitualmente en el último año), que hace referencia a cuáles son los planes iniciales del empresario en un determinado contexto empresarial, la información relativa a la indicación de los criterios de selección tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados hace referencia a cómo se ejecutarán en el futuro los planes de la empresa, o al menos a cuál es la intención del empresario a la hora de ejecutar en el futuro dichos planes.

Para cumplir con el deber de información y documentación, la empresa debe fijar los criterios de selección, al menos en una fase inicial, y también explicar cómo se aplicarán dichos criterios en relación con las causa alegadas, a través de la memoria explicativa, tal y como exigen la normativa legal y reglamentaria.³⁶² En este sentido, la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 198/2013) se refiere al cumplimiento de los deberes de información y documentación hablando de “la información y *explicación*” de los criterios de selección, por lo que distingue el deber de informar sobre cuáles son dichos criterios y el deber de explicarlos, lo que tendrá lugar a través de la memoria explicativa. Ello incluye la explicación de los criterios de selección en la memoria explicativa, y también, necesariamente, fijarlos e incluirlos en el escrito de comunicación de inicio del procedimiento, tal y como exige la normativa legal y reglamentaria, por lo que no sería suficiente con explicarlos en la memoria explicativa si no se han incluido en la comunicación de inicio.³⁶³ La doctrina y los tribunales han señalado que la memoria *explicativa* debe ser un documento detallado, como su nombre indica, y no meramente genérico.³⁶⁴

Del mismo modo, la fijación de los criterios debe realizarse al inicio del procedimiento de despido y en tiempo hábil, es decir, de modo que a los representantes legales de los trabajadores se les permita recibir la propuesta, estudiarla y afrontar la negociación de un modo informado y suficiente.³⁶⁵ Además, la expresión de los criterios de selección en el

³⁶² En la doctrina, así lo ha señalado VIVERO SERRANO (2013), p. 7; y ROQUETA BUJ (2015), p. 40.

³⁶³ Así lo considera ROQUETA BUJ (2015), p. 41.

³⁶⁴ En este sentido, vid. STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (proc. 17/2012), que declara la nulidad por “notable insuficiencia de la memoria explicativa”.

³⁶⁵ En este sentido, ROQUETA BUJ (2015), p. 42, cita sentencias en las que no se consideró cumplido el requisito documental cuando la información sobre los criterios de selección se entregó a los representantes de los trabajadores dos días antes de finalizar el período de consultas, lo cual les impidió realizar una

momento inicial del procedimiento implica para el empresario la aplicación de la doctrina del principio de actuación conforme a los actos propios, de modo que los criterios expresados inicialmente por el empresario le vinculan durante el resto del procedimiento; de modo que, de ser alterados injustificadamente o al margen de la negociación, ello permitiría apreciar la arbitrariedad o falta de buena fe empresarial.³⁶⁶

En cualquier caso, la doctrina a nivel europeo ha afirmado el carácter dinámico de la obligación de aportar los criterios de selección, lo que implica que, si bien la información debe proporcionarse al inicio del período de consultas, ello no excluye que la misma deba ser actualizada a lo largo del mismo. Así lo ha confirmado la STJCE de 10 de septiembre de 2009 [ECLI:EU:C:2009:533], asunto *Akavan*.³⁶⁷

Aunque pueda parecer lógica, también hay que señalar que la obligación de aportar los criterios de selección sólo tiene virtualidad efectiva en aquellos procedimientos de despido colectivo en los que los afectados sean una parte de la plantilla de la empresa, y respecto de los cuales quepa hacer una selección. Por ello, y de modo excepcional, cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a una empresa que vaya a proceder a su cierre completo y a la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la misma, la obligación de aportar criterios de selección decae, pues carece de sentido práctico, por no decir que es imposible aportar criterios de selección cuando no hay selección alguna posible.³⁶⁸ En definitiva, los criterios de selección se aplican en despidos colectivos de carácter parcial, y no en despidos que impliquen el cierre total de la empresa.

negociación al respecto. En este sentido, SAN de 28 de julio de 2012 (proc. 124/2012); y STSJ Madrid de 17 de marzo de 2014 (rec. 2149/2013).

³⁶⁶ En este sentido, ROQUETA BUJ (2015), p. 45; y STSJ País Vasco de 16 de julio de 2013 (rec. 1250/2013); y STSJ Cantabria de 5 de marzo de 2014 (rec. 49/2014). Sobre la vinculación de los criterios propuestos por el empresario al inicio del procedimiento, vid. el Epígrafe 1.3, sobre la ejecución de la decisión de despido.

³⁶⁷ Párrafo 53: “Es indispensable cierta flexibilidad [...]” En este sentido, RIESENHUBER (2012), p. 546, señala: “the employer’s obligation to provide information is thus dynamic. The information should normally be given at the beginning of the consultation, yet it will sometimes not be practically possible for the employer to specify all information at the beginning. Certain information may have to be updated during the course of the consultation process. [...] The employer is to supply the relevant information throughout the course of the consultations; thus flexibility is essential.” Sobre la aportación de información en el período de consultas, vid. BOURN (1993), p. 235 y ss.

³⁶⁸ Sobre esta cuestión, cabe citar la SAN de 13 de enero de 2014 (proc. 154/2013). En la doctrina, lo señala BLASCO PELLICER (2009), p. 112, quien indica que, aunque parezca una cuestión obvia, el tema no se aborda en la normativa reglamentaria, pero comparte que no es necesario aportar criterios de selección en procedimientos de despido colectivo en los que se vaya a proceder al cierre total de la empresa, pues no hay selección alguna que realizar. También, en el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ AVILÉS (1997), p. 234. En este mismo sentido se expresa la STS 3ª de 23 de octubre de 2008 (rec. 667/2006); y la STSJ Castilla-La Mancha (CA) de 15 de mayo de 2002 (rec. 242/2001), que señala que la documentación

Para ROQUETA BUJ,³⁶⁹ a diferencia de otras obligaciones de información y documentación en el período de consultas, la aportación de los criterios de selección a tener en cuenta para la designación de los trabajadores afectados no se relaciona directamente con el control sobre la justificación de las causas, sino con el control del margen de discrecionalidad del que dispone el empresario en su facultad de seleccionar a los trabajadores que van a ser despedidos sin que incurrir en arbitrariedades.³⁷⁰ Ahora bien, en otras sentencias también citadas por ROQUETA BUJ y que comento más adelante, los criterios sí que constituyen un “presupuesto imprescindible” para realizar el juicio de adecuación sobre la justificación de las causas alegadas, y debe señalarse que ello es así, en tanto que el recurso a unos criterios u otros estará directamente conectado con la causa alegada, que no es igual en despidos colectivos motivados por causas económicas, que en otros motivados por causas técnicas, organizativas o productivas, como ya se ha comentado en epígrafes anteriores.

Sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados hay que tener en cuenta dos aspectos: uno relativo al establecimiento de los criterios generales de afectación, según los cuales va a designarse cuáles son los trabajadores que van a ser despedidos; y, por otro lado, la aplicación individualizada de dichos criterios, de manera que sirvan para identificar qué trabajadores concretos se ven finalmente afectados por el despido.³⁷¹ En resumen, hay que distinguir entre la determinación de los criterios de selección con carácter general, y la aplicación concreta de los mismos.

A pesar de que la determinación de los criterios de selección y del número de afectados es una facultad empresarial, y que ésta se ejerce atendiendo principalmente a razones de política económico-empresarial, lo cierto es que la aportación de los criterios de selección al inicio del procedimiento de despido colectivo, junto con el resto de información y documentación, reviste una gran importancia, ya que se aporta información que permite que sean sometidos a la deliberación de los representantes de los trabajadores a fin de negociar sobre los mismos durante el período de consultas.

es “absolutamente distinta” según nos encontremos ante un despido colectivo parcial, es decir, que sólo afecta a una parte de la plantilla, o ante un despido colectivo que implique el cierre total de la empresa.

³⁶⁹ ROQUETA BUJ (2015), p. 31.

³⁷⁰ En este sentido se expresan las SSTSJ Cataluña de 21 de junio de 2013 (rec. 1793/2013); Navarra de 24 de junio de 2013 (rec. 106/2013); y País Vasco de 8 de abril de 2014 (rec. 562/2014).

³⁷¹ Así lo distingue ROQUETA BUJ (2015), p. 25.

La exigencia de proporcionar los criterios que se tienen en cuenta para designar a los trabajadores afectados no está exenta de complejidad,³⁷² y plantea numerosas cuestiones en torno al hecho de si los criterios indicados son pertinentes y, sobre todo, si son suficientes.

El juicio de suficiencia de (toda) la información proporcionada por el empresario al inicio del período de consultas depende del cumplimiento de la finalidad general del período de consultas, que es la posibilidad de negociar de manera efectiva con vistas a alcanzar un acuerdo, y poder atenuar las consecuencias de los despidos o reducir su alcance numérico.³⁷³ En este sentido, el juicio de suficiencia sobre los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados se rige por unos parámetros similares, pues el objetivo de aportar dicha información es permitir una negociación en la que consten unos criterios claros y objetivos para la selección de afectados, pues de lo contrario la representación de los trabajadores carecería de datos sobre las intenciones de la empresa y ello le impediría negociar.

Los tribunales se han manifestado sobre el juicio de suficiencia de la información relativa a los criterios de selección, siendo de destacar la SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013). Dicha Sentencia señala una cuestión que se ha comentado en el Capítulo anterior, y es la falta de concreción normativa sobre cuáles deben ser los criterios de selección a tener en cuenta cuando las causas del despido se proyectan sobre una parte de los puestos de trabajo existentes en la empresa pero no sobre su totalidad, es decir, cuando no se produce el cierre completo de la empresa.

Pues bien, en los supuestos de extinciones que afectan a parte de la plantilla, los tribunales “reconocen al empresario un amplio margen de libertad para establecer dichos criterios y determinar los trabajadores concernidos por el cese”.³⁷⁴ De hecho, es al empresario a quien corresponde decidir y comunicar los criterios a la representación de los trabajadores en la fase inicial del procedimiento, a fin de negociarlos en el período de consultas. Por lo tanto, nos encontramos ante una facultad del empresario, que elegirá los criterios para

³⁷² Así lo señala CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 158, señalando que la complejidad radica en el hecho de que los criterios deben estar ya concretados en el momento de inicio del procedimiento.

³⁷³ Sobre el control judicial de las obligaciones de información y documentación, vid. Capítulo V.

³⁷⁴ SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013), F.J. 6º; y CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 161. En este punto, la Audiencia Nacional remite a la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de despido colectivo, citando la STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 1777/2002). También se refiere a la jurisprudencia sobre despido objetivo por causas empresariales, que considera aplicable por identidad de razón, citando las SSTs de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/97); y de 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/03). Sobre el despido objetivo, vid. ALTÉS TÁRREGA, BLASCO PELLICER, NORES TORRES (2010).

designar los trabajadores que se verán afectados por el despido colectivo. Dichos criterios, eso sí, deberán cumplir con una serie de requisitos, como más adelante se estudiará, como es que sean objetivos, razonables y coherentes con la causa alegada por el empresario para iniciar el procedimiento de despido colectivo. La coherencia también exige que el empresario, durante el período de consultas, se ciña a los criterios comunicados al inicio, con posibilidad, eso sí, de que puedan sufrir alguna variación o mayor concreción durante la negociación con los representantes de los trabajadores, pero en ningún caso podrán sufrir una alteración arbitraria por parte del empresario, pues se desvirtuaría con ello el período de consultas.

En esta línea, los tribunales admiten una “mejora” de los criterios como consecuencia de la negociación con los representantes de los trabajadores. Tal es el caso de la SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015), en el que la empresa inicialmente propuso unos criterios, y éstos fueron completamente modificados durante la negociación en período de consultas. La primera consideración a hacer al respecto es que dicha modificación fue fruto del acuerdo entre el banco social y empresarial, y no por decisión arbitraria de la empresa. Por ello, la Audiencia admite este cambio en los criterios, ya que considera que los nuevos criterios, además de ser fruto del acuerdo, “mejoran” los criterios inicialmente propuestos por el empresario. La mejora consistía en incluir el criterio de la adscripción voluntaria, extremo bastante habitual, y además excluía de la afectación forzosa a trabajadores socialmente sensibles (discapacitados, víctimas violencia de género, etc.), por lo que la Audiencia considera que los criterios finalmente acordados se cohonestan con las causas de despido alegadas por la empresa.

Ahora bien, la SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013) recuerda que dicha libertad será sin perjuicio de la obligación de respetar algunos límites previstos en la propia normativa, como es el respeto a la regla de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, prevista en el art. 51.5 y 68 b) ET y art. 13 RPDC. Hay otros límites que no están previstos expresamente en la ley, pero que podrían pactarse entre las partes, como podrían ser otras reglas sobre prioridad de permanencia pactadas a través de la negociación colectiva o en acuerdo alcanzado durante el período de consultas, y todo ello sin olvidar los límites generales del respeto a los derechos fundamentales y la prohibición del fraude de ley y del abuso de Derecho. En definitiva, la facultad empresarial de fijar los criterios de selección de los trabajadores afectados, aun dentro de un amplio margen

de libertad, debe ejercitarse con respeto a los límites materiales, tanto de carácter positivo como negativo, que establece el ordenamiento, y que se analizan en el Capítulo IV.³⁷⁵

Los criterios pueden ser cualesquiera y atender a múltiples motivaciones, por lo que pueden fijarse en términos de mercado o de eficiencia económica, pero también según aspectos de índole organizativa o productiva, así como también atender al principio de adecuación social, aunque la ley no obliga expresamente a tener en cuenta criterios de índole social.³⁷⁶

En este sentido, y volviendo al análisis del juicio de suficiencia, éste se realizará atendiendo a la “finalidad esencial” que persigue la obligación empresarial de facilitar determinada información, que es la de permitir una negociación efectiva con aras a alcanzar un acuerdo. Ello supone que no cabe exigir al empresario una “exhaustiva descripción” de los criterios de selección, pues el objetivo es proporcionar a los representantes de los trabajadores unos parámetros iniciales que permitan llevar a cabo la negociación, y no fijar de manera definitiva la posición y decisión final del empresario. Ahora bien, los tribunales sí que exigen que el empresario proporcione a la representación de los trabajadores un “conocimiento claro, suficiente e inequívoco”,³⁷⁷ de modo que se dé pie a una negociación en la que los representantes de los trabajadores pueden plantear alternativas o correcciones a los criterios propuestos por el empresario, para así cumplir con el objetivo del período de consultas, que es negociar con vistas a alcanzar un acuerdo y procurar reducir el número de despidos o atenuar sus consecuencias.

En definitiva, lo que pretenden los tribunales exigiendo que los criterios propuestos proporcionen un conocimiento claro, suficiente e inequívoco, es evitar que el empresario proporcione meras “pautas genéricas e imprecisas”, que impedirían a los negociadores disponer de una información clara sobre las intenciones del empresario y les impedirían negociar de manera efectiva, por lo que habría que considerar incumplido el deber de información empresarial. De este modo, el vacío regulatorio relativo a los criterios de selección viene completado por la interpretación que han venido realizando los tribunales exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos.

En el caso enjuiciado en la SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013), la Audiencia señala, como un dato a tener en cuenta a la hora de valorar la suficiencia de los criterios de selección aportados, el hecho de que el empresario había aportado también en la fase

³⁷⁵ Vid. ROQUETA BUJ (2015), p. 43.

³⁷⁶ GOERLICH PESET (2014), p. 100.

³⁷⁷ En estos términos se expresa la SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013), F.J. 6º.

inicial del procedimiento el listado nominativo de los trabajadores afectados, que, como se recordará, no es exigencia legal ni reglamentaria en la actualidad. Ahora bien, la indicación de dicho listado de afectados permite a la representación de los trabajadores “verificar” si su inclusión en el listado de afectados respeta los criterios de selección expresados por el empresario, y por lo tanto, ayuda también a entenderlos mejor, al ver cuál sería su plasmación sobre los concretos trabajadores afectados. A ello la Sentencia añade que los representantes de los trabajadores no alegaran nada durante las reuniones del período de consulta sobre la supuesta vaguedad de los criterios aportados por el empresario, de lo que cabe deducir que no se oponían a los mismos. Esta Sentencia viene confirmar también una cierta complementariedad entre los extremos de los que el empresario debe informar al inicio del procedimiento, de suerte que a la hora de valorar el cumplimiento suficiente de uno de los extremos habrá que ponerlo en relación con el grado de cumplimiento del resto de extremos.

Ahora bien, por otro lado, lo que no cabe en absoluto es omitir la expresión de los criterios de selección y sustituirla por la aportación del listado nominativo de afectados.³⁷⁸ A diferencia del RPRE de 2011, que ofrecía la alternativa de aportar o bien los criterios de selección o bien el listado nominativo de afectados, el actualmente vigente RPDC de 2012 y también la propia redacción del art. 51.2 ET señala como requisito el aportar los criterios de selección para designar a los trabajadores afectados.

En este sentido, la STS de 18 de febrero de 2014 recuerda que debe analizarse la documentación facilitada por el empresario en su conjunto. De la información analizada en su conjunto se extrae que los criterios de selección fueron expresados de manera genérica en la memoria explicativa, pero que la empresa optó por proporcionar el listado nominativo de los trabajadores afectados, en línea con lo que exigía el ya derogado RPRE de 2011 en el art. 8 c), que requería la aportación de la relación nominativa de trabajadores afectados o, en su defecto, la concreción de los criterios tenidos en cuenta para designarlos. Ahora bien, como recuerda la Sentencia, la normativa actual tras la reforma laboral de 2012 exige la expresión de los criterios de selección tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, a lo que habrá que atenerse.

Así, el art. 51.2 ET “exige *en todo caso* la expresión de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”, tal y como lo expresan las SSTs de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013), de 20 de mayo de 2014 (rec. 276/2013), de 22 de mayo de 2014 (rec. 17/2014), y de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014). Para la STS de 22 de

³⁷⁸ Así lo expresa ROQUETA BUJ (2015), p. 41.

mayo de 2014 (rec. 17/2014), ello es así desde la entrada en vigor del RDL 3/2012, de 10 de febrero, es decir, el 12 de febrero de 2012, día siguiente al de su publicación oficial.

Aunque no se proporcione el listado nominativo de los trabajadores afectados, extremo que ni la normativa legal ni reglamentaria exigen, resulta de especial importancia tener presente la información relativa al número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, que sí que es obligatoria, como se ha estudiado. La importancia de esta información radica en el hecho de que es sobre dicha relación de número y clasificación profesional de trabajadores afectados sobre la que se aplicarán los criterios de selección de los que ha informado el empresario de manera clara, suficiente e inequívoca. Es precisamente sobre dicha relación de trabajadores genéricamente afectados sobre la que habrá que aplicar los criterios y así poder determinar los trabajadores concretos que efectivamente se verán afectados por las medidas extintivas a la finalización del procedimiento de despido colectivo. En otras palabras, los criterios de selección deben ponerse en conexión con el número (y clasificación profesional) inicial de afectados, siendo por ello necesario realizar una evaluación conjunta de ambas informaciones, de manera que así se pueda determinar de manera lógica qué trabajadores se verán finalmente afectados. Dicho análisis conjunto debe, por tanto, tenerse presente a la hora de hacer un juicio de suficiencia sobre la información proporcionada por el empresario, pues una puede complementarse con la otra, y ayudar a su mejor comprensión.³⁷⁹

Sobre la correcta aportación de los criterios de selección en este momento inicial del procedimiento de despido, y el cumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones informativas, los tribunales han fijado distintos parámetros que sirven de orientación al respecto.

En este sentido, y no cabe al respecto ninguna duda, la no aportación en absoluto de criterios de selección durante el período de consultas conlleva la nulidad del despido colectivo, atendiendo al hecho de que sin criterios es imposible valorar la causa alegada por el empresario. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013), señalando que “una real ausencia de criterios de selección, devaluará la negociación en el período de consultas, en cuanto los representantes de los trabajadores no podrán ofertar o contraofertas a las medidas empresariales, haciendo inútil el objetivo finalístico de período de consultas y el posterior y oportuno control judicial”.

³⁷⁹ Vid. en este sentido CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 159.

La jurisprudencia sobre el nivel de exigencia del requisito de aportar los criterios de selección tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, se encuentra en la STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013). En primer lugar, debe hacerse una contextualización, pues en el asunto enjuiciado la memoria explicativa recogía los criterios de selección expresados sin gran precisión, pero por otro lado dichos criterios fueron concretándose a lo largo del período de consultas, y además el empresario facilitó la relación nominativa de trabajadores afectados y el área en que prestaban servicios, lo que ayudaba a concretar los criterios al menos de forma deductiva. A este respecto, se añade la circunstancia de la “peculiar organización y contenido” de la empresa, que se dedicaba a servicios de muy distinta índole, por lo que el grado de afectación de los despidos en las distintas áreas era muy dispar y no resultaba tarea fácil englobar las afectaciones bajo criterios determinables.³⁸⁰

Las obligaciones documentales e informativas deben interpretarse conforme a las circunstancias concretas en que se proyectan, y del mismo modo sucede con la exigencia de expresar los criterios de selección. La STS de 18 de febrero de 2014 señala que hay que tener en cuenta el número de empleados en la empresa. De este modo, señala que no es lo mismo una empresa con muchos trabajadores, que una como la de que se trataba, que contaba con sólo 58 empleados, con lo que da a entender que en esos casos es más difícil concretar criterios de selección que se apliquen a todos los afectados. A este hecho hay que añadir la circunstancia ya señalada de las peculiaridades de la empresa y la diversidad de servicios que prestaba. Aunque a mi modo de ver, lo que es determinante para apreciar la suficiencia de los criterios aportados es el hecho de que en una penúltima reunión la empresa facilitó una mayor concreción de los criterios.

Con ello puede resumirse que, aunque en una fase inicial los criterios de selección se aporten de un modo genérico, debe tenerse en cuenta la información en su conjunto, como por ejemplo que se haya aportado también el listado nominativo de trabajadores afectados y sobre todo la mayor concreción de los criterios en un momento posterior, sin que la representación de los trabajadores lo discutiera en la negociación; con el añadido de las peculiaridades de la empresa de la que se trataba.

Otro supuesto que ya se ha mencionado al abordar la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013) y que sirve ahora de ejemplo es el de la inicial inclusión genérica de la totalidad de la plantilla, acompañada de unos criterios de selección imprecisos. Dicho aspecto no fue obstáculo para que se alcanzase un acuerdo, ya que a lo largo del proceso negociador

³⁸⁰ STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013), F.J. 6º. La empresa era el Instituto Técnico Agronómico Provincial, una entidad participada por la Diputación de Albacete.

se produjo la concreción de los criterios y de los afectados, y el Tribunal no consideró que ello mereciese ningún reproche jurídico, ya que la inicial afectación de toda la plantilla y la inconcreción (inicial) de los criterios estaba justificada por la incertidumbre que existía en aquel momento sobre la continuidad de la actividad de la empresa.

Recuérdese que los criterios de selección deben aplicarse dentro del marco de afectación inicial fijado por la empresa, delimitado en el requisito de expresar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados. Dicho marco de afectación inicial constituye el parámetro o perímetro dentro del cual debe operar la facultad empresarial de selección para designar a los trabajadores que finalmente serán despedidos. Por lo tanto, la empresa debe ceñirse a las “coordenadas de carácter funcional y territorial” indicadas, en palabras de ROQUETA BUJ,³⁸¹ por lo que la facultad empresarial no permite en principio designar para el despido a trabajadores que formen parte de centros, unidades o grupos, que no estuvieran inicialmente afectados por el despido, en sustitución de trabajadores de centros, unidades o grupos sí afectados. Si la empresa pretende designar a trabajadores de centros en principio no afectados, deberá haberlo indicado expresamente al inicio del procedimiento, y justificarlo de acuerdo con las causas alegadas y las circunstancias concretas del trabajador afectado.³⁸²

Ésta última cuestión la aborda la STSJ Galicia de 31 de marzo de 2014 (rec. 4478/2013), que pone ciertas cautelas al margen de maniobra de la empresa en el plano funcional, al señalar que “los despidos colectivos no están pensados para sustituir a los trabajadores ubicados en los centros de trabajo afectados por otros pertenecientes a centros de trabajo no afectados, sino para solucionar las situaciones de crisis reales y duraderas” (F.J. 7º).

Esta cuestión ha sido analizada en la doctrina por GOERLICH PESET,³⁸³ quien señala que, en caso de que la empresa pretenda aprovechar el procedimiento de despido colectivo

³⁸¹ ROQUETA BUJ (2015), p. 42 y 50. La SJS núm. 33 Barcelona de 10 de septiembre de 2014 (proc. 32/2014) prevé que se otorgue a la empresa la facultad de sobrepasar el perímetro del centro afectado, y extenderlo a la provincia, pero sólo si se contempla en el acuerdo alcanzado con la representación legal de los trabajadores. ROQUETA BUJ (2015), p. 50, cita también el supuesto inverso: que según la causa alegada las partes negociadores acoten el perímetro de afectación al marco específico en el que se proyecta la causa, aun siendo inferior al centro de trabajo (departamento, unidad, sección, etc.), de modo que la facultad de selección empresarial quede circunscrita a dicho ámbito.

³⁸² Sobre la posibilidad de afectar a trabajadores de centros, unidades o grupos inicialmente no afectados, para “salvar” a un trabajador de un centro, unidad o grupo sí afectado, es interesante tener en cuenta el alcance de la regla sobre prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, que sí que produce dichos efectos, de modo que es posible no afectar al representante si existe otro puesto funcionalmente equivalente –aunque el mismo esté fuera del perímetro de afectación–, y afectar a un trabajador que en principio no lo estaba (vid. en este sentido, Capítulo IV).

³⁸³ GOERLICH PESET (2014), p. 76-77.

para sustituir unos trabajadores por otros, lo correcto sería incluir expresamente medidas de movilidad geográfica en el escrito de comunicación inicial del procedimiento. En dichos supuestos, la selección de los trabajadores afectados por las medidas de movilidad geográfica se regirá conforme a unos criterios que la empresa debe indicar al inicio del procedimiento, a fin de que sean objeto de negociación en el período de consultas.

En definitiva, la delimitación de los criterios de selección de los trabajadores afectados atiende a las circunstancias concretas de la empresa en situación de crisis y al concreto ámbito de afectación de las causas de despido colectivo. Se trata de seleccionar a los trabajadores cuyos contratos o puestos se cohonestan con las circunstancias fácticas que llevan al despido: las causas.

1.1.1.d) i)- Finalidad de la obligación de expresar los criterios de selección

Expresar los criterios de selección tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo es un deber informativo que establece el art. 51.2 ET y art. 3 RPDC. La finalidad de esta obligación responde a la misma razón que el resto de deberes informativos que prevén dichos preceptos, que es, principalmente, permitir a la representación de los trabajadores comprobar si las medidas propuestas por el empresario se cohonestan con las causas aducidas para iniciar el procedimiento de despido. Con ello, los representantes de los trabajadores pueden proponer unos criterios alternativos, permitiendo una negociación efectiva con el fin de reducir el número de despidos o mitigar sus consecuencias. Con la indicación de los criterios, se exige al empresario la determinación de unos parámetros de tipo objetivo que ayuden a negociar qué trabajadores se verán finalmente afectados por las medidas extintivas,³⁸⁴ lo cual a mi entender resulta más útil de cara a la negociación que aportar, por ejemplo, el listado nominativo de trabajadores que van a verse afectados.

En este sentido, los criterios de selección constituyen una “información absolutamente capital”, en los términos en que lo expresa la SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012). Así, la misma Sentencia continúa señalando que la expresión de los criterios de selección no es una mera “exigencia formal” establecida con aras a negociar de buena fe,³⁸⁵ y tampoco un mero trámite para permitir cumplir las previsiones del art. 51.9 ET, en el que se establece la obligación para la empresa de abonar las cuotas de un convenio

³⁸⁴ CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 162.

³⁸⁵ En este sentido se expresan la STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012); y STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012).

especial con la Seguridad Social en casos de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 o más años de edad;³⁸⁶ sino que se trata, eso sí, de un “presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos”, por lo que el requisito estaría relacionado con el fondo de la decisión extintiva. En resumidas cuentas, la Sentencia señala que los criterios de selección deben estar relacionados con la “pérdida de utilidad” de los contratos de dichos trabajadores como consecuencia de la causa alegada por la empresa, es decir, hay que acreditar la causa, y hay que acreditar sobre qué contratos de trabajo se proyecta dicha causa.³⁸⁷

Para BLASCO PELLICER,³⁸⁸ la exigencia de incluir los criterios de selección en el escrito inicial del período de consultas se relaciona estrechamente con el control de razonabilidad de las causas alegadas, por lo que resulta necesario conocer los criterios a fin de discernir si los mismos son adecuados y coherentes con la causa alegada. BLASCO PELLICER lo califica como un “control tenue”, que no puede sobrepasar los límites de la razonabilidad para convertirse en un juicio de oportunidad que no corresponde realizar más que al empresario.

De este modo, los criterios de selección se convierten en un elemento clave para el control de las causas del despido, por lo que constituyen un elemento imprescindible para valorar la adecuación entre la causa alegada y los contratos de trabajo afectados.³⁸⁹ Por ello, como ya se ha comentado, si la empresa no aporta los criterios de selección para designar a los trabajadores afectados, se incurriría en causa de nulidad del despido, pues los criterios son el presupuesto para que la extinción se apoye en causa justificada.³⁹⁰

³⁸⁶ En este sentido, la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012) considera que la omisión de los trabajadores afectados o de los criterios de selección impide aplicar las previsiones del art. 51.9 ET sobre el convenio especial para trabajadores de 55 o más años de edad.

³⁸⁷ SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012), F.J. 7º: “Los criterios de selección cobran un especial protagonismo puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada”. La Audiencia hace una síntesis de la actual normativa sobre el despido colectivo, especialmente en materia de causas, y la relaciona con los criterios de selección y su importancia. Insiste también en la importancia de los criterios de selección en relación con el control de la causalidad del despido, CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 162, quien remarca que el conocimiento de los criterios de selección por parte de los representantes de los trabajadores es decisivo para el correcto desarrollo del período de consultas, ya que les permite realizar un control de pertinencia o adecuación sobre las causas alegadas por la empresa. En el mismo sentido, ya citados anteriormente, se pronuncian en la doctrina VIVERO SERRANO (2013), p. 3-4; y ROQUETA BUJ (2015), p. 29.

³⁸⁸ BLASCO PELLICER (2009), p. 122.

³⁸⁹ Así lo señala, por todas, la SAN de 26 de julio de 2012 (proc. 124/2012); SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012); y la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012).

³⁹⁰ STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

En este sentido, sobre la relación de los criterios expresados por el empresario en la fase inicial del procedimiento con la adecuación de la causa alegada, se ha pronunciado en la doctrina VALDÉS DAL-RÉ, quien señala que la selección arbitraria de los trabajadores supone precisamente un indicio de la inexistencia de conexión con la causa.³⁹¹

Por su parte, como señala ROQUETA BUJ,³⁹² la aportación de los criterios de selección no constituye una exigencia “meramente formal”, sino que persigue garantizar la “efectividad del período de consultas”, facilitando la negociación con los representantes de los trabajadores e impidiendo que el empresario realice la selección de modo arbitrario o discriminatorio. Se trata, también, de asegurar el control de adecuación de la causa, lo cual supone una “función adicional nada desdeñable”.³⁹³

La indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, por un lado, y la indicación de los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores afectados, por otro lado, constituyen dos deberes documentales independientes y no sustituibles el uno por el otro, por lo que no deben confundirse.³⁹⁴

1.2.- Trámite de negociación en el período de consultas

El período de consultas constituye uno de los elementos principales del procedimiento de despido colectivo, en el que la empresa y los representantes de los trabajadores negocian con vistas a alcanzar un acuerdo relativo a las medidas que el empresario pretende

³⁹¹ VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 6: “la arbitrariedad de la decisión empresarial en la designación de los empleados a su servicio que van a quedar afectados por la reducción de plantilla ofrece un indicio o prueba de la inexistencia de conexión funcional o instrumental entre las extinciones de los contratos de trabajo llevadas a cabo y la finalidad a la que éstas han de servir de superar la falta de rentabilidad o de eficiencia de los factores productivos en la empresa.” Ahora bien, cuando se refiere a la conexión funcional o instrumental con la *finalidad* a que han de servir, parece referirse a la redacción anterior que tenían las causas del despido colectivo, que ahora ya no sería aplicable. Aun así, es indudable que la designación arbitraria de los trabajadores puede llegar a poner en duda la justificación de las causas alegadas y que las medidas propuestas por el empresario deben permitir superar la situación económica negativa por la que atraviesa la empresa.

³⁹² ROQUETA BUJ (2015), p. 32.

³⁹³ ROQUETA BUJ (2015), p. 32.

³⁹⁴ Así lo advierte VIVERO SERRANO (2013), p. 3 y ss. También ROQUETA BUJ (2015), p. 33., quien señala que muchas veces las memorias explicativas de los despidos colectivos mezclan y confunden dichos elementos, lo que genera una mayor complejidad a la hora de controlar la justificación de las causas y la selección no arbitraria o discriminatoria de los afectados. Para ROQUETA BUJ, confundir ambos elementos puede llegar a permitir el recurso a criterios poco objetivos en despidos por causas económicas en los que los afectados son toda la plantilla en modo genérico, cuestión sobre la que se muestra crítica y que se ha comentado anteriormente.

adoptar. Este trámite o momento de negociación en el período de consultas constituye también, después del momento inicial de remisión del escrito de comunicación inicial, otra de las fases en las que cobra relevancia la determinación de los criterios de selección que servirán para designar a los trabajadores finalmente afectados por el despido.

En este sentido, en la doctrina no existe duda de que la negociación durante el período de consultas debe versar, entre otras cuestiones, sobre los criterios de selección para designar a los trabajadores afectados.³⁹⁵ El art. 51.2 ET y art. 7.1 RPDC, con idéntica redacción que el art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE, señalan que el período de consultas “deberá versar, *como mínimo*, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias”, lo que no excluye otros elementos de negociación, como señala el inciso “como mínimo”. Además, hay que tener presente la información y documentación inicial que debe aportar el empresario, y respecto de la cual el art. 7.1 RPDC se encarga de recordar que deberá estar a disposición de los representantes de los trabajadores “al inicio del procedimiento de consultas”. Dicha documentación, como ya se conoce, incluye el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como los criterios de selección a tener en cuenta para la designación de los trabajadores finalmente despedidos.

Por lo tanto, y realizando una “interpretación sistemática” de la regulación legal y reglamentaria, no cabe duda de que en el período de consultas se negociará sobre las causas del despido, sobre las medidas propuestas, sobre la razonabilidad y adecuación de las medidas propuestas en relación con la causa alegada, sobre las medidas dirigidas a atenuar las consecuencias de los despidos o a reducir su número, y también los criterios de selección para designar a los finalmente afectados. En consecuencia, los representantes de los trabajadores van a poder negociar con la empresa los criterios de selección inicialmente propuestos, lo cual puede determinar que se alcance un acuerdo sobre los mismos, lo que podría implicar la modificación o la mayor concreción de los criterios respecto a cómo los aportó la empresa en el escrito de comunicación inicial.³⁹⁶

En consecuencia, en el período de consultas se podrá negociar el alcance numérico, funcional y territorial de las medidas (es decir, el número y clasificación profesional de

³⁹⁵ Así, podemos citar GOERLICH PESET (2014), p. 100; ROQUETA BUJ (2015), p. 46-47.

³⁹⁶ ROQUETA BUJ (2015), p. 46. Sobre esta cuestión, STSJ País Vasco de 10 de diciembre de 2013 (rec. 1838/2013), que aborda un procedimiento en el que los criterios se acordaron en período de consultas, de modo que “si en el acuerdo constan o se acuerdan los criterios de selección, ello pone de manifiesto que fueron objeto de negociación”, aun cuando coincidían con los inicialmente propuestos por la empresa, lo que no desvirtúa su “carácter concordado”. También en el mismo sentido, SSTSJ País Vasco de 19 de febrero de 2014 (rec. 189/2014), y de 13 de mayo de 2014 (rec. 545/2014).

los trabajadores, así como su desglose territorial) y los criterios de selección para designar a los trabajadores finalmente afectados; pero la concreta individualización de los trabajadores finalmente afectados y que serán despedidos corresponde a la empresa en el ejercicio de la libre facultad de selección.³⁹⁷

Por otro lado, el período de consultas también reviste especial importancia, ya que es el momento en el que según los tribunales los representantes de los trabajadores deben alegar la pretendida ambigüedad o falta de suficiencia de los criterios de selección inicialmente propuestos por el empresario, a fin de que se pueda declarar la nulidad del procedimiento.³⁹⁸

1.2.1.- La importancia del período de consultas³⁹⁹

El art. 51.2 ET y art. 7.1 RPDC señala que el objeto del período de consultas será alcanzar un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en torno a las medidas proyectadas por la empresa en el marco del procedimiento de despido colectivo. Por ello, la negociación puede versar sobre cualquier aspecto que las partes estimen oportuno y en relación con el procedimiento.

La supresión del antiguo modelo de autorización administrativa ha dado paso a un modelo de “despido-directo”⁴⁰⁰ en el que se ha potenciado el papel del período de consultas.⁴⁰¹ La decisión empresarial viene así pues precedida de unas reglas de procedimiento que tienen por objeto que la decisión sea fruto de las consultas y la negociación con los representantes de los trabajadores afectados.⁴⁰² Un sector doctrinal ha criticado lo que considera el “excesivo formalismo” del período de consultas, lo cual genera inseguridad

³⁹⁷ STSJ Castilla y León de 28 de enero de 2015 (rec. 33/2015); y ROQUETA BUJ (2015), p. 47.

³⁹⁸ Así, por todas, STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014), y SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013).

³⁹⁹ Sobre despido colectivo y procedimiento de consultas, cabe destacar CRUZ VILLALÓN (1996); y BLASCO PELLICER (2013), p. 53 y ss. En la redacción dada al art. 51 ET por el ET de 1980, al período de consultas se le llamaba “período de discusión y consultas”, de modo que transmitía una idea de que en dicho período el empresario debía no sólo consultar con la representación de los trabajadores las medidas propuestas, sino también *discutir* con ellos sobre las mismas. Vid. a este respecto, ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 282.

⁴⁰⁰ En estos términos, MARTÍN VALVERDE (2016), p. 153.

⁴⁰¹ En la doctrina, DESDENTADO BONETE (2016), p. 32; ZUMALACÁRREGUI PITA (2016), p. 232 y ss.

⁴⁰² Así lo expresa MARTÍN VALVERDE (2016), p. 153.

jurídica, una elevada judicialización y un elevado volumen de nulidades, al menos durante los primeros años tras la reforma laboral.⁴⁰³

En el procedimiento de despido colectivo, adopta un papel muy importante la autonomía colectiva, aunque también se reserva un papel activo para la autoridad laboral. Se trata pues de un “procedimiento privado”, pero de carácter colectivo, debido al impacto económico y social que tiene la medida a adoptar por el empresario.⁴⁰⁴

La normativa contempla un contenido mínimo, pero no máximo, para el período de consultas, en línea con lo establecido en el art. 2 de la Directiva 98/59/CE. Así, el art. 7.1 RPDC, en relación con el art. 51.2 ET, señala un contenido mínimo, que viene definido por las “posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento”.⁴⁰⁵

Así lo ha venido confirmando el TJUE a través de varios pronunciamientos. En este sentido, la STJUE de 3 de marzo de 2011, asunto *Claes* [ECLI:EU:C:2011:119], reconoce el “carácter esencial del cumplimiento de los deberes documentales e informativos para que la participación de la representación de los trabajadores en el período de consultas sea completa y efectiva”. Por su parte, la STJCE de 16 de julio de 2009, asunto *Mono Car Styling* [ECLI:EU:C:2009:466], señala que los derechos de información y consulta tienen por finalidad beneficiar a los trabajadores de forma colectiva.⁴⁰⁶

De hecho, la importante STJCE de 27 de enero de 2005, asunto *Junk* [ECLI:EU:C:2005:59], señala que el art. 2 de la Directiva 98/59/CE “impone una obligación de negociación”, que supone un genuino deber de negociación con miras a alcanzar un acuerdo.⁴⁰⁷ Como consecuencia, el cumplimiento de los deberes de información y documentación durante el período de consultas supone uno de los elementos centrales del mismo, imprescindible para alcanzar el conocido como “efecto útil” del período de consultas.⁴⁰⁸

El Tribunal Supremo también ha señalado que la información facilitada a los representantes de los trabajadores debe ser “lo más completa posible”, de suerte que dicha información sea lo suficientemente expresiva para conocer las causas que motivan el

⁴⁰³ ZUMALACÁRREGUI PITA (2016), p. 236.

⁴⁰⁴ Así lo considera SÁEZ LARA (2015), p. 71.

⁴⁰⁵ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (2012), p. 19.

⁴⁰⁶ Así lo destaca también ARASTEY SAHÚN (2016), p. 289.

⁴⁰⁷ Así lo expresa también POSE VIDAL (2016), p. 263.

⁴⁰⁸ Vid. POSE VIDAL (2016), p. 263.

despido.⁴⁰⁹ En este sentido, la omisión informativa y documental “afecta a la verdadera existencia del período o fase de consultas, impidiendo la negociación efectiva”.⁴¹⁰

Pues bien, es en este marco del período de consultas y con los parámetros establecidos por los tribunales donde el empresario y los representantes de los trabajadores deberán negociar para intentar acordar, entre otras cosas, los criterios de selección para designar a los trabajadores que van a ser despedidos.

Tras la reforma de 2012, algunos autores destacan el papel fundamental que adopta ahora el período de consultas en el procedimiento de despido colectivo en general, y en la negociación de los posibles criterios de selección en particular, lo cual podría interpretarse como una disminución de la libertad con la que cuenta el empresario para designar a los trabajadores afectados.⁴¹¹ De ahí la importancia de ofrecer en el período de consultas todos los datos necesarios para negociar, como la clasificación profesional de los trabajadores y unos criterios de afectación que no sean genéricos, como señala la STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012).

Asimismo, la supresión de la autorización administrativa previa en los supuestos de despido colectivo ha supuesto una “revalorización” del período de consultas.⁴¹² Téngase en cuenta que el período de consultas incluye no sólo la puesta en conocimiento de los representantes de una serie de información que les afecta, sino que además su finalidad es “facilitar el control y la influencia de su opinión” sobre las decisiones que va a adoptar el empresario y que suponen sacrificios para los intereses que los representantes representan, con el fin de garantizar que las medidas adoptadas son congruentes con la causa alegada; y todo ello en el marco de la “procedimentalización” del proceso decisorio con la participación activa de los representantes de los trabajadores.⁴¹³ Este énfasis al carácter negociador del período de consultas debe ponerse en relación con la distinción conceptual que la Directiva 2002/14/CE en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores hace entre “información” como simple transmisión o puesta en conocimiento de algo, y “consultas” como un intercambio de pareceres que deriva en una negociación.

⁴⁰⁹ STS de 20 de marzo de 2013 (rec. 81/2012).

⁴¹⁰ STS de 19 de noviembre de 2013 (rec. 78/2013).

⁴¹¹ Así lo señala LLOBERA VILA (2013), p. 210-211. También PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 55 y ss.

⁴¹² Así lo señala MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 30.

⁴¹³ Ésta es la conclusión de MONEREO PÉREZ (2012a), p. 69.

Eso sí, queda “meridianamente claro”, como señala MONEREO PÉREZ, que el período de consultas no cuestiona la titularidad de la facultad de despedir, que corresponde al empresario, pero sí que implica, y no se puede negar, que, además de una mayor transparencia en la información, los representantes legales de los trabajadores van a tener una cierta capacidad para mediatizarlo y condicionarlo.⁴¹⁴

No en balde, la propia Directiva 98/59/CE, en el art. 2.3 señala que el período de consultas es “a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas”. Los tribunales han señalado que el período de consultas es el marco en el que los representantes de los trabajadores pueden formular propuestas constructivas a fin de evitar o reducir el número de extinciones proyectadas por la empresa, o mitigar sus consecuencias socialmente negativas, sometiendo dichas propuestas a un debate y negociación con la contraparte, con vistas a alcanzar un acuerdo.⁴¹⁵ También hay que volver a citar la jurisprudencia europea, pues como señala la STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto *Akavan* [ECLI:EU:C:2009:533], “la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos”. En definitiva, se observa la especial relevancia de la aportación de determinados extremos informativos en el período de consultas, a fin de que las partes puedan negociar al respecto.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento normativo a la importancia del período de consultas, algunos autores han destacado la adopción por muchas empresas de estrategias de tacticismo, según las cuales dan inicio al período de consultas con una propuesta ficticia que va más allá de las intenciones reales de la empresa, de suerte que en la negociación durante el período de consultas se rebajan las pretensiones (ficticias) iniciales y se acometen finalmente los planes realmente ideados por la empresa.⁴¹⁶ Un ejemplo de ello sería, por ejemplo, proponer un número de despidos mayor que el realmente deseado por la empresa, a fin de reducir su número en el marco del período de consultas.

⁴¹⁴ Vid. MONEREO PÉREZ (2012a), p. 77.

⁴¹⁵ STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proc. 19/2012), F.J. 4º: “el fundamento del deber de información que [la Directiva 98/59/CE] impone al empresario es que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas durante el transcurso de las consultas”.

⁴¹⁶ Así lo aprecia, PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 60.

1.2.2.- La negociación colectiva en el período de consultas⁴¹⁷

El período de consultas durante el procedimiento de despido colectivo supone un supuesto específico de negociación colectiva.⁴¹⁸ Los tribunales se han manifestado en esa línea, tal y como señala la SAN de 13 de marzo de 2013 (proc. 4/2013), con cita a la STS de 30 de junio de 2011 (rec. 173/2010), y SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012).⁴¹⁹ Con todo ello, el desarrollo de la negociación en el período de consultas reviste una especial importancia de cara a un futuro control judicial del despido colectivo, que valorará el desarrollo de dichas consultas.⁴²⁰

En el período de consultas rige el deber de negociar de buena fe, principio que informa toda forma de negociación colectiva, y además lo hace con los mismos criterios que la doctrina y jurisprudencia han aplicado respecto al deber de buena fe en la negociación de los convenios colectivos.⁴²¹ Como se sabe, dicho deber de negociar de buena fe no obliga a las partes a alcanzar un acuerdo, pero sí a intentar alcanzarlo de forma seria, regidos por una voluntad de diálogo y discutiendo en modo efectivo las distintas medidas propuestas y contrapropuestas.⁴²² En este sentido, se trata de mostrar una “actitud abierta y dialogante” en las reuniones, sin necesidad de aceptar las propuestas de la contraparte.⁴²³

⁴¹⁷ Sobre esta cuestión en profundidad, es de interés citar SÁEZ LARA (2014).

⁴¹⁸ Así lo señala ALFONSO MELLADO, FABREGAT MONFORT (2015), p. 75-77.

⁴¹⁹ En este sentido, el período de consultas es “una manifestación típica de la negociación colectiva, cuya finalidad es tratar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”, como señala la SAN de 13 de marzo de 2013 (proc. 4/2013), F.J. 5°.

⁴²⁰ Vid. BODAS MARTÍN (2012), p. 518 y ss.

⁴²¹ Vid. STS de 20 de junio de 2018 (rec. 168/2017), que admite que la parquedad de las propuestas realizadas por la empresa se debía a la mala situación económica de la misma. Sobre la buena fe en el período de consultas, en la doctrina es de destacar CABEZA PEREIRO (1995); PALOMO BALDA (2016); SÁEZ LARA (2015), p. 148-154; GARCÍA BLASCO (1981), p. 193-215; NORES TORRES (2000), p. 206-210; REGUERO CELADA (2003), p. 411-423. Vid. también BLASCO PELLICER (2013), p. 60; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2012a), p. 3; GOERLICH PESET (2014), p. 100 y ss.; y AGUILAR GONZÁLEZ, PÉREZ DEL RÍO (1996), p. 141.

También en los Acuerdos Confederales para la negociación colectiva se contemplan criterios sobre la buena fe en la negociación colectiva que hay que entender aplicables al período de consultas, tal y como señala SALA FRANCO (2005), p. 449.

⁴²² Así lo ha señalado la STS de 9 de marzo de 1998 (rec. 2061/1997), y la STSJ Cataluña de 26 de febrero de 1998 (rec. 8449/1997). Vid. también NORES TORRES (2000), p. 206-210. Sobre el contenido del deber de buena fe en el período de consultas, vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 66, donde enumera supuestos de vulneración del principio de buena fe, con cita a jurisprudencia y doctrina. El deber de buena fe “obliga a negociar pero no a pactar”: SSTSJ Galicia de 6 de julio de 2012 (proc. 12/2012), y de 19 de julio de 2012 (rec. 8/2012).

⁴²³ Al respecto, vid. STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proc. 19/2012), con cita a la SAN de 4 de abril de 2013 (proc. 66/2013), en la que se señala que las partes cumplieron el mandato legal cuando

También hay que señalar que el principio de negociación de buena fe obliga a las partes negociadoras a intentar alcanzar un acuerdo, pero no a ponerse de acuerdo.⁴²⁴

En la STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proc. 19/2012) se declaró nulo el despido colectivo por infracción del principio de buena fe que debe regir la negociación en el período de consultas. En este sentido, la empresa mostraba una posición “inamovible e inflexible” de extinguir el mismo número de contratos que inicialmente había previsto, sin aceptar ninguna alternativa del banco social. La conducta de la empresa se manifestó de varias maneras, siendo de destacar que la misma designase desde el primer momento los concretos trabajadores afectados por el despido, comunicándoles tal decisión, y rechazar de plano la posibilidad propuesta por el banco social de incorporar un criterio de selección basado en la adscripción voluntaria.⁴²⁵

1.3.- Resultado final: comunicación del resultado del período de consultas, con o sin acuerdo⁴²⁶

El art. 51.2 ET señala que tras la finalización del período de consultas, el empresario deberá comunicar a la autoridad laboral “el resultado” del mismo.⁴²⁷ Dicho precepto distingue dos supuestos: que se haya alcanzado acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y que no se haya alcanzado dicho acuerdo. En caso de haberse alcanzado acuerdo, el precepto exige trasladar una copia del mismo a la autoridad laboral, mientras que en caso de no alcanzarse acuerdo, el precepto exige que el empresario remita a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral “la decisión final” que adopte, así como las condiciones en que va a llevarse a cabo el despido colectivo. Los dos supuestos precisan ser estudiados de forma separada.

“cruzaron ofertas y contraofertas”, y además ello les permitió alcanzar un acuerdo, de modo que se redujo el número de despedidos, se mejoraron las indemnizaciones y se pactaron medidas de recolocación. También en una línea similar, SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012).

⁴²⁴ En la doctrina, GOERLICH PESET (2014), p. 100; y SSTSJ Navarra de 30 de julio de 2014 (recs. 213/2014 y 259/2014).

⁴²⁵ STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proc. 19/2012). En el mismo sentido, la STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (proc. 17/2012), en la que la empresa mostró una posición inamovible, negándose a plantear negociación sobre las propuestas ofrecidas por el banco social.

⁴²⁶ Vid. PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 170-172.

⁴²⁷ Sobre la comunicación del resultado del período de consultas –con o sin acuerdo– a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores, vid. GULLÓN RODRÍGUEZ (2016).

1.3.1.- Acuerdo alcanzado en el período de consultas⁴²⁸

Tanto en el supuesto en el que se alcanza acuerdo en el período de consultas, como aquel en el que no se alcanza, la decisión de despido colectivo corresponde al empresario.⁴²⁹ En cualquier caso, cabe recordar que el período de consultas es el “centro de gravedad” de la regulación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012, tal y como se ha comentado en apartados anteriores. En esa línea, el período de consultas puede finalizar con acuerdo o sin acuerdo con los representantes de los trabajadores. Si bien no es obligado alcanzar un acuerdo, no hay duda de que el objetivo que persigue la ley para el período de consultas es que dicho acuerdo se alcance. La consecución del acuerdo a la conclusión del período de consultas supone así el “núcleo duro” del período de consultas tanto en los procedimientos de flexibilidad interna como en los procedimientos de flexibilidad externa como puede ser el de despido colectivo.⁴³⁰

Alcanzado el acuerdo a la finalización del período de consultas, en él habrá que incluir el número, clasificación profesional y desglose de los trabajadores afectados, el período previsto para la realización de los despidos, y también los criterios que vayan a tenerse en cuenta para la designación de los concretos trabajadores finalmente afectados; es decir, los extremos de la comunicación inicial, aunque en los términos en que hayan sido acordados.⁴³¹

En caso de alcanzarse acuerdo, la ejecución de los despidos por parte de la empresa deberá ceñirse al contenido de dicho acuerdo. Huelga decir también que el empresario, en la designación de los concretos trabajadores afectados, deberá ceñirse a los criterios acordados y al perímetro numérico, funcional y territorial de afectación del despido. En este sentido, se ha comentado que se consideran como vulneraciones del deber de buena fe las modificaciones realizadas con posterioridad a alcanzar el mismo, como se ha

⁴²⁸ Sobre la naturaleza del acuerdo alcanzado en período de consultas, vid. VILLA GIL (2016); y también FOLGUERA CRESPO (2016), p. 633-634, quien los considera “pactos de empresa”, que, según señala en p. 643, tienen análoga naturaleza a lo acordado en convenio colectivo. La STS de 2 de junio de 2014 (rec. 2534/2013), reiterada en SSTs de 22 de julio de 2015 (recs. 2127/2014, 2161/2014 y 2358/2014), señala que “el acuerdo logrado en el marco de un ERE y fruto de la negociación colectiva, tiene análoga eficacia a lo acordado en Convenio Colectivo; los pactos son claros y contienen todos los elementos necesarios para vincular a ambas partes, según el artículo 1261 del Código Civil. Los pactos alcanzan y vinculan a todos los trabajadores y empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de dichos Acuerdos y durante todo el tiempo de su vigencia”.

⁴²⁹ GOERLICH PESET (2012), p. 363.

⁴³⁰ SAN de 13 de marzo de 2013 (proc. 4/2013), con cita a la STS de 30 de junio de 2011 (rec. 173/2010), y SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012).

⁴³¹ Vid. ROQUETA BUJ (2015), p. 49.

señalado en el despido colectivo que afectaba al Ente Público Radio Televisión Valenciana.⁴³²

Por su parte, la no inclusión de los criterios de selección en el acuerdo alcanzado en el período de consultas, es causa de nulidad del procedimiento, como se estudiará en el Capítulo V. En este sentido, la STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1183/2013) señala que al finalizar el período de consultas, cuando se alcanza un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, en dicho acuerdo deben fijarse los criterios de selección para la designación de los concretos trabajadores afectados, con las modificaciones que a lo largo del período de consultas hubieran sufrido con respecto a la propuesta inicial de la empresa. Al fin y al cabo será habitual que los representantes de los trabajadores hayan podido conseguir alguna modificación respecto a las propuestas inicialmente planteadas por la empresa.

Es cierto que en el acuerdo alcanzado en el período de consultas puede redefinirse el marco o perímetro de afectación del despido, de modo que quepa limitarlo al estricto ámbito de afectación de las causas o, en circunstancias excepcionales, extenderlo. Tal es el supuesto de la SJS núm. 33 Barcelona de 10 de septiembre de 2014 (proc. 32/2014), ya citada anteriormente. Por su parte, en el acuerdo alcanzado, nada obsta a que el inicial marco de afectación se convierta en una lista nominada de trabajadores afectados que van a ser despedidos.⁴³³

En definitiva, el contenido del acuerdo es dispositivo.⁴³⁴ Ello significa que el contenido del acuerdo depende de la voluntad de las partes negociadoras, que pueden incluir todo tipo de medidas, aunque no se hayan abordado en el período de consultas. Ahora bien, el empresario sí que queda vinculado por su propuesta inicial, aunque en el sentido de no poder empeorarla o introducir modificaciones *in peius* –lo cual vulneraría el principio de buena fe–, pero sí mejorarlas o introducir modificaciones *in melius*.⁴³⁵ En este sentido, “la aceptación de un principio informador de flexibilidad negociadora plena es coherente con el objetivo sustancial de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias” ex art. 2.2 Directiva 98/59/CE.⁴³⁶

⁴³² STSJ Comunitat Valenciana de 4 de noviembre de 2013 (proc. 17/2012).

⁴³³ Así lo señala expresamente BLASCO PELLICER (2009), p. 110-111.

⁴³⁴ Así lo señala VILLA GIL (2016), p. 446.

⁴³⁵ Vid. a este respecto, VILLA GIL (2016), p. 446; y PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 67.

⁴³⁶ VILLA GIL (2016), p. 447; y SSTJCE de 16 de julio de 2009, asunto *Mono Car Styling* [ECLI:EU:C:2009:466], y de 10 de septiembre de 2009, asunto *Akavan* [ECLI:EU:C:2009:533]. También SSTS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012), y de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

Por otro lado, cabe destacar que la STS 13 de mayo 2019 (rec. 246/2018) ha señalado que, cuando el período de consultas concluye con acuerdo, no es exigible “notificar” a los representantes de los trabajadores, extremo que la ley reserva únicamente para los procedimientos que finalicen sin acuerdo.

1.3.2.- Decisión empresarial sin acuerdo y ejecución de los despidos por parte del empresario

La decisión final de despido colectivo adoptada por el empresario supone un trámite de especial importancia, ya que es el paso previo para poder ejecutar los despidos. En consecuencia, la no remisión a los representantes de los trabajadores de la decisión final de despido implicará la nulidad del procedimiento.⁴³⁷

El art. 51.2 ET señala que en caso de no alcanzar acuerdo a la finalización del período de consultas, el empresario deberá remitir a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral la “decisión final” de despido colectivo que haya adoptado y “las condiciones” de ejecución del mismo.

La comunicación de la decisión final del empresario reviste una especial importancia a partir de la reforma laboral de 2012 que suprimió la autorización administrativa para efectuar los despidos, en el sentido que puede entenderse que esta comunicación de la decisión final del empresario sustituye a la anterior autorización administrativa. La supresión de la antigua autorización administrativa ha supuesto el paso de un modelo de “despido-autorizado” a un modelo de “despido-directo” por parte del empresario, de ahí la relevancia en la normativa actual.⁴³⁸

La importancia de la decisión final del empresario también radica en el hecho de constituirse en presupuesto imprescindible o “premisa ontológica” para la posterior ejecución de los despidos para extinguir los contratos, así como constituir el objeto de una eventual impugnación judicial posterior ex art. 51.6 ET y art. 124 LRJS.⁴³⁹

El art. 12.1 RPDC regula la comunicación de la decisión final, aunque introduciendo algún elemento de confusión. Así, señala que, “en todo caso”, “comunicará” a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo. Dicha referencia cabe entenderla referida a comunicar a los representantes la

⁴³⁷ PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 65, y Capítulo V.

⁴³⁸ MARTÍN VALVERDE (2016), p. 153.

⁴³⁹ Así lo señala BLASCO PELLICER (2013), p.76-77.

decisión de despido colectivo, es decir, en aquellos supuestos en que no se haya alcanzado acuerdo.⁴⁴⁰

La referencia a “en todo caso” puede inducir a confusión, al poder apuntar que se refiere también a aquellos casos en que el período de consultas finaliza con acuerdo. Dicha interpretación no parece la más plausible, porque la disposición legal en el art. 51.2 ET sí que es clara al respecto, y el art. 12.1 RPDC se refiere a comunicar en todo caso la “decisión” de despido colectivo adoptada por el empresario, se entiende, sin acuerdo. Por otro lado, el precepto reglamentario se refiere al verbo “comunicar”, mientras que el ET habla de “remitir”, que en este caso deben entenderse como sinónimos.

La decisión final de despido colectivo es la que determina los distintos aspectos que delimitan el despido colectivo. En concreto, el art. 12.1 RPDC incluye un inciso que resulta de interés para el presente análisis, ya que señala que dicha comunicación se realizará “actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1” del RPDC, es decir las obligaciones documentales que acompañan el escrito de comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo.⁴⁴¹ El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define actualizar como “hacer actual algo”, y también como “poner al día datos”, lo cual se debe aplicar a los extremos cuya comunicación inicial exige el art. 3.1 RPDC, y que a los efectos que interesan en este análisis serían el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, debidamente desglosados; el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año en la empresa, también desglosados; el período previsto para la ejecución de los despidos; y, finalmente, los criterios a tener en cuenta para designar a los trabajadores que finalmente serán despedidos. Esas serían las “condiciones” del despido colectivo que el empresario debe comunicar y que atañen a cómo va a ejecutarse la decisión final que adopta ante la falta de acuerdo.⁴⁴²

El término “actualizar” es importante, pues implica que el empresario deberá poner al día aquellos elementos de la comunicación inicial que hayan sufrido alguna modificación

⁴⁴⁰ Vid. STS 13 de mayo 2019 (rec. 246/2018).

⁴⁴¹ En cuanto al art. 12.1 RPDC, BLASCO PELLICER (2013), p. 77, se muestra muy crítico, pues señala que dicho precepto mezcla cuestiones muy distintas, e incluso introdujo el conocido plazo de caducidad de 15 días desde la fecha de la última reunión. En el momento de la aprobación del RPDC, dicho plazo de caducidad no aparecía en la ley, por lo que el autor lo consideró ilegal. No obstante, el RDL 11/2013 introdujo el mencionado plazo de caducidad en el art. 51.2 *in fine* ET.

⁴⁴² Aunque el RPDC no indica nada al respecto, la doctrina entiende que la comunicación debe revestir forma escrita: BLASCO PELLICER (2013), p. 79.

durante el período de consultas o por voluntad del empresario.⁴⁴³ En este sentido, los tribunales han señalado que “la decisión de despido colectivo ha de incluir, como parte consustancial de la misma, los elementos que permitan la aplicación de ésta”, y ello incluye la referencia a los trabajadores afectados y, muy particularmente, a los criterios de selección a tener en cuenta, debidamente actualizados, si procediese.⁴⁴⁴ De este modo, la no aportación de dichos extremos en el momento de la decisión final de despido, puede llevar a la declaración de nulidad del despido ex art. 124.11 LRJS, como se estudia en el Capítulo V.

De no aportar dichos extremos en este momento de adopción de la decisión final de despido, los trabajadores afectados, la representación de los mismos, los órganos jurisdiccionales o cualesquiera otros operadores jurídicos que pudieran realizar un control sobre la legalidad de los despidos, no dispondrían de elementos de juicio suficientes para valorar el carácter ajustado o no a derecho de los despidos. Así, para determinar si un trabajador en concreto ha sido correctamente incluido en un despido colectivo, es imprescindible conocer los elementos que sirven para la ejecución o aplicación del mismo, de modo que de la aplicación de los criterios de selección acordados o, en el presente caso, decididos por la empresa, se pueda deducir de modo lógico y razonable la inclusión de determinados trabajadores sin incurrir en arbitrariedad.

Por lo tanto, y no cabe ninguna duda al respecto, entre los extremos de los que hay que informar y actualizar en el momento de la adopción de la decisión final de despido, están los criterios de selección, por lo que no bastaría señalar en modo genérico el número de trabajadores que serán despedidos, sin mayor concreción.⁴⁴⁵

A mayor abundamiento, tampoco cabría la remisión genérica a los extremos tal y como se comunicaron en el escrito de inicio del período de consultas, aun cuando la propuesta final de la empresa coincidiera con la inicialmente planteada.⁴⁴⁶ La SAN de 28 de marzo de 2014 (proc. 44/2014) afirma que “la actualización de los extremos de la comunicación se constituye en *deber inexcusable* del empresario, cuando se modifique su propuesta inicial, especialmente cuando no concurra acuerdo”, pues en virtud del principio de actualidad

⁴⁴³ ROQUETA BUJ (2015), p. 58, y SAN de 28 de marzo de 2014 (proc. 44/2014).

⁴⁴⁴ STSJ Castilla y León de 28 de enero de 2015 (rec. 33/2015).

⁴⁴⁵ La STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1183/2013) señala que al finalizar el período de consultas, si no hay acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, la adopción de la decisión final de despido por parte del empresario debe fijar también los criterios de selección. ROQUETA BUJ (2015), p. 49, señala que si no hay acuerdo, “será el empresario quien proceda a la delimitación abstracta de los trabajadores afectados”.

⁴⁴⁶ Así lo considera ROQUETA BUJ (2015), p. 60.

de la medida, ésta ya no puede fundarse en las causas o extremos alegados al inicio del procedimiento, sino en las condiciones de ejecución del despido que se plantean al final del procedimiento tras el período de consultas.

La obligación de aportar los criterios de selección en el momento de la decisión final de despido, no puede ser sustituida tampoco por la entrega a los representantes de los trabajadores del listado de trabajadores afectados.⁴⁴⁷ Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo, pudiendo citar la STS de 20 de mayo de 2014 (rec. 276/2013), que señala que “la relación nominativa no basta y la mención de criterios es necesaria”.

Lo mismo cabe afirmar del extremo relativo al número y clasificación profesional de los afectados y su desglose territorial, que debe constar a fin de que cada trabajador pueda controlar su correcta inclusión o no en el despido.⁴⁴⁸ Por lo tanto, también hay que actualizar en esta fase los datos relativos al número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, de modo coherente con lo expresado al inicio del período de consultas y con el desarrollo del período de consultas. De no alcanzarse acuerdo, la decisión final del empresario puede perfectamente identificar a los trabajadores que van a ser despedidos.⁴⁴⁹

Por otro lado, y como se estudiará en el Capítulo IV, en su decisión final el empresario debe justificar la hipotética inclusión como despedidos de trabajadores que gocen de prioridad de permanencia legalmente reconocida, como los representantes legales de los trabajadores, o también, por extensión, la inclusión de trabajadores pertenecientes a otros colectivos a quienes se les haya reconocido dicha prioridad por vía convencional.⁴⁵⁰

1.3.2.a)- Principio de congruencia con la comunicación inicial

⁴⁴⁷ ROQUETA BUJ (2015), p. 60, y STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1183/2013).

⁴⁴⁸ BLASCO PELLICER (2009), p. 123, en relación a los expedientes de regulación de empleo con autorización administrativa antes de la reforma de 2012, señalaba que la autorización administrativa no podía convertirse en un “cheque en blanco” que facultase al empresario a efectuar los despidos como estimase conveniente, sino que debía incorporar los criterios de selección a fin de que el empresario se ciñese a ellos en el momento de ejecutar los despidos. Pues bien, tras la reforma laboral de 2012, la ya antigua autorización administrativa cabría equipararla a la decisión final del empresario, quien, finalizado el período de consultas, y especialmente en los supuestos en que no se haya alcanzado acuerdo, adopta unilateralmente la decisión de despido. Dicha decisión de despido debe seguir los criterios de selección fijados por el empresario, en coherencia con los planes expresados inicialmente y con el desarrollo del período de consultas.

⁴⁴⁹ Así lo considera BLASCO PELLICER (2009), p. 111.

⁴⁵⁰ Art. 13.2 RPDC: “La empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.”

A la hora de fijar los criterios de selección en este momento de ejecución de la decisión final del empresario en procedimientos de despido colectivo que finalicen sin acuerdo, debe establecerse un principio de correspondencia o coherencia con, en primer lugar, las causas y extremos que la empresa alegó en el momento de iniciar el período de consultas, y, en segundo lugar, el desarrollo mismo del período de consultas y los eventuales acuerdos parciales que se hayan alcanzado a falta de un acuerdo global.⁴⁵¹

Ello es así porque, a pesar de que en procedimientos de despido colectivo que finalicen sin acuerdo la facultad de seleccionar a los trabajadores corresponde de modo discrecional a la empresa, esta facultad va a venir condicionada, por el respeto al principio de negociación de buena fe y a la prohibición de abuso de derecho, así como sujeta al llamado principio de correspondencia, congruencia o coherencia con los extremos alegados al inicio del procedimiento y el desarrollo del período de consultas. En consecuencia, no resulta admisible que en este momento de ejecución de la decisión final, el empresario aplique unos criterios absolutamente desconectados de los extremos comunicados al inicio del procedimiento o de las consideraciones manifestadas a lo largo del período de consultas. Recuérdese que los planes de la empresa deben ser sometidos a negociación en el período de consultas, con lo que la formulación de unos planes completamente distintos a la finalización del período de consultas, supondría hurtar a los representantes de los trabajadores su derecho a negociar sobre las medidas propuestas para mitigar sus consecuencias o reducir su alcance. Esta postura viene respaldada en la doctrina por MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA,⁴⁵² pues las facultades empresariales no son ilimitadas, y ante una situación de desacuerdo, la empresa no puede adoptar medidas “con total desconexión de la plataforma establecida en el momento de promover el despido colectivo” (el período de consultas).

Por lo tanto, las condiciones de ejecución del despido en el momento de la decisión final deben guardar una correspondencia o coherencia con los planes iniciales del empresario, por lo que sólo cabe “actualizar” las condiciones, pero no fijar unas condiciones radicalmente distintas, que vulnerarían el deber de negociar de buena fe y podrían suponer abuso de derecho, privando además a la representación de los trabajadores de su derecho a negociar y proponer alternativas. Así, por ejemplo, no sería posible incrementar el

⁴⁵¹ BLASCO PELLICER (2013), p. 79, señala que “todo el conjunto de medidas deben ser congruentes con el proyecto presentado al inicio de las consultas que dio origen a la fase colectiva del procedimiento de los despidos”.

⁴⁵² MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013), p. 45; también en el mismo sentido VILLA GIL (2016), p. 455.

número de trabajadores afectados o incluir medidas gravosas que no hayan sido objeto de negociación en el período de consultas.

VILLA GIL,⁴⁵³ señala que se trata de una limitación del poder de dirección a la propuesta inicialmente planteada, pues la decisión final y la propuesta inicial deben guardar una coherencia. En este sentido, no podrían modificarse peyorativamente –y aunque no lo dice expresamente, entiendo que sí que cabe la afectación *in melius*– extremos como el número de trabajadores afectados, la clasificación profesional de los afectados, el período previsto para realizar las extinciones, y los criterios de selección para designar a los afectados.

1.3.2.b)- La vinculación de las propuestas realizadas en período de consultas

La correspondencia o coherencia con los planes inicialmente propuestos por la empresa no parece generar mayor complicación; ahora bien, falta señalar qué es lo que hay que tener en cuenta respecto al período de consultas.

En primer lugar, se plantea la duda de si las propuestas y contrapropuestas realizadas en el marco del período de consultas resultan vinculantes para la empresa; y aquí hay que referirse tanto a las que realiza ella misma como las que propone la representación de los trabajadores. A este respecto, la doctrina señala que, más allá del deber de negociar conforme al principio de buena fe, las propuestas y contrapropuestas planteadas durante el período de consultas no vinculan a la empresa en caso de no acuerdo.⁴⁵⁴ De hecho, la cuestión de las propuestas y contrapropuestas realizadas en el período de consultas se ha equiparado con la doctrina civilista de los “tratos preliminares” en la conformación de los contratos, de suerte que el intercambio de manifestaciones y propuestas que realizan las partes con vistas a suscribir un contrato “no constituyen per se ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata [...] pues se cierran con la celebración del contrato o bien con la ruptura de los tratos”.⁴⁵⁵

⁴⁵³ VILLA GIL (2016), p. 452.

⁴⁵⁴ Sobre ello, GODINO REYES (2016), p. 357-362, quien señala –a mi modo de ver acertadamente– que, si se admitiera el carácter vinculante de los “avances” en la negociación, se desincentivaría cumplir con el objetivo del período de consultas, que es alcanzar un acuerdo. De hecho, todo acuerdo tiene naturaleza global, y asume la aceptación de unas propuestas y la renuncia a otras, por lo que incluye la idea de transacción, que necesariamente deberá ser de conjunto.

⁴⁵⁵ Así lo señala en la doctrina civilista DÍEZ-PICAZO (1983), p. 200-201.

En términos similares se ha expresado la doctrina iuslaboralista respecto a la negociación colectiva, señalando que la negociación de convenios colectivos se trata de “un negocio jurídico de formación compleja, pero de perfeccionamiento en un solo acto”, por lo que “la existencia de una serie de actos previos (como los preacuerdos, las actas parciales o los textos preparatorios) no convierte al convenio colectivo en una actividad continuada en el tiempo y perfeccionada de forma sucesiva”.⁴⁵⁶ A mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo ha señalado que en la negociación de los convenios colectivos, las propuestas e incluso los preacuerdos alcanzados carecen de eficacia si no se alcanza un acuerdo global, con lo que no es obligado respetarlos.⁴⁵⁷

En consecuencia, las propuestas realizadas en el marco del período de consultas están orientadas a la consecución del acuerdo, por lo que las partes no quedan vinculadas a las mismas si la negociación finaliza sin acuerdo. Por ello, las propuestas planteadas por el empresario sobre las medidas y las condiciones de su ejecución, no le vinculan de cara a la decisión final si no se ha alcanzado el acuerdo;⁴⁵⁸ y tampoco le vinculan las propuestas del banco social que hubieran podido ser eventualmente aceptadas en algún momento de la negociación, aunque perfectamente podría asumirlas el empresario unilateralmente en su decisión final.

1.3.2.c)- Posibilidad de actualización in melius

Aun cuando no se haya alcanzado un acuerdo global, puede suceder que en el período de consultas se alcancen acuerdos parciales sobre algunas materias –por ejemplo, los criterios de selección, completamente o sólo sobre algunos–, o que la representación de los trabajadores formule propuestas que luego sean asumidas unilateralmente por la

⁴⁵⁶ QUESADA SEGURA, MÁRQUEZ PRIETO, VILA TIerno (2013), p. 576; y MERCADER UGUINA (2015), p. 740.

⁴⁵⁷ SSTS de 19 de junio de 1991 (rec. 1397/1990), y de 14 de junio de 1995 (rec. 289/1994): “los preacuerdos que se obtengan durante la negociación de un convenio colectivo, por su propia esencia carecen de entidad definitiva, pues por la propia dinámica del procedimiento negociador son susceptibles de modificarse en reuniones posteriores, abiertas, como es obvio, a la consideración de nuevas ofertas y contraofertas; que sólo el acuerdo final manifiesta el convenio colectivo.” También sobre la misma cuestión GODINO REYES (2016), p. 359.

⁴⁵⁸ Vid. GODINO REYES (2016), p. 359-360, quien señala que no es infrecuente que en el período de consultas la propia empresa señale expresamente la cautela de que las propuestas realizadas durante la negociación no necesariamente se van a mantener en caso de que no se alcance un acuerdo. Se trata de una cautela innecesaria pero conveniente. Por su parte, el mismo autor en p. 362, señala claramente que la decisión final del empresario no está conectada con las propuestas que haya realizado en el período de consultas, sino con la comunicación inicial, respecto de la cual debe regir el principio de congruencia tratado en el presente epígrafe.

empresa. Sobre esta cuestión cabe señalar que el marco normativo español no contempla la posibilidad de alcanzar acuerdos de carácter parcial.⁴⁵⁹

En este punto es donde debe enmarcarse la referencia a “actualizar” los extremos de la comunicación inicial a que se refiere el art. 12.1 RPDC, en el sentido de que la empresa puede actualizar sus planes iniciales conforme a los acuerdos parciales o puntos aislados de acuerdo alcanzados con la representación de los trabajadores en el período de consultas, o conforme a las propuestas formuladas por la representación de los trabajadores y que en principio no fueron acogidas o no dieron lugar en aquel momento a un acuerdo.

Aquí, distingo dos ámbitos del principio de congruencia al que hace referencia el término “actualizar”. Por un lado, y como entiende la doctrina al referirse a la necesaria congruencia, dicho principio conecta la decisión final del empresario con los extremos indicados en la comunicación inicial.⁴⁶⁰ La decisión final constituye el marco en el que la propuesta inicial despliega sus efectos, y, no siendo posible actualizar las causas del despido, los términos que habrá que actualizar, en su caso, son los relativos al número de afectados, período de ejecución de los despidos y criterios de selección de los trabajadores afectados, de suerte que la decisión final sea consistente y coherente con la comunicación inicial. Pero, por otro lado, el principio de congruencia también es predicable, a mi modo de ver, respecto de lo acontecido en el período de consultas. Me explico: si bien las propuestas planteadas a lo largo del período de consultas no son vinculantes,⁴⁶¹ defiendo la operatividad del principio de congruencia entendido como una “razonable conexión” entre la decisión final y aquello que ha acontecido en el período de consultas, lo cual a su vez conecta con el contenido de la comunicación inicial que en este punto se actualiza.

Ello significa que las propuestas realizadas en el marco del período de consultas no vinculan a la empresa, pero es evidente que dichas propuestas guardarán conexión con la comunicación inicial y con las circunstancias motivadoras del despido; por ello, entiendo que la decisión final debe guardar una razonable conexión, por motivos de lógica de la negociación, con las manifestaciones realizadas en el período de consultas. Así, no veo razonable que la decisión final del empresario estuviera absolutamente desconectada de las discusiones realizadas en el período de consultas, y actualizase los extremos de la comunicación inicial conforme a consideraciones no previstas en el período de consultas.

⁴⁵⁹ Así lo aprecia GODINO REYES (2016), p. 361.

⁴⁶⁰ Así lo señala GODINO REYES (2016), p. 363; y también BLASCO PELLICER (2013), p. 79, ya citado.

⁴⁶¹ GODINO REYES (2016), p. 363, señala con contundencia que las propuestas formuladas en el período de consultas finalizado sin acuerdo, no tienen “relevancia alguna” en el momento de adoptar la decisión final.

De hecho, la “actualización” de los extremos de la comunicación inicial se hace como consecuencia del transcurso del período de consultas.⁴⁶²

Resulta de interés comentar aquí el supuesto abordado en la SAN de 28 de marzo de 2014 (proc. 44/2014), en la que se declara la nulidad del despido por la reducción del número de afectados en un 38 % con respecto al volumen planteado inicialmente.⁴⁶³ Ahora bien, hay que hacer una matización, pues dicha sentencia no se refiere a una actualización de la medida final respecto de extremos no contemplados en el período de consultas; lo que ocurría precisamente en el asunto tratado es que la representación de los trabajadores había propuesto la reducción del número de afectados y la empresa había manifestado insistentemente que ello no era posible. La adopción de la decisión final atendiendo a la propuesta del banco social insistentemente negada por la empresa durante la negociación, es lo que lleva al tribunal a declarar la nulidad del despido.

En cuanto a la adopción de medidas finales no contempladas en el período de consultas, GOERLICH PESET,⁴⁶⁴ discrepa de la posición doctrinal partidaria de imputar en estos supuestos vulneración del deber de buena fe en la negociación, pues señala que el período de consultas ya ha concluido y no se ha alcanzado acuerdo. Pueden traerse a colación más argumentos a favor de considerar que, en cualquier caso, el empresario puede adoptar una decisión *in melius*, como por ejemplo que el objetivo de toda la regulación del despido colectivo es precisamente evitarlo, reducir su número de afectados o atenuar sus consecuencias. Por otro lado, el empresario puede optar también por el desistimiento de la medida, como evidencia el plazo de caducidad del art. 51.2 *in fine* ET, por lo que considero que una actualización *in melius* de la decisión final cabría considerarla, en cierto modo, como un desistimiento parcial de las medidas inicialmente propuestas.

En cualquier caso, aunque la empresa no esté vinculada por el desarrollo del período de consultas, la lógica de la negociación lleva en la mayoría de ocasiones a que la empresa adopte en la decisión final o bien propuestas planteadas por ella misma en el período de

⁴⁶² GODINO REYES (2016), p. 366, rechaza que la decisión final “innove” con respecto al período de consultas, adoptando medidas no planteadas en el período de consultas, pues se estaría hurtando a los trabajadores la posibilidad de conocer y aceptar medidas que podrían llevar a la consecución de un acuerdo; y todo ello comportaría una vulneración del deber de negociar conforme a la buena fe.

⁴⁶³ La Sentencia declara la nulidad por “haber desafectado unilateralmente al 38,09 % de los despedidos sin contrapartida alguna”, eludiendo negociar sobre dicha desafectación durante el período de consultas.

⁴⁶⁴ GOERLICH PESET (2014), p. 126.

consultas y rechazadas por la representación de los trabajadores,⁴⁶⁵ o bien propuestas planteadas por el banco social.

Esta actualización de los extremos de la comunicación inicial en línea con lo acontecido en el período de consultas, no haría incurrir a la empresa, por razones obvias, en una transgresión del deber de negociar de buena fe o en abuso de derecho, ya que las modificaciones que supone dicha actualización de las condiciones de despido –asunción de propuestas del banco social o propuestas empresariales más ventajosas– redundan en beneficio de los trabajadores,⁴⁶⁶ y guardan una conexión lógica con lo negociado en el período de consultas. En línea con ello, es perfectamente posible disminuir el número de afectados o aplicar medidas propuestas por los trabajadores o introducidas por el empresario y que atenúen los efectos de los despidos, lo que supone una mejora del alcance y condiciones de los extremos propuestos por la empresa (actualización *in melius*).⁴⁶⁷ En este punto considero que habría que aplicar un principio informador flexibilizador, en línea con lo comentado respecto al acuerdo alcanzado en período de consultas.

Otra cuestión diferente es que el empresario decida unilateralmente convertir todas o parte de las extinciones en suspensiones temporales de contrato, respecto de lo que BLASCO PELLICER, se muestra favorable, pues va en la línea de promover medidas de flexibilidad interna a fin de reducir los despidos.⁴⁶⁸ Ahora bien, dicha cuestión plantea el problema de no haber sido objeto de debate en el período de consultas, y de desconectarse sustancialmente de lo propuesto en la comunicación de inicio y de lo negociado en el período de consultas, por lo que creo que habría que apreciarlo con cautelas. En este sentido, GODINO REYES, señala que la aplicación de medidas alternativas más beneficiosas exige la premisa de haber sido propuestas por el banco social en el período de consultas.⁴⁶⁹ Pone como ejemplo la incorporación, en la decisión final de despido sin acuerdo, del criterio de selección basado en la adscripción voluntaria del trabajador, y matiza: “siempre que” se hubiera planteado en el período de consultas.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Como señala GODINO REYES (2016), p. 365, en un sentido similar, aunque referido a las medidas sociales de acompañamiento, el art. 12.2 RPDC señala que la decisión final “incluirá la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u *ofrecido* por la empresa”.

⁴⁶⁶ Así lo considera BLASCO PELLICER (2013), p. 80.

⁴⁶⁷ Así lo señala GODINO REYES (2016), p. 364.

⁴⁶⁸ BLASCO PELLICER (2013), p. 80.

⁴⁶⁹ GODINO REYES (2016), p. 365.

⁴⁷⁰ GODINO REYES (2016), p. 367.

El debate es interesante, pues plantea la cuestión de la inclusión de una medida claramente beneficiosa para los trabajadores, pero que no ha sido planteada en el período de consultas. Me posiciono de un modo similar a la postura doctrinal favorable a estas mejoras en la decisión final, en tanto que se trata de medidas claramente beneficiosas para los trabajadores que cumplen con el objetivo de reducir los despidos o atenuar sus consecuencias. Si bien en el caso de sustituir los despidos por suspensiones de contratos podría aparecer alguna duda –por tratarse de figuras jurídico-laborales distintas y con distinta regulación–, en el caso de incorporar el criterio de selección basado en la adscripción voluntaria del trabajador no veo ninguna duda, aun cuando no haya sido propuesto por el banco social. La incorporación de dicho criterio siempre redundará en beneficio del trabajador, ya siempre será preferible una afectación voluntaria a una afectación forzosa, y el interés empresarial suele atenderse a través de otros criterios concurrentes (rendimiento, productividad, coste económico, etc.), que no tienen por qué coincidir con los trabajadores que desean ser afectados voluntariamente. Es más, el planteamiento de este criterio en el momento de la decisión final no tiene por qué hurtar a la representación de los trabajadores su posibilidad de negociarlo, porque es perfectamente plausible que la empresa no lo hubiera contemplado inicialmente. Así, puede suceder que la empresa plantee inicialmente unos criterios acordes a sus intereses, y que al final del período de consultas, sin que por otra parte el banco social haya reclamado en ningún momento la inclusión del criterio de la adscripción voluntaria, y a la vista de que no se ha alcanzado un acuerdo, la empresa incorpore dicho criterio a fin de hacer menos gravoso el despido y reducir las eventuales impugnaciones judiciales futuras. Además, a fin de incentivar la afectación voluntaria, puede plantearse que la empresa contemple condiciones de despido más ventajosas para los que se adscriban voluntariamente al despido (por ejemplo, una mayor indemnización).⁴⁷¹

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la actualización de la decisión final. La STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) señala expresamente que “la decisión empresarial puede atender –al menos en parte– las pretensiones de la parte social y mejorar numéricamente –reduciéndolo– el número de trabajadores afectados, y, ello no implica que tales mejoras deban ir acompañadas de memoria explicativa o informe

⁴⁷¹ GODINO REYES (2016), p. 370, concluye que hay más argumentos a favor que en contra, pues no es compatible con el objetivo de evitar y reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, establecer obstáculos innecesarios a la afectación voluntaria de trabajadores.

técnico algunos”.⁴⁷² La mejora se refiere, en este caso, a cuestiones que forman parte de las pretensiones de la parte social, y por tanto se entiende que solicitadas por la misma.

Por lo que respecta a la actualización de los criterios de selección, GODINO REYES,⁴⁷³ considera que estos pueden sufrir variación, así como también el período previsto para la ejecución de los despidos; pero señala expresamente que siempre que dicha alteración con respecto a los criterios señalados en la comunicación inicial sea “justificada” y no esconda un “empeoramiento” de las previsiones de la comunicación inicial. Ello conecta con mi anterior razonamiento, relativo a que la actualización de los extremos de la comunicación inicial debe estar justificada, respetando el principio de congruencia con la comunicación inicial, y guardando una “razonable conexión” con el contenido del debate en el período de consultas, el cual, si bien no vincula al empresario, debe tenerse en cuenta en tanto que las manifestaciones allí vertidas se han realizado con ocasión del contenido de la comunicación inicial.

La modificación o alteración de los criterios de selección propuestos inicialmente plantea numerosos interrogantes. En primer lugar, parece claro que en el plano teórico, queda prohibida la actualización *in peius* de los extremos de la comunicación inicial, en virtud del principio de congruencia; lo cual, a su vez, no obsta a que el empresario realice una actualización *in melius*, por considerarse más beneficiosa para el trabajador. En este sentido, la actualización “cuantitativa” tampoco genera problemas: la reducción del número de afectados supone una actualización *in melius* que beneficia a los trabajadores y va en línea con el objetivo de reducir el número de despidos, mientras que el aumento del número de afectados, en especial si se hace de manera considerable, supone un perjuicio para los trabajadores con el añadido de que el exceso no ha sido objeto de negociación en el período de consultas. Pues bien, al plantear la cuestión de la actualización de los criterios de selección, el planteamiento es distinto, pues ya no se trata de una actualización “cuantitativa” (variación en el número de afectados), sino de una actualización “cualitativa”, es decir, de las condiciones en que se ven afectados los trabajadores que van a ser despedidos.

Si bien parece que esté claro que hay criterios de selección que atienden más al interés de la empresa y otros al interés de los trabajadores, habrá que estar al caso concreto para evitar las dudas. En este sentido, no tengo dudas de que si la actualización de los criterios de selección va en línea con las propuestas planteadas por el banco social en el período

⁴⁷² Sobre la supuesta irregularidad documental por “actualización” de los extremos planteados por el empresario, vid. Capítulo V.

⁴⁷³ GODINO REYES (2016), p. 364.

de consultas, dicha actualización es beneficiosa para los trabajadores y además guarda la razonable conexión con lo debatido en el período de consultas –por ejemplo, cuando el banco social propone a la empresa atender a criterios sociales como las cargas familiares–. Ahora bien, cuando la modificación de los criterios la hace “unilateralmente” el empresario, la cuestión se torna más dudosa. En este sentido, los criterios que atienden al interés social (personas con discapacidad, cargas familiares, etc.), habrán de reportarse como beneficiosos para los trabajadores. En cambio, otros criterios que atienden al interés de la empresa pueden resultar desventajosos para los trabajadores (coste económico, rendimiento y productividad, etc.) o plantear dudas (nivel de formación).⁴⁷⁴

Por su parte, y precisamente por aplicación del principio de congruencia, no es admisible alterar sustancialmente los extremos comunicados inicialmente, de suerte que se introduzcan medidas no propuestas inicialmente o se aumente el número de afectados (actualización *in peius*).⁴⁷⁵ De hecho, dicha modificación de los extremos inicialmente planteados desvirtuaría el período de consultas, que no habría podido cumplir su cometido con respecto a unas medidas que no fueron propuestas inicialmente. Así lo ha señalado con acierto GOERLICH PESET,⁴⁷⁶ indicando que respecto a dicho “exceso” no se ha realizado período de consultas alguno.⁴⁷⁷

Como conclusión, el principio de congruencia o coherencia también se predica, por supuesto, con respecto de las causas alegadas por el empresario al inicio del procedimiento, lo que supone cumplir con el juicio de adecuación. Así, como ha indicado la doctrina, los criterios de selección han de “servir de útil parámetro o guía para valorar el ajuste o adecuación de la causa alegada por el empresario para despedir a la finalidad perseguida por la medida extintiva”,⁴⁷⁸ por lo que habrá de estar atentos de que los

⁴⁷⁴ Recuérdese que en el presente epígrafe se aborda la decisión empresarial en ausencia de acuerdo en el período de consultas, pues, como ya se ha comentado, en caso de alcanzarse acuerdo, la decisión empresarial deberá ceñirse al contenido de dicho acuerdo, reportándose como vulneraciones del deber de buena fe las modificaciones realizadas con posterioridad a alcanzar el mismo. En este sentido, STSJ Comunitat Valenciana de 4 de noviembre de 2013 (proc. 17/2012), asunto RTVV.

⁴⁷⁵ MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013), p. 168-169, señalan como ejemplos de actualización *in peius* que se afecte a trabajadores de categorías profesionales distintas a las previstas inicialmente, o plantear medidas no previstas inicialmente. En un sentido similar, ALCÁZAR ORTIZ (2015), p. 254-255, quien matiza que la actualización de los extremos permite al empresario un “cierto margen” para cambiar la propuesta inicial.

⁴⁷⁶ GOERLICH PESET (2014), p. 126.

⁴⁷⁷ Un ejemplo de actualización cuantitativa *in peius*, se encuentra en la SAN de 29 de julio de 2014 (proc. 145/2014), que declara la nulidad del procedimiento de despido colectivo porque en la decisión final la empresa incrementó notablemente el número de afectados con respecto a la comunicación inicial, hasta el punto de afectar a la totalidad de la plantilla una vez iniciado el período de consultas.

⁴⁷⁸ Así lo expresa VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 5. Vid. también ROQUETA BUJ (2015), p. 66.

criterios de selección no impliquen una modificación de las causas de despido o denoten una incoherencia con las mismas.

1.4.- Fase de ejecución: ejecución individual del despido

En la fase individual del despido, el empresario ejecuta los despidos y aplica los criterios de selección, de modo que concreta qué trabajadores se verán afectados. Dicha fase individual, que sucede a la fase colectiva que se ha estudiado en los epígrafes precedentes, se analiza en el Capítulo V centrándose en el trámite más importante: la notificación de la carta individual de despido.

1.5.- Fase de control: el control jurisdiccional

Los tribunales realizan un control sobre la legalidad de los criterios de selección, bien sean decididos por el empresario o bien sean pactados, así como de su aplicación individualizada. Dicho control jurisdiccional se estudia en el Capítulo V.

2.- INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL Y OTROS TRÁMITES PROCEDIMENTALES

En el presente Epígrafe se estudia la intervención de la autoridad laboral a lo largo del procedimiento de despido colectivo, y en particular su papel en el período de consultas. En conexión con ello, se aborda también el papel de la Inspección de Trabajo, así como otros trámites que exige el procedimiento, como son el informe de la propia ITSS y el informe de los representantes de los trabajadores.

2.1.- La autoridad laboral

La autoridad laboral tiene un papel relativamente importante en varios momentos del procedimiento de despido colectivo. Es de destacar al inicio del procedimiento el trámite de remitirle a la misma la documentación con los extremos de la comunicación de inicio del período de consultas, así como también su papel de control y facilitador durante el propio período de consultas, dos funciones que se analizan en los siguientes epígrafes.

2.1.1.- Papel de la autoridad laboral al inicio del procedimiento: remisión de la comunicación y documentación inicial

El art. 6.1 RPDC, en conexión con el art. 51.2 ET, impone a la empresa la obligación de remitir a la Autoridad laboral, a la par que la comunicación de inicio del procedimiento a los representantes de los trabajadores, la documentación, entre otros, del art. 3 RPDC.⁴⁷⁹ Se trata de un trámite que tiene una clara vocación de control, atendiendo al hecho de que la propia autoridad estará legitimada posteriormente a impugnar el despido colectivo si aprecia fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, ex art. 148 b) LRJS.⁴⁸⁰ En este sentido, debe tenerse presente que a la autoridad laboral le corresponde un papel de “control indirecto” del despido colectivo, a través de la eventual impugnación judicial posterior.⁴⁸¹

2.1.2.- Papel de la autoridad laboral durante el período de consultas

Tras la reforma de 2012, la autoridad laboral ya no tiene una función autorizadora respecto del despido colectivo, aunque ello no ha implicado la desaparición por completo de sus funciones, sino más bien la reconfiguración de las mismas.⁴⁸² La reforma laboral de 2012 ha supuesto una reformulación del campo de actuación de la administración en el marco del despido colectivo,⁴⁸³ o también se ha referido la doctrina como un reposicionamiento de su papel,⁴⁸⁴ que ahora se limita a emitir recomendaciones y orientaciones a las partes, lejos de la fuerza coactiva que revestía la antigua función autorizadora.⁴⁸⁵

En la normativa española, el art. 10 RPDC regula las funciones de la autoridad laboral durante el procedimiento de despido colectivo, centradas en velar por la efectividad del

⁴⁷⁹ Sobre este trámite, vid. PALOMAR OLMEDA (2012b); SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2016), p. 611-615; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 81 y ss., y 162.

⁴⁸⁰ Vid. Capítulo V.

⁴⁸¹ Así lo ha señalado GOERLICH PESET (2012), p. 361.

⁴⁸² Así lo señala GOERLICH PESET (2012), p. 358.

⁴⁸³ En estos términos MERCADER UGUINA (2016), p. 404.

⁴⁸⁴ Vid. MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013), p. 58.

⁴⁸⁵ Sobre esta cuestión, CRUZ VILLALÓN (2014), p. 40; y MERCADER UGUINA (2016), p. 405. Sobre el papel de la autoridad laboral a la luz de la Directiva 98/59/CE, vid. STJUE de 3 de marzo de 2011, asunto *Claes* [ECLI:EU:C:2011:119]; y STJCE de 12 de febrero de 1985, asunto *Dansk* [ECLI:EU:C:1985:61], que señalan que la Directiva 98/59/CE (y las precedentes) otorga a la autoridad laboral una función de control del procedimiento de despido colectivo, sin condicionar la libertad empresarial para efectuar o no los despidos.

período de consultas, y reconociendo la posibilidad de realizar advertencias y recomendaciones a las partes.

El art. 4.2 de la Directiva 98/59/CE otorga a la autoridad laboral una amplia libertad de acción en su actuación, así como el papel de buscar soluciones a la crisis planteada.⁴⁸⁶ Así, tras la reforma laboral de 2012, el papel de la autoridad laboral ha sido reconfigurado y, en ciertos aspectos, salido reforzado, ya que ahora podrá formular advertencias y recomendaciones a las partes durante el proceso negociador, lo que le confiere un cierto papel interviniente en la negociación.⁴⁸⁷ En la doctrina, MONEREO PÉREZ, señala que la Directiva 98/59/CE “no concibe la intervención y el papel de la autoridad pública interviniente como un poder meramente pasivo, sino como un poder activo, de apoyo y ayuda a los procesos deliberativos inherentes al período de consulta-negociación colectiva de las operaciones de reestructuración empresarial”.⁴⁸⁸ Señala el mismo autor que se trata de “un control administrativo instrumental enteramente al servicio de la autenticidad funcional del período consultivo”.⁴⁸⁹ Ahora bien, se trata de una posición de la administración “cuyos límites y alcance están por definir prácticamente en todos los planos”.⁴⁹⁰

Los tribunales también han respaldado esta interpretación. La STS de 18 de marzo de 2014 (rec. 114/2013) señala que “la reforma legal operada en 2012 en materia de despido colectivo reorienta la función de la autoridad laboral, a quien asiste la Inspección de Trabajo”. La STSJ País Vasco de 23 de junio de 2015 (proc. 6/2015) también se ha referido a la cuestión, señalando que se está “ante un control administrativo de fase previa, limitado a la posibilidad de recomendaciones o advertencias, subsanaciones o pareceres, con posibles funciones de mediación o asistencia, donde se ha hecho hincapié hacia la causa habilitante del despido colectivo con su conexión o causalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva, en un control jurisdiccional de la función de conexión que busca la concurrencia y constatación de unos determinados hechos y sus consecuencias jurídicas”.

La intervención de la autoridad laboral podrá realizarse por propia iniciativa o por indicación de la ITSS. También puede efectuar labores de asistencia a petición de

⁴⁸⁶ Así lo destaca MERCADER UGUINA (2016), p. 405-407.

⁴⁸⁷ Sobre las advertencias y recomendaciones de la autoridad laboral en el período de consultas, vid. MERCADER UGUINA (2016), p. 414-422.

⁴⁸⁸ MONEREO PÉREZ (2014a), p. 279.

⁴⁸⁹ MONEREO PÉREZ (2014a), p. 276.

⁴⁹⁰ Así lo aprecia PALOMAR OLMEDA (2012b), p. 4.

cualquiera de las partes; por ello, podrá hacer propuestas y recomendaciones, en particular sobre las medidas sociales de acompañamiento. Asimismo, el art. 10.3 RPDC le confiere la posibilidad de realizar funciones de mediación a petición conjunta de las partes.⁴⁹¹

La función principal de la autoridad laboral se limita al control y vigilancia de la regularidad del procedimiento y de su elemento central: el período de consultas. A la autoridad laboral le corresponde, pues, el control del efectivo desarrollo del período de consultas.⁴⁹² En suma, le corresponde el papel de velar por el respeto a las formalidades del art. 51.2 ET y verificar la no existencia de fraude de ley, abuso de derecho, coacción o dolo en los acuerdos que eventualmente alcancen empresario y representantes de los trabajadores.⁴⁹³ Así, la autoridad laboral controlará el cumplimiento de las obligaciones relativas al desarrollo del período de consultas y, en especial, a las obligaciones de tipo documental.⁴⁹⁴

Hay dudas entre la doctrina sobre cuál debe ser el alcance de dichas funciones. Desde un punto de vista de la intervención mínima de la Administración, lo cual es propio de un Estado democrático que respeta el principio de libertad de empresa y la autonomía colectiva, cabría entender que la autoridad laboral debe limitarse a un mero control formal de la entrega de la documentación requerida legal y reglamentariamente.

Ahora bien, algunos autores se muestran partidarios de que la autoridad laboral “profundice” en el contenido de la documentación,⁴⁹⁵ o han criticado la limitación de la actuación administrativa tras la reforma laboral de 2012, ya que en la Directiva 98/59/CE se concibe una autoridad laboral más “activa” durante el período de consultas.⁴⁹⁶ Ahora bien, esta cuestión debe plantearse con gran cautela, sobre todo debido al hecho de que la propia normativa legal ni su desarrollo reglamentario no contemplan con mayor detalle qué funciones y con qué alcance debe desarrollar la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo. Por ello, y partiendo del principio de atribución de competencias a

⁴⁹¹ De esta cuestión trata BLASCO PELLICER (2013), p. 71-73. Por su parte, GOERLICH PESET (2012), p. 362, considera que las eventuales funciones mediadoras que pueda realizar la autoridad laboral en el período de consultas podrían haber sido desarrolladas por el legislador, para despejar dudas sobre sus funciones y alcance.

⁴⁹² Así lo señala GOERLICH PESET (2012), p. 359.

⁴⁹³ Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 6.

⁴⁹⁴ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 18.

⁴⁹⁵ En estos términos, PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 85.

⁴⁹⁶ Así lo considera CABEZA PEREIRO (2012), p. 188 y ss.

la administración, debe concluirse que la autoridad laboral debe limitarse a lo que señala el art. 51.2 ET y art. 10 RPDC.

Finalmente, y para compensar la pérdida de importancia del papel de la autoridad laboral tras la supresión de la autorización administrativa previa, la nueva regulación reserva para la autoridad laboral un papel sancionador. Así, se contemplan sanciones por incumplimiento de las advertencias (art. 49 LISOS), por la vulneración de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores (art. 7.7 LISOS), o por el incumplimiento de las medidas de acompañamiento social (art. 8.14 LISOS). Con ello, la supresión de la función autorizadora se compensa con un mayor reforzamiento de las funciones de policía.

2.2.- La Inspección de Trabajo y de Seguridad Social: el informe⁴⁹⁷

La Exposición de Motivos del RPDC, en su considerando 5º, se refiere al informe de la Inspección de Trabajo, señalando que el mismo “deberá versar sobre los extremos de la comunicación empresarial, pero también sobre el cumplimiento del período de consultas y sobre los criterios tenidos en cuenta para seleccionar a los trabajadores afectados por los despidos, a los efectos de verificar que la empresa no incurre en discriminación prohibida”, lo cual resume sucintamente su función.

El art. 6.3 RPDC señala que la autoridad laboral remitirá a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social la documentación enviada por el empresario, a fin de que emita el informe que prevé el art. 11 RPDC, que deberá ser evacuado en el plazo improrrogable de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas.⁴⁹⁸ Además, la STS de 18 de marzo de 2014 (rec. 114/2013) señala que la ITSS asiste a la autoridad laboral en sus funciones, realizando funciones “de apoyo a la autoridad laboral”, para que, a su vez, “cumpla con la misión de advertir, hacer observaciones y recomendaciones a la empresa, quien resulta la única responsable de su seguimiento”.

⁴⁹⁷ Sobre el informe de la ITSS, vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 73; GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 491-513; SÁEZ LARA (2015), p. 166-167; VÁZQUEZ GONZÁLEZ (1995); y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 163-169.

⁴⁹⁸ La STSJ Castilla y León (Valladolid) de 12 de marzo de 2015 (proc. 12/2014) rechaza la petición de los representantes de los trabajadores de aportar el informe de la ITSS con carácter previo al inicio del desarrollo del período de consultas, ya que ni la ley ni el RPDC lo exigen, y no parece acreditado que interés trascendente puede tener disponer de dicho informe con carácter previo, sino más que intentar condicionar la negociación con el empresario.

Ciertamente, la mayoría de la doctrina entiende innecesario este trámite, pues no se entiende su finalidad, y mucho menos tras la supresión del expediente administrativo en vigor hasta la reforma laboral de 2012.⁴⁹⁹ Así, la normativa vigente ciñe el informe a “los extremos” de la comunicación inicial del procedimiento, por lo que puede pronunciarse sobre los criterios de selección fijados por el empresario, y también al “desarrollo” del período de consultas. En este sentido, el papel que la normativa reserva para la autoridad laboral en el marco del despido colectivo, no viene respaldado por la atribución de competencias en la materia, por lo que para BLASCO PELLICER el papel de la ITSS debe limitarse a verificar la suficiencia o insuficiencia de la comunicación inicial y de la información que la acompaña.⁵⁰⁰

Respecto al número de trabajadores afectados, parece razonable considerar que la ITSS debe prestar atención a las posibles variaciones del número de afectados o de la clasificación profesional de los afectados, así como su coherencia con los planes expresados en la comunicación inicial.⁵⁰¹ Otro extremo que la ITSS puede comprobar es la relación de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, a fin de comprobar que son correctos y no hay ningún fraude.

No obstante, el precepto está redactado en unos términos con suficiente amplitud como para entender que el informe de la ITSS puede entrar a valorar aspectos de fondo del despido.⁵⁰²

Ahora bien, si tenemos en cuenta que el informe se evacuará en el plazo de 15 días desde la finalización del período de consultas, es decir, cuando el empresario ya habrá adoptado la decisión o se haya alcanzado un acuerdo en período de consultas, no se entiende cuál es su finalidad.⁵⁰³ Por ello, parte de la doctrina se ha mostrado “perpleja” ante un informe que llega cuando la decisión empresarial ya ha sido tomada.⁵⁰⁴

Si bien el informe de la ITSS, a diferencia de las actas de inspección, no tiene reconocida expresamente por ley presunción de certeza, no cabe duda de que el informe constituirá una prueba relevante ante un eventual proceso jurisdiccional posterior, debido a la imparcialidad y cualificación técnica que tienen los Inspectores de Trabajo en su cualidad

⁴⁹⁹ En este sentido, BLASCO PELLICER (2013), p. 73, quien señala que existen dudas sobre el alcance de su contenido. En este sentido, BLASCO PELLICER (2009), p. 234 y ss.; y RAMOS MORAGUES (2010).

⁵⁰⁰ Así lo señala BLASCO PELLICER (2012b), p. 171 y ss.; y también GOERLICH PESET (2012), p. 359.

⁵⁰¹ Así lo considera GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 501.

⁵⁰² Así lo considera CABEZA PEREIRO (2012), p. 190; GOERLICH PESET (2012), p. 359.

⁵⁰³ En la doctrina, BLASCO PELLICER (2013), p. 74, se muestra partidario de su supresión.

⁵⁰⁴ En este sentido, GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 512.

de funcionarios.⁵⁰⁵ En este sentido, la STS (3ª) de 25 de junio de 2008 (rec. 3840/2005) destaca la “presunción de certeza” de los informes administrativos, cuando lo cierto es que la ley no prevé dicha presunción para este tipo de informes.⁵⁰⁶ También los tribunales del orden social se han manifestado en este sentido. Así, la SAN de 28 de septiembre de 2012 (proc. 152/2012) y la SAN de 25 de junio de 2012 (proc. 94/2012) señalan que el informe de la ITSS “goza de presunción de certeza, no sólo en cuanto a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector [...], sino también a aquellos que resulten acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta”.⁵⁰⁷

Por ello, el informe de la ITSS puede ser tenido en cuenta en el proceso judicial posterior, a efectos de valorar el cumplimiento de las obligaciones de información y consulta, pues las partes pueden esgrimirlo como soporte a su argumentación, proyectándose en el ámbito probatorio del proceso.⁵⁰⁸ En este sentido, GARCÍA MURCIA, señala que el informe de la ITSS “parece haber alcanzado un papel protagonista, desde el momento en que, reforzado por la conocida presunción de certeza, viene siendo utilizado como soporte principal del relato de hechos probados sobre el que tendrá que asentarse la correspondiente resolución judicial”.⁵⁰⁹ El informe incluirá, pues, apreciaciones útiles y relevantes de difícil contradicción.⁵¹⁰

El art. 11 RPDC trata de regular el contenido del informe de la ITSS. Así, su tarea se limita a labores de comprobación, que no de valoración, sobre la documentación aportada en el procedimiento y su adecuación a las exigencias reglamentarias. También informa sobre las medidas sociales de acompañamiento propuestas o pactadas, así como de la posible concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de un eventual acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores. Por otro lado,

⁵⁰⁵ BLASCO PELLICER (2013), p. 74; y STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2000 (rec. 121/2000). La STSJ Cataluña (CA) de 24 de abril de 2007 (rec. 112/2003), por su parte, señala que el “preceptivo informe de la Inspección de Trabajo [...] si bien no goza de fuerza vinculante, sí que merece especial atención en razón de la imparcialidad, especialización y objetividad del funcionario que lo expide”.

⁵⁰⁶ Así lo señala PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 168, con referencia a la D.A. 4ª, ap. 2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 15/11/1997), que se refiere a la presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras.

⁵⁰⁷ Así lo señala BODAS MARTÍN (2012), p. 531.

⁵⁰⁸ Así lo señala GOERLICH PESET (2012), p. 359.

⁵⁰⁹ En estos términos, GARCÍA MURCIA (2013), p. 16.

⁵¹⁰ Así lo expresa GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 510. Cita el autor el ejemplo de la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) asunto Tragsa, en la que el informe de la ITSS incluía las manifestaciones de los miembros de la mesa en su comparecencia ante el inspector actuante, declarando que se había aportado toda la documentación y que se había negociado conforme al principio de buena fe.

y lo más importante, le corresponde la función, “en especial”, de verificar el carácter no discriminatorio respecto de las circunstancias del art. 17.1 ET de los criterios de selección de los trabajadores afectados, así como del cumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores o de otros colectivos establecida por convenio colectivo o mediante acuerdo alcanzado en el período de consultas.⁵¹¹ Por lo tanto, en este último aspecto relativo a verificar la existencia de posibles discriminaciones en los criterios de selección y el cumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia, el RPDC sí que parece atribuirle al informe una mayor función de valoración. En esta línea, para GÓMEZ ABELLEIRA, lo que el precepto exige es “algo más que una rutinaria comprobación”.⁵¹²

Así, el precepto deja claro que la función de la ITSS a la hora de emitir el informe, al menos por lo que respecta al extremo relativo a los criterios de selección y las reglas de prioridad de permanencia, no consiste en hacer una mera verificación sobre si se han comunicado los extremos del art. 3 RPDC. En este sentido, el precepto habilita expresamente a la ITSS para que valore *si* los criterios de selección pudieran ser discriminatorios, sin perjuicio de las reglas sobre prioridad de permanencia. Ello debe interpretarse como una habilitación para pronunciarse sobre la validez de los criterios expresados por el empresario, lo cual tendrá relevancia a efectos de un eventual proceso judicial posterior.

Esta posibilidad de que la ITSS, en su informe, se pronuncie sobre la validez de los criterios de selección expresados por el empresario viene siendo admitida por los tribunales, y considero que no limita la libre facultad del empresario de elegir los criterios que estime pertinentes para designar a los trabajadores afectados, facultad que se mantiene intacta. En este sentido, la SAN de 12 de junio de 2013 (proc. 143/2013) respalda esta postura, al considerar que la ITSS no se extralimita en sus funciones al emitir un informe en el que considera que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical de los miembros del comité de empresa.

Otras sentencias hacen referencia también a lo puesto de manifiesto por la ITSS en su informe respecto al desarrollo del período de consultas y los criterios de selección de los afectados, reconociendo que la ITSS puede valorar los criterios y considerar si los

⁵¹¹ Art. 11.5 RPDC: “El informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3 y, en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento.”

⁵¹² En estos términos, GÓMEZ ABELLEIRA (2016), p. 503.

criterios utilizados son o no razonables. Así sucede en la STSJ Murcia de 9 de julio de 2012 (proc. 3/2012), que señala en el relato fáctico que “por la Inspección de Trabajo se emitió informe [...] en el sentido de que los criterios utilizados por la empresa para extinguir los contratos de trabajo referidos son subjetivos y alejados de la realidad, ya que se incluyen a trabajadores con más antigüedad que otros”, lo cual luego es tenido en cuenta por el órgano juzgador, al considerar: “[...] a lo que ha de unirse que tampoco se ha seguido un criterio razonable en la elección de los trabajadores despedidos, tal como se pone de manifiesto por la Inspección de Trabajo en el informe emitido al efecto, [...] pues se incluyen a trabajadores con más antigüedad que otros.”

Aunque podría darse por descontado, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO considera que la función de comprobación de la ITSS debe matizarse y completarse en el caso de despidos colectivos llevados a cabo en el sector público, ya que, en ese caso, la prioridad de permanencia incluye también al personal fijo (art. 41 RPDC), y el respeto al principio de no discriminación debe ir acompañado de otros principios como el de igualdad y la interdicción de la arbitrariedad. Se trata de cuestiones que, en esos casos, también deberán ser objeto de valoración en el informe de la ITSS.⁵¹³

La propia ITSS ha intentado aclarar cuáles son sus funciones, a fin de proporcionar seguridad jurídica a los operadores económicos. En este sentido, la propia Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha dictado el Criterio Operativo núm. 92/2012 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Dicho Criterio Operativo tiene como objetivo, como el mismo señala expresamente, “lograr una actuación uniforme y coherente en todo el territorio nacional” en relación a la actuación de la ITSS en esta materia. Como es de suponer, el Criterio Operativo elaborado por el Gobierno que promovió la reforma laboral de 2012 limita el papel de la ITSS a funciones meramente formales de control de la documentación, en línea con el tenor literal del art. 51 ET y art. 11 RPDC.⁵¹⁴

Por su parte, en Cataluña es de destacar el Criteri Tècnic 1/2013 sobre el contingut de l'informe de la Inspecció de Treball en els expedients de regulació d'ocupació, de la Direcció General de la Inspecció de Treball de la Generalitat de Catalunya. El Criteri Tècnic 1/2013 concibe el papel de la ITSS de una manera más invasiva, de suerte que le insta a verificar si la documentación permite “acreditar realmente” la situación económica negativa. También incide en la importancia de controlar la inexistencia de causas de

⁵¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2013a), p. 56.

⁵¹⁴ Puede leerse un comentario sobre el Criterio Operativo 92/2012 en ROJO TORRECILLA (2012).

discriminación en los criterios de selección y el respeto a las reglas sobre prioridad de permanencia, pero sin especificar más.⁵¹⁵

2.3.- El informe de los representantes legales de los trabajadores

El art. 3 RPDC, referido a la documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo, en el apartado 3 señala que “simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito de estos la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5 a) y b) del Estatuto de los Trabajadores”. El art. 64 ET regula los derechos de información y consulta, y señala en el apartado 5 que el comité de empresa tiene derecho a ser informado y consultado sobre la situación de la empresa y situaciones que la afecten. En ese sentido se recoge el “derecho a emitir informe” sobre cuestiones como: a) las “reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella”; y, b) las reducciones de jornada. Tal informe, como señala el mismo artículo, deberá emitirse con carácter previo a la ejecución de la decisión de que se trate, y los representantes de los trabajadores disponen de un plazo máximo de 15 días para emitirlo desde el momento en que se les solicite y dispongan de la documentación necesaria.

De modo similar a como se ha comentado con el informe de la ITSS, cabe plantearse la utilidad de este trámite en el procedimiento de despido colectivo, toda vez que la reforma laboral de 2012 suprimió la necesidad de autorización administrativa previa e hizo recaer todo el protagonismo sobre el período de consultas en el que quienes participan y negocian son precisamente los representantes de los trabajadores.⁵¹⁶ Por ello, si ya generaba dudas el informe de la ITSS, que es dictado por un funcionario con una cualificación, y todavía puede tener un cierto interés; más dudas genera todavía la existencia de este trámite referido a la solicitud de informe a la representación de los trabajadores, que cabe entender como desfasado.

Aun así, la obligación de solicitar dicho informe se mantiene, y cabe considerarlo como un derecho de los representantes a ser consultados sobre una materia que afecta al empleo en la empresa. En la actualidad, la relevancia del informe descansa sobre su función de fijación inicial de la postura del comité de empresa, que será de cierta relevancia para el

⁵¹⁵ Sobre el Criteri Tècnic 1/2013 y también de nuevo sobre el Criterio Operativo 92/2012, puede leerse un comentario en ROJO TORRECILLA (2013).

⁵¹⁶ Así lo entiende CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 205.

desarrollo del período de consultas y que servirá para fijar un punto de inicio en la negociación.

Ahora bien, ni el Estatuto de los Trabajadores ni el RPDC señalan qué contenido debe tener este informe. Teniendo en cuenta que la emisión de dicho informe se regula en el marco de las obligaciones empresariales de consulta a los representantes sobre decisiones que afectan a la plantilla en la empresa, es evidente que en dicho informe los representantes de los trabajadores podrán pronunciarse, y tendrán interés en hacerlo, sobre la procedencia de los despidos propuestos y, más en particular, sobre cómo ello afecta a los trabajadores. En este sentido, es evidente que podrán pronunciarse sobre los criterios de selección y el resto de extremos relacionados en los deberes de información y documentación, y así fijar su posición de partida de cara a la negociación que tendrá lugar durante el período de consultas.

3.- CARACTERES GENERALES DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN

Atendiendo al hecho de que la legislación española no aporta ninguna referencia sobre cuáles deben ser los criterios de selección para designar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, la doctrina y los tribunales exigen una serie de caracteres generales o características que los criterios de selección deben cumplir como requisito para entender cumplido el deber de información empresarial. Dichos caracteres pretenden eliminar la posibilidad de que la libre facultad empresarial de designar a los trabajadores afectados pueda dar lugar a arbitrariedades. Dichos caracteres son la objetividad, la coherencia, la suficiencia o precisión, la proporcionalidad o adecuación al fin perseguido, y el respeto a los derechos fundamentales y a los principios de no discriminación e igualdad. En este sentido, aunque la normativa no regule el establecimiento de los criterios de selección, es evidente que los criterios que utilice el empresario deberán cumplir estos caracteres, y así, deberán ser objetivos, y no subjetivos, deberán ser coherentes, deberán ser suficientemente precisos, y respetar otros principios generales del ordenamiento de carácter transversal, como la proporcionalidad, el respeto a los derechos fundamentales y a los principios de no discriminación e igualdad.

3.1.- Objetividad

A pesar del amplio margen que el legislador ha concedido al empresario para determinar los criterios de selección, y con el fin de evitar la arbitrariedad empresarial y cualquier

consideración de tipo subjetivo –por ejemplo, despidos con móvil discriminatorio o desigualdades arbitrarias en la selección de los trabajadores afectados–, los criterios de selección propuestos por el empresario deben ser objetivos.⁵¹⁷

La objetividad de los criterios de selección permite que la empresa aporte unos parámetros homogéneos de afectación que no dependan de la persona concreta afectada. Por ello mismo, el requisito de la objetividad está estrechamente relacionado con la prohibición de discriminación y las conductas arbitrarias del empresario.

La valoración de la objetividad de los criterios no se realiza únicamente atendiendo al carácter o no objetivo del criterio en sí o a su modo de estar formulado, sino que hay que atenderse también a cómo está valorado el criterio. Así, un criterio puede ser objetivo, como por ejemplo, el rendimiento o desempeño, pero puede ser medido de un modo totalmente arbitrario. Ahora bien, se encuentran supuestos de criterios que se miden de forma totalmente objetiva, lo cual determina la validez de los mismos. Tal es el caso de la STSJ Andalucía (Málaga) de 14 de octubre de 2013 (proc. 14/2013), asunto Isotofón, en el que los criterios de selección eran la formación reglada, la antigüedad, las cargas familiares, la edad y el cuidado de hijos con enfermedades graves, criterios que eran medidos a través de una “puntuación” o baremo aplicado a la totalidad de la plantilla, de lo cual se obtenía una puntuación que determinaba qué trabajadores iban a verse finalmente afectados por las medidas extintivas.

A mi modo de ver, se trata de un sistema enormemente objetivo, pues una vez determinados los criterios a aplicar, así como –y esto es importante– la puntuación que les corresponderá según el baremo, la designación de los trabajadores concretamente afectados se obtiene de manera lógica y automática, sin dar lugar a ninguna discusión ni interpretación o valoración de los criterios que cabría hacer en casos en que no existiera

⁵¹⁷ Al respecto, vid. CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 163 y ss. Un ejemplo de criterio de selección que los Tribunales consideraron objetivo es el de la “baja empleabilidad” en la empresa medido con una herramienta informática que computaba las horas facturables de cada trabajador. Vid. SAN de 28 de octubre de 2013 (proc. 284/2013), y STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014), citadas *infra*, sobre la herramienta informática que medía el grado de empleabilidad. Otro ejemplo de criterio considerado objetivo es el de la “reducción de la producción” en cada una de las unidades de la empresa, como era el caso en la STSJ Cataluña de 24 de octubre de 2014 (rec. 4541/2014), que señala: “los criterios de afectación del personal se basan en la causa productiva alegada, es decir, disminución de la carga de trabajo en cada una de las divisiones de la compañía, que se mide mediante la reducción de la producción por divisiones y los empleados de cada una de ellas, en los servicios generales la disminución se realizará en la misma proporción en que lo ha hecho la producción total. Dicho criterio es plenamente objetivo y no fue cuestionado ni discutido ni por el comité debidamente asistido de asesores ni por la asamblea de trabajadores una vez tuvieron conocimiento de ellos.”

tal baremo.⁵¹⁸ También es cierto que habrá que estar a las circunstancias concretas de cada empresa, pues hay casos en que la empresa puede tener legítimamente preferencia por unos trabajadores sobre otros, por ejemplo porque algunos trabajadores cuentan con un mayor grado de especialización en su área concreta o porque su puesto no es prescindible, casos en los que la empresa puede estar interesada en aplicar algún correctivo a los baremos.

La objetividad de los criterios no implica, para ROQUETA BUJ,⁵¹⁹ que no pueda existir la más mínima subjetividad a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados. Lo que implica el requisito de objetividad es que cualquier atisbo de subjetividad deberá ser razonado y fundarse en criterios previamente establecidos y en la realidad fáctica, no solamente en juicios de valor.⁵²⁰ Dicha objetividad implica que los criterios deben tener un fundamento razonable, y no subjetivo, de modo que no pueden ser “meramente caprichosos, irracionales o arbitrarios”,⁵²¹ ni puede “obedecer a causa torpe o fraudulenta”.⁵²²

Sobre esta cuestión, cobra especial importancia la objetividad del sistema de medición de los criterios, pues ello determinará que en conjunto la selección sea objetiva. Así, por ejemplo, la SAN de 28 de octubre de 2013 (proc. 284/2013), confirmada por la STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014), y que aborda la cuestión del uso de una herramienta informática, llamada “PON”, que servía para medir el volumen de empleabilidad de los trabajadores. La finalidad que perseguía el uso de dicha herramienta era precisamente la de medir y aplicar el criterio de selección basado en la evaluación del desempeño. Dicho

⁵¹⁸ De hecho, la misma sentencia desestimó que los criterios pudieran dar lugar a la nulidad aunque afectadas personas en situaciones que podían dar lugar a discriminación, como trabajadores afiliados a un sindicato, discapacitados o en situación de guarda legal, ya que su selección se derivaba de la aplicación automática del sistema de puntuación objetiva, y no se había podido probar en qué sentido resultaba discriminatorio hacia los afectados. A pesar de ello, resulta recomendable para las empresas, a efectos de evitar futuras impugnaciones, que los criterios de selección incluyan algún correctivo que aprecie circunstancias de índole personal y social que afecten a los trabajadores.

⁵¹⁹ ROQUETA BUJ (2015), p. 55.

⁵²⁰ De hecho, en la STSJ Cataluña de 24 de octubre de 2014 (rec. 4541/2014), ante la alegación de supuesta subjetividad en la elección de los afectados, el Tribunal recuerda que “no podemos olvidar” que tal elección corresponde al empresario.

⁵²¹ En la doctrina, se ha pronunciado VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 5; y VIVERO SERRANO (2013), p. 5-6. En este sentido, vid. también SSTSJ Navarra de 24 de septiembre de 2012 (rec. 337/2012), de 24 de junio de 2013 (rec. 106/2013), Islas Canarias de 10 de julio de 2013 (rec. 476/2013), Madrid de 30 de diciembre de 2013 (rec. 1978/2013), y SJS núm. 33 Barcelona de 10 de septiembre de 2014 (proc. 32/2014).

⁵²² En la doctrina, BLASCO PELLICER (2009), p. 118, con referencia a pronunciamientos dictados en suplicación por los TSJ en los años 90.

criterio relativo a la evaluación del desempeño es, en principio objetivo,⁵²³ aunque una evaluación puede realizarse de manera objetiva o arbitraria. Por ello es importante que los parámetros para medir el desempeño sean objetivos, y que la herramienta que los mide también lo haga de manera objetiva y verificable.

Por lo tanto, criterios que podrían ser imprecisos o que pueden inducir a la subjetividad, como la evaluación del desempeño, son perfectamente admisibles si el sistema para medirlos responde a parámetros objetivos, como sucede en el caso de las herramientas informáticas que miden parámetros objetivos en base a unos baremos. Si bien la “evaluación” del desempeño puede hacerse conforme a parámetros no objetivos, lo relevante a efectos de la validez del criterio es que se haya medido de forma objetiva, a través de parámetros objetivos, como son por ejemplo el volumen de empleabilidad, el volumen de facturación, y otras variables relacionadas con el desempeño del trabajador y que sean cuantificables. En el asunto tratado en la SAN de 28 de octubre de 2013 (proc. 284/2013), eran adscritos al despido los trabajadores con un menor volumen de empleabilidad.⁵²⁴

Finalmente, la objetividad de los criterios exige también que éstos sean razonables, carácter que conecta con el siguiente epígrafe referido a la coherencia de los criterios. La ausencia de objetividad en los criterios de selección conlleva la nulidad del despido colectivo.⁵²⁵ Ahora bien, también hay que tener en cuenta que los criterios de selección que sean objetivos, razonados y hayan sido acordados con la representación de los trabajadores, sólo podrán ser impugnados en supuestos de vulneración de derechos

⁵²³ Aunque no es tan objetivo como otros, como el relativo al nivel de productividad, rendimiento, etc., que son más fáciles de cuantificar. Por su parte, la idea de “evaluación” siempre incluye un grado de subjetividad por parte del que evalúa y el recurso a unos criterios para evaluar.

⁵²⁴ En la STSJ Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014), los representantes habían pactado unos criterios que eran bastante subjetivos en lo que respecta a su valoración. Así, señala: “dentro del perfil dirigido a valorar la competencia profesional de cada trabajador, se recogen diversos apartados tales como visión de negocio, orientación a resultados, liderazgo de equipos, vocación por el cliente, responsabilidad, servicio al cliente, compromiso, rendimiento, trabajo en equipo y polivalencia y, respecto de los directivos, también su impacto e influencia. En cuanto al parámetro denominado ‘potencial’, se incluyen la aspiración y compromiso, solvencia profesional, confianza en sí mismo, autoconocimiento e integridad, conceptos que evidentemente se prestan a un claro subjetivismo de los encargados de evaluar.” A pesar de ello, en el asunto concreto no se discutía la validez de los criterios, sino la suficiencia de la información contenida en la carta de despido, ya que se trata de una sentencia que deriva de una impugnación individual.

⁵²⁵ La STSJ Murcia de 9 de julio de 2012 (proc. 3/2012) aborda un supuesto en el que la ITSS en su informe calificó los criterios como de “subjetivos”, no razonables y alejados de la realidad, ya que considera que el objetivo de la empresa era deshacerse de aquellos trabajadores que habían interpuesto demanda de extinción del contrato por voluntad del trabajador ex art. 50 b) ET por impago de salarios.

fundamentales, como señalan las SSTS de 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014); y de 20 de mayo de 2015 (rec. 290/2014).⁵²⁶

3.2.- Coherencia

Los criterios de selección deben ser coherentes, y en concreto deben ser coherentes con la causa alegada por el empresario y con la finalidad pretendida con las medidas extintivas propuestas. La coherencia de los criterios con la causa alegada está estrechamente ligado con la razonabilidad de los criterios: los criterios de selección deben ser razonables, y no constituir un mero arbitrio empresarial desconectado de la causa alegada;⁵²⁷ y en definitiva deben ser adecuados para evitar la situación negativa de la empresa.

En la doctrina de suplicación, en relación al requisito de la coherencia de los criterios planteado como una exigencia, cabe citar la STSJ Navarra de 24 de junio de 2013 (rec. 106/2013), que señala que “la decisión de la empresa en la selección de los trabajadores debe fundamentarse en criterios de razonabilidad y ser coherentes con los fines buscados, no pudiéndose admitir una designación que sea caprichosa o arbitraria”. Por su parte, la STSJ Islas Canarias de 10 de julio de 2013 (rec. 476/2013) señala que “los criterios aplicados han de responder a parámetros objetivos y razonables, pues la determinación del personal afectado por la medida extintiva dependerá de la relación entre la causa alegada y los contratos afectados por la misma”.⁵²⁸

Precisamente en relación con el principio de coherencia con las causas alegadas, los tribunales han señalado que el nivel de exigencia sobre los criterios depende de la concreta causa empresarial alegada. En este sentido, los criterios de selección “no tienen que ser exhaustivos cuando la causa es económica, siendo más exigente su motivación cuando la causa es productiva”.⁵²⁹

⁵²⁶ Jurisprudencia citada en SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015), F.J. 9º.

⁵²⁷ De hecho ya se ha citado la SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012), que en el F.J. 7º señala que la identificación de los criterios está relacionada con la “pérdida de utilidad de los contratos” como consecuencia de las causas alegadas por la empresa. En otras palabras, los criterios deben ser coherentes con las causas alegadas. Así, los criterios que atienden al coste económico o social del trabajador son coherentes con las causas de índole económica, mientras que otros criterios como el nivel de formación, especialización o polivalencia, se conectarían mejor con causas de tipo técnico u organizativo.

⁵²⁸ Con cita a la STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997), que sienta la doctrina al respecto.

⁵²⁹ Por todas, SAN de 28 de marzo de 2014 (proc. 44/2014), y SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015), F.J. 9º, asunto Indra, en el que había una situación económica excepcionalmente grave. La SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015) señala que “rechazamos que los criterios de selección,

Por otro lado, otra circunstancia que incide sobre el requisito de la coherencia de los criterios de selección y el grado de precisión de los mismos, es el recurso al criterio de selección de la adscripción voluntaria. La existencia del criterio de la adscripción voluntaria entre los criterios manejados por el empresario, matiza la exigencia de precisión de los criterios. Ello es así porque ante casos de adscripción voluntaria, no es posible la fijación de unos criterios de selección que concreten los afectados más allá de la parte de la plantilla que se ve afectada inicialmente, ya que será posteriormente, cuando los trabajadores interesados en la adscripción voluntaria lo hayan expresado, cuando el empresario podrá determinar qué trabajadores serán finalmente despedidos. Por lo tanto, cuando uno de los criterios acordados es el de adscripción voluntaria, los tribunales han “suavizado” la exigencia de concretar los criterios de selección.⁵³⁰

Téngase en cuenta que el criterio de la adscripción voluntaria no está presente en todos los procedimientos de despido colectivo, y que en la mayoría de ocasiones está condicionado a la aceptación por parte del empresario. En este sentido, la empresa puede tener otros intereses legítimos a la hora de seleccionar a los trabajadores despedidos, de manera que no siempre sea posible que abandonen la empresa quienes estén interesados en ello. En este punto también hay que tener presente la coherencia de los criterios propuestos por la empresa, ya que según la causa alegada, el recurso al criterio de la adscripción voluntaria no siempre será posible.⁵³¹

La falta de coherencia entre los criterios propuestos por la empresa y las causas alegadas trae como consecuencia la declaración de no ajustado a derecho del despido colectivo, siendo en consecuencia los despidos efectuados al amparo del mismo calificados de improcedentes. Así lo señaló el TS en el asunto Telemadrid, en la STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013),⁵³² que constató una “selección totalmente atípica” en la que no se concretaron los trabajadores afectados, pero aun así el Tribunal no consideró que ello comportase la nulidad por insuficiencia de los criterios aportados. El TS aprecia que lo

pactados en el acuerdo [...], no se ajusten a derecho, por cuanto todos ellos se cohonestan con la situación económica de la empresa, que es excepcionalmente grave”.

⁵³⁰ Vid. STS de 28 de enero de 2015 (rec. 87/2014), en la que primero se abrió un período de adscripción voluntaria al despido, condicionado a la aceptación por la empresa, y posteriormente se fijaron los criterios para designar a los que iban a ser despedidos forzosamente. Por su parte, la STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 154/2015) señala que “los criterios de selección son suficientes al tratarse de un despido colectivo fundado esencialmente en el acogimiento voluntario de los afectados a las vías de salida”.

⁵³¹ Piénsese en un despido colectivo motivado por causas técnicas, y que, por ejemplo, la adscripción voluntaria se tuviese más en cuenta que otros criterios como el nivel de formación o especialización, lo cual sería una incoherencia.

⁵³² Confirma la STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013).

que la norma exige es la aportación de los criterios tenidos en cuenta, cosa que en el caso sí que ocurría, con independencia de la valoración que quepa hacer de los mismos. Como consecuencia, la declaración de nulidad correspondería a casos de absoluta ausencia de aportación de los mismos, o aportación de criterios de carácter discriminatorio o no objetivos, mientras que en casos de aportación de los criterios –con independencia de la valoración que se haga de los mismos–, la declaración sería la de no ajustado a derecho si se considera que no hay coherencia entre los criterios y la causa, como era el caso.⁵³³

3.3.- Suficiencia o precisión

Los criterios de selección deben ser suficientes, es decir, precisos y concretos. En consecuencia, no se cumple con las obligaciones de información si en la fase inicial del procedimiento se aportan criterios harto genéricos, inconcretos, abstractos y vagos o ambiguos, que impidan dar cumplimiento suficiente la obligación empresarial.⁵³⁴ Ahora bien, dicho defecto puede subsanarse a lo largo del período de consultas si posteriormente el empresario facilita una mayor concreción de los criterios, de manera que se permita una negociación efectiva y se pueda dar por cumplido el deber de información.⁵³⁵

El requisito de suficiencia y concreción de los criterios, al igual que el requisito de coherencia, está estrechamente conectado con el control de la causa del despido, de manera que los criterios tienen que permitir a los representantes de los trabajadores verificar que los mismos se adecúan a la causa alegada por el empresario.

⁵³³ STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), asunto Telemadrid, F.J. 8º-5. La Sentencia cuenta, sin embargo, dos votos particulares, uno de los cuales, el suscrito por el Excmo. Sr. Magistrado Don Jordi Agustí Julià, y al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres Don Fernando Salinas Molina, Doña M^a. Luisa Segoviano Astaburuaga y Don Manuel Ramón Alarcón Caracuel, señala que “es evidente, por otra parte, que una información empresarial genérica o imprecisa sobre los criterios de selección, devaluará la negociación en el período de consultas, en cuanto los representantes de los trabajadores no podrán ofertar o contraofertar a las medidas empresariales, haciendo inútil el objetivo finalístico de período de consultas”, por lo que consideran que la declaración que correspondía era la de nulidad. Hay sentencias de TSJ que declaran la nulidad en casos similares, como por ejemplo la STSJ Madrid de 14 de octubre de 2013 (rec. 891/2013), que señala que “se utilizaron unos términos demasiado genéricos como para entender cumplida la exigencia contenida en los preceptos que cita como vulnerados en la sentencia”.

⁵³⁴ Sobre el requisito de concreción y suficiencia de los criterios, CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 167.

⁵³⁵ Ya se ha comentado la SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013), en la que unos criterios inicialmente genéricos fueron concretados suficientemente por el empresario en una fase posterior, sin que hubiera oposición de los representantes de los trabajadores. De hecho, tiene lógica que el empresario facilite al inicio del procedimiento unos parámetros sobre los que desea que versen los criterios (antigüedad, polivalencia, rendimiento, etc.), y posteriormente ir concretando su aplicación a lo largo de la negociación durante el período de consultas.

El incumplimiento del requisito relativo a la suficiencia y concreción de los criterios, si impide a los representantes de los trabajadores negociar de forma efectiva, supone la declaración de nulidad del despido colectivo. Tal circunstancia sucedió en el despido colectivo que afectaba a UGT Madrid, que aborda la STSJ Madrid de 18 de octubre de 2013 (rec. 1481/2013), y en el que se consideró que los criterios eran “genéricos”, de modo que no se daba cumplimiento con el deber de información. En ese caso, se mencionaban los criterios, pero no se concretaba más allá, citando por ejemplo el criterio “económico”, u otros como “idoneidad, impacto social, polivalencia, satisfacción de los servicios prestados”, mencionados en modo general, pero sin indicar cómo se iban a valorar o cómo afectarían a los trabajadores, de modo que en esas circunstancias es imposible conocer el alcance que tendrá la afectación en el despido.⁵³⁶ En consecuencia, unos criterios expresados en modo tan impreciso o inconcreto implican la nulidad del despido colectivo.

La misma STSJ Madrid de 18 de octubre de 2013 (rec. 1481/2013) señala que criterios como la “idoneidad, el impacto social o el grado de satisfacción de los servicios prestados no sirven para entender cumplida la exigencia legal de determinación de los criterios”, ya que los considera “enormemente subjetivos”.⁵³⁷ También sobre esos mismos criterios genéricos y que dan pie a una amplia subjetividad por parte del empresario a la hora de realizar la selección, y también en el asunto del despido colectivo de UGT Madrid, cabe citar la STSJ Madrid de 14 de octubre de 2013 (rec. 891/2013), que señala que se utilizaron unos criterios “demasiado genéricos”.

Surge la problemática de cómo identificar o determinar si un criterio de selección es inconcreto y abstracto, y por tanto no supera el juicio de suficiencia. Si bien habrá que estar al caso concreto, la doctrina y los tribunales han fijado una serie de parámetros para establecer si nos encontramos ante criterios inconcretos que impidan cumplir los objetivos del período de consultas. A este respecto, el principio general que debe retenerse es que habrá que considerar inconcretos e insuficientes aquellos criterios que hagan referencia a situaciones “genéricas” que –y éste es el elemento clave– “impidan la concreción y la elección precisa” de los trabajadores que van a verse afectados por la

⁵³⁶ STSJ Madrid de 18 de octubre de 2013 (rec. 1481/2013): Se trata de “alusiones ambiguas, subjetivas y abstractas, que no cumplen con las exigencias del art. 51.2 e) ET en términos de concreción y por tanto de seguridad jurídica”.

⁵³⁷ Añade que dichos criterios sí que podrían haberse estimado válidos si se hubieran conectado con el resultado de unas eventuales evaluaciones del desempeño realizadas en la empresa mediante un sistema objetivo de medición, que no fue el caso. Ello conecta con lo tratado en el Epígrafe 3.1 sobre la objetividad de los criterios y la objetividad de los posibles mecanismos de medición de los parámetros en torno a los cuales giran los criterios.

medida extintiva.⁵³⁸ En suma, los criterios deben servir para que los representantes de los trabajadores puedan hacerse una idea, ni que sea somera, de a qué trabajadores va a afectar el despido, de manera que puedan negociar y proponer alternativas para mitigar los efectos del despido.

Aunque este principio tampoco resuelve por completo la problemática, pues habrá que estar a cada caso concreto. Así, hay criterios que de por sí ya implican un alto grado de inconcreción y abstracción, como los de idoneidad, impacto o grado de satisfacción, que no permiten individualizar a los trabajadores afectados en tanto que carecen de criterio objetivo que sirva para su aplicación, por lo que son subjetivos y generan inseguridad jurídica. Así, más aún, podrían derivar en afectaciones por parte de la empresa que revistieran carácter arbitrario, abusivo, fraudulento o incluso discriminatorio.⁵³⁹ Los tribunales se han manifestado al respecto, como en el caso de la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012), en la que se considera que el criterio de la “idoneidad” respecto a la estructura productiva y organizativa, según la valoración hecha por los mandos de la empresa, es subjetivo e inconcreto, y genera una gran inseguridad jurídica entre los trabajadores, que no tienen modo de saber si van a verse afectados por el despido.⁵⁴⁰

Como se ha señalado, los criterios inicialmente genéricos pueden ser concretados a lo largo del período de consultas, de manera que se subsane el incumplimiento inicial, si no se ha impedido el desarrollo efectivo de la negociación. Tal es el caso de la STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014), dictada en el asunto Sic Lázaro, en el que la aportación de criterios en principio considerados genéricos (adscripción a puesto de trabajo, polivalencia y productividad) incluía también el listado nominal de los trabajadores afectados, habiendo indicado la empresa que el listado se había confeccionado conforme a los criterios que se presumía genéricos. La cuestión clave es que posteriormente la empresa introdujo aclaraciones sobre dichos criterios y prosiguió la negociación sin que los representantes de los trabajadores alegaran el carácter genérico de los criterios, circunstancias que permitieron apreciar como cumplido el requisito.

⁵³⁸ Así lo expresa CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 168.

⁵³⁹ Así lo expresa ROQUETA BUJ (2015), p. 107-108.

⁵⁴⁰ STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012): “La idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando es tanto como decir nada útil para conocer la verdadera voluntad empresarial en cuanto al método de atención al personal afectado y, de este modo, lo único que con ello se logró fue mantener en la máxima inseguridad a todos los trabajadores afectados que eventualmente pudieran estar incluidos en la medida extintiva.”

La jurisprudencia sobre el juicio de suficiencia de los criterios está sintetizada, por todas, en la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), dictada en el asunto Tragsa, y que resume los parámetros a valorar a la hora de enjuiciar el cumplimiento de la obligación de expresar los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores afectados.⁵⁴¹

En primer lugar, y como ya se ha comentado anteriormente, el juicio de suficiencia sobre los criterios aportados no se realiza de manera aislada, sino que debe hacerse un análisis conjunto de la totalidad de la información aportada por el empresario, en relación con las circunstancias concretas de la empresa en donde se produce el despido.⁵⁴²

En segundo lugar, diversos criterios que en principio podrían considerarse abstractos, como por ejemplo la reducción de jornada por cuidado de menores, la versatilidad, los recursos disponibles en la sección o departamento, el coste económico o el coste indemnizatorio, deben considerarse suficientes cuando “en función de todas las condiciones y circunstancias concurrentes en el caso” bastan o son suficientes para entablar una negociación efectiva e individualizar a los trabajadores que finalmente se verán afectados, máxime cuando el banco social no alega la insuficiencia de los mismos en el período de consultas.⁵⁴³

En tercer lugar, la inicial imprecisión de los criterios de selección puede verse matizada por circunstancias como por ejemplo que el empresario los concrete a lo largo del período de consultas, o que los aporte junto con el listado nominativo de afectados, que permita establecer una relación clara entre los criterios y los trabajadores afectados.

En cuarto lugar, para los tribunales es muy relevante el hecho de que, aportándose posteriormente la información suficiente, se llegase al punto de alcanzar un acuerdo.⁵⁴⁴ De hecho, alcanzar un acuerdo es el mejor indicio de que la negociación se ha llevado a cabo de manera efectiva.

⁵⁴¹ En materia de suficiencia de la documentación aportada relativa a los criterios de selección, hay numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo: SSTS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013); de 20 de mayo de 2014 (rec. 276/2013); de 22 de mayo de 2014 (rec. 17/2014); de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013); de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014); de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013); de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013); de 25 de marzo de 2015 (rec. 295/2014); de 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014); y de 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014).

⁵⁴² Sobre este respecto, cita las SSTS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013), de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014), de 25 de marzo de 2015 (rec. 295/2014), y de 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014), ésta última en el caso de la Radiotelevisión de Murcia.

⁵⁴³ Tal es el caso de la STS de 22 de mayo de 2014 (rec. 17/2014).

⁵⁴⁴ Tal es el caso de la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013).

En quinto lugar, respecto a criterios en principio genéricos como los mencionados anteriormente (la versatilidad, los recursos disponibles en la sección o departamento, el coste económico o el coste indemnizatorio), que revisten una cierta “parquedad”, el Tribunal Supremo⁵⁴⁵ considera que podrían dar por cumplido el requisito documental si van acompañados de una mención de las categorías de puestos de trabajo que se quiere suprimir, pues así permitirían identificar a los trabajadores afectados.⁵⁴⁶

En sexto y último lugar, una cuestión a comentar es la consecuencia por lo que respecta a la calificación jurídica del despido colectivo llevado a cabo con expresión de criterios de selección de carácter genérico. El Tribunal Supremo recuerda que sólo la ausencia absoluta de aportación de criterios de selección puede desembocar en una nulidad, por lo tanto, no corresponde la calificación de nulidad en supuestos en que sí que se aportan los criterios, que es lo que al fin y al cabo exigen el art. 51.2 ET y art. 3.1 e) RPDC.⁵⁴⁷ Ello es así con independencia de la valoración que se haga de los criterios, por lo que unos criterios imprecisos y abstractos no determinarían la nulidad del despido si han sido aportados al inicio del procedimiento.⁵⁴⁸

Ahora bien, la indicación de unos criterios tan genéricos e imprecisos puede “hurtar” a la negociación colectiva la posibilidad de cumplir los objetivos del período de consultas, por lo que en esos casos en que los criterios son en absoluto susceptibles de control posterior, la calificación que merecería el despido sería también a mi entender la de

⁵⁴⁵ La STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) cita en este punto las SSTS de 20 de mayo de 2014 (rec. 276/2013), y de 25 de marzo de 2015 (rec. 295/2014).

⁵⁴⁶ Sobre el asunto Tragsa, la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) señala: “la naturaleza abstracta predicable de los criterios no ha de comportar su nulidad, si con los mismos se cumple la finalidad que les es legalmente atribuible”, como es el facilitar una adecuada negociación durante el período de consultas, “y a la par su redacción excluye, al menos en línea de principio, que en su aplicación pueda producirse arbitrariedad alguna”. Un supuesto de dudosa admisión de criterios claramente genéricos, se encuentra en la STSJ Madrid de 26 de mayo de 2014 (rec. 169/2014), en la que los criterios eran “eficiencia, productividad, rentabilidad y eficacia, así como el grado de polivalencia”, de modo que se intentaba mantener dentro de la empresa a aquellos trabajadores que a juicio de la empresa resultaban más polivalentes. Ciertamente es también que en éste último caso, los criterios fueron pactados con la representación de los trabajadores.

⁵⁴⁷ En este sentido, STS de 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014).

⁵⁴⁸ CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 178, señala, y es relevante subrayar aquí, que la mayor concreción de los criterios de selección al inicio del período de consultas, no sólo permite evitar por sí misma una posible declaración de nulidad, sino que permite evitar también posibles discriminaciones, y por tanto nulidades, como consecuencia de que la aplicación estricta de los criterios genéricos conduzca a la afectación de trabajadores que se encuentren en circunstancias que pudieran ser susceptibles de dar lugar a discriminación: trabajadores con reducción de jornada por cuidado de menor, trabajadoras con suspensión de contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo o por hijos con enfermedad grave, trabajadores con discapacidad, trabajadores mayores de 50 años, o trabajadores afiliados a un sindicato, por ejemplo.

nulidad.⁵⁴⁹ De hecho, en aplicación de la propia doctrina finalista aplicada a las obligaciones de información y documentación, cabe considerar que unos criterios genéricos e insuficientes no permiten considerar cumplido el trámite, ya que dificultan el desarrollo de la negociación.

3.3.1.- Circunstancias que modulan la exigencia en el nivel de precisión de los criterios

El nivel de suficiencia en la precisión de los criterios viene determinado por el hecho de que permitan conocer las pautas que la empresa va a seguir a la hora de designar a los trabajadores finalmente afectados, de manera que pueda deducirse de modo lógico quiénes son dichos trabajadores afectados.⁵⁵⁰ Por ello, la doctrina rechaza los criterios “puramente tautológicos”, es decir, aquellos que tienen una apariencia de objetividad pero que resultan “vacuos” y, por tanto, inapropiados para proporcionar conocimiento sobre cómo se seleccionará a los afectados.⁵⁵¹

Recuérdese también que la exigencia en el grado de suficiencia de los criterios de selección se ve mitigada en los casos en los que la información sobre el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, con desglose por centros y territorios si es el caso, es “suficientemente selectiva”, caso en el que los criterios de selección no tienen por qué ser tan “exhaustivos o minuciosos”.⁵⁵² Pero, ahora bien, los criterios deben constar, pues la información al respecto constituye sin lugar a dudas una exigencia tanto del art. 51.2 ET como del art. 3.1 RPDC.

Otro aspecto a tener en cuenta es el atinente a las circunstancias concretas en que tiene lugar el procedimiento, y más en particular, las dimensiones de la empresa y el número de empleados en la plantilla. Así, la STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013) señala

⁵⁴⁹ Dicho criterio se ha seguido en la doctrina de suplicación de los TSJ, por lo que cabe hacer referencia a las SSTSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012), Andalucía (Granada) de 29 de noviembre de 2012 (proc. 8/2012), Murcia de 9 de julio de 2012 (proc. 3/2012), y Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012), y de 8 de noviembre de 2012 (proc. 37/2012).

⁵⁵⁰ ROQUETA BUJ (2015), p. 43.

⁵⁵¹ Así lo expresan en la doctrina VIVERO SERRANO (2013), p. 6; y ROQUETA BUJ (2015), p. 43. El Tribunal Supremo hizo un reproche jurídico en el asunto tratado en la STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014), al considerar que “los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica” y “sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador”, aunque fueron acompañados de la relación nominal de trabajadores afectados y fueron concretados durante la negociación en el período de consultas.

⁵⁵² ROQUETA BUJ (2015), p. 44; y STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

que la exigencia de aportar los criterios de selección “se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en que se proyecta”, y señala expresamente que el requisito no puede tener la misma incidencia en una empresa con una plantilla muy numerosa, donde los criterios deben ser más precisos para permitir deducir razonablemente qué trabajadores van a ser designados, que en una empresa con una plantilla de dimensiones reducidas, en las que esta deducción lógica es más fácil de realizar y reviste menor complejidad.⁵⁵³

3.3.2.- Circunstancias que refuerzan la exigencia en el nivel de precisión de los criterios

Por otro lado, existen una serie de circunstancias que imponen un mayor nivel de concreción de los criterios al empresario. Tal es el caso de los despidos que afectan a trabajadores respecto de los cuales pueda alegarse alguna discriminación o vulneración de derechos fundamentales. Así puede citarse el caso de trabajadoras embarazadas, trabajadores con reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar, trabajadores afiliados a un sindicato, o incluso representantes legales de los trabajadores, quienes disfrutan, estos últimos, de prioridad de permanencia en la empresa por disposición legal, y cuyo alcance se analiza en el Capítulo IV.

Finalmente, el grado de precisión exigible para los criterios de selección en aquellos procedimientos de despido colectivo que afecten a Administraciones públicas, es máximo en aquellos casos en que los despidos puedan afectar a empleados que hayan accedido a través de procedimientos concurrentes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, aspecto que se analiza en el Epígrafe 6.4 sobre los criterios de selección en el sector público.

En síntesis, las circunstancias a tener presentes a la hora de valorar la suficiencia de los criterios de selección son: la causa alegada, pues no es lo mismo una causa económica con afectación general en toda la plantilla, que una causa organizativa o productiva; las circunstancias concretas de la empresa, como por ejemplo las dimensiones y volumen de la plantilla; la naturaleza pública o privada de la empresa o su consideración de

⁵⁵³ En una línea similar, la STS de 22 de mayo de 2014 (rec. 17/2014) también se refiere a un procedimiento que tuvo lugar en una empresa que contaba con tan sólo 32 trabajadores, y añade como circunstancia a tener en cuenta en la valoración de la suficiencia de los criterios de selección, el hecho de que los representantes legales de los trabajadores tenían un “conocimiento directo y personal de las concretas personas afectadas”, lo cual, sin lugar a dudas, contribuía a cumplir el objetivo del requisito de aportar los criterios, cual es que los representantes conozcan quién va a ser designado y puedan negociar en consecuencia.

Administración pública; el cumplimiento de otras obligaciones documentales, como la aportación del número de afectados, o el listado nominativo no obligatorio; que se cumplan los objetivos del período de consulta, que básicamente es que se lleve a cabo la negociación de manera efectiva, por ejemplo porque los criterios se aportan posteriormente, o se facilita una mayor concreción de los mismos, e incluso cuando se consigue alcanzar un acuerdo con la representación de los trabajadores; y finalmente la circunstancia de que, conforme al principio de los actos propios, los representantes acepten los criterios pasivamente al no realizar objeción alguna sobre los mismos en el período de consultas.

3.4.- Proporcionalidad o adecuación al fin perseguido

Esta característica está relacionada con el principio de igualdad y con la proporcionalidad como principio general del Derecho, para lo cual hay que remitirse al Capítulo IV. También está relacionado con el requisito de coherencia, pues los criterios deben ser proporcionales y coherentes con las causas alegadas, y adecuados al fin perseguido por la medida, que no es más que superar la situación económica negativa de la empresa.

3.5.- Respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, principio de igualdad y prohibición de discriminación

Los criterios de selección deben respetar en todo caso los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, consagrados en los arts. 14 a 29 de la Constitución, y en especial el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE y art. 17 ET. Por lo tanto, queda prohibido recurrir a criterios de selección que impliquen discriminación, ya sea de modo directo o indirecto, hacia los trabajadores afectados, por lo que hay que descartar el recurso a criterios de selección que se refieran claramente a circunstancias discriminatorias, como la afiliación sindical, el sexo, el origen étnico o la edad, por citar algunos, o que afecten de manera considerable a dichos colectivos, aunque en el Capítulo IV se hará referencia a ellos con más detenimiento.

El no cumplimiento de estos requisitos o caracteres tendrá incidencia procesal posteriormente, a la hora de realizar el control jurisdiccional sobre los criterios mismos y sobre el carácter ajustado o no a derecho del procedimiento, como se estudiará en el Capítulo V. En este sentido, el recurso a un criterio de selección discriminatorio determina

la nulidad del despido del trabajador afectado, y en algunas circunstancias también la nulidad del procedimiento de despido colectivo.

4.- BREVE REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO EN EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES

El procedimiento de despido colectivo en aquellas empresas que se encuentren inmersas en un procedimiento concursal plantea numerosas problemáticas de cierta complejidad y que conviene analizar brevemente en el presente estudio.⁵⁵⁴

El inicio del concurso de acreedores implica una serie de especialidades para la empresa que van a tener relevancia en el ámbito laboral. La principal particularidad del despido colectivo llevado a cabo en empresas en situación de concurso de acreedores es que el competente para acordar el despido es el juez mercantil, por lo que la facultad de decidir sobre el despido no corresponde en última instancia a la empresa, y tampoco a la administración concursal, sino al juez. Por ello, el empresario es el competente de solicitar el despido al juez mercantil, quien lo autorizará.⁵⁵⁵ En este sentido, la doctrina ha resaltado que el legislador ha optado, en los casos de concurso, por un modelo de despido colectivo “judicializado”.⁵⁵⁶

A este respecto, debe tenerse presente la regla establecida en el art. 64.1 de la Ley 22/2003, Concursal,⁵⁵⁷ según la cual “los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo”. De esta suerte, una vez declarado el concurso, no es posible iniciar un procedimiento de despido colectivo que se ampare en la normativa laboral;⁵⁵⁸ sino que, de iniciarse, deberá tramitarse a través del cauce concursal ante el Juez del Concurso. Del mismo modo, aquellos procedimientos de despido colectivo que ya estuvieran

⁵⁵⁴ Sobre los despidos colectivos en empresas en situación de concurso de acreedores, vid. DESDENTADO BONETE (2012b); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MORENA CORRALES (2016); RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2012); RÍOS MESTRE (2012); y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 203-221.

⁵⁵⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MORENA CORRALES (2016), p. 889.

⁵⁵⁶ Así lo señala MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA (2012), p. 185.

⁵⁵⁷ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE 10/07/2003.

⁵⁵⁸ Así lo señalan CRUZ VILLALÓN (2003), p. 123-124; y BLASCO PELLICER (2009), p. 521.

tramitándose con anterioridad a la declaración del concurso, deberán seguir su tramitación conforme a la normativa laboral hasta concluirse.⁵⁵⁹

En cualquier caso, tal y como ha puesto de relieve la doctrina iuslaboralista, la regulación de los procedimientos de despido colectivo en el marco del concurso de acreedores adolece de graves defectos técnicos.⁵⁶⁰ Si bien el art. 64.11 LC remite a la aplicación supletoria de la legislación laboral, lo cierto es que ello resulta muchas veces inoperativo o imposible de trasladar en el marco del concurso.

Algunos aspectos son específicos de la normativa concursal, como el art. 6.2 LC, que regula la documentación que acompaña a la solicitud de declaración del concurso, y que incluye la “plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere”.⁵⁶¹ Ahora bien, la regulación que más interesa es la contenida en el art. 64 LC y referida a los aspectos laborales del concurso. En este sentido, el art. 64.4 LC regula la solicitud de inicio del procedimiento y la documentación que la debe acompañar. No obstante, según la doctrina, se trata de una regulación deficiente, y en consecuencia ha sido fuertemente criticada.⁵⁶²

La aplicación supletoria del art. 51.2 ET y de los arts. 3 a 5 RPDC plantea no pocas problemáticas. Aun así, BLASCO PELLICER entiende que hay que inferir que en la solicitud se debe incluir el tipo de medidas que se pretenda realizar, por ejemplo, extinciones colectivas de contratos, con “expresión clara” de los trabajadores afectados, ya que considera que la delimitación de los trabajadores afectados es una cuestión que debe incorporarse lo antes posible.⁵⁶³ Por ello, dicho autor entiende que no cabe aplicar supletoriamente las disposiciones del art. 51.2 ET, que imponen la indicación únicamente del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, sino que en los procedimientos de despido colectivo iniciados en empresas en situación de concurso de

⁵⁵⁹ ALBIOL MONTESINOS (2004), p. 55-56; CRUZ VILLALÓN (2003), p. 124; y BLASCO PELLICER (2009), p. 521.

⁵⁶⁰ Así lo considera de manera muy crítica BLASCO PELLICER (2009), p. 522.

⁵⁶¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MORENA CORRALES (2016), p. 897.

⁵⁶² En la doctrina, PUEBLA PINILLA, RÍOS SALMERÓN (2004), p. 80, consideran dicha regulación como “penosa”. Por su parte, BLASCO PELLICER (2009), p. 522, señala que la regulación omite datos importantes, como la regulación del *petitum* de la solicitud, y regula deficientemente otros, como la justificación de la causa y la documentación a aportar.

⁵⁶³ BLASCO PELLICER (2009), p. 522.

acreedores debe acompañarse a la solicitud la determinación de los trabajadores afectados, lo cual supone incluir una relación de los mismos.⁵⁶⁴

Otros autores recuerdan que la norma no relaciona la documentación a aportar, pero no se pronuncian al respecto de aportar una relación nominativa de trabajadores afectados.⁵⁶⁵

La argumentación que sustenta esta posición se fundamenta en el hecho de que la resolución del juez del concurso que apruebe las medidas deberá, ex art. 84.2.5 LC, fijar las indemnizaciones para los trabajadores que van a ser despedidos, las cuales serán consideradas como créditos contra la masa concursal. Por ello, sólo es posible fijar las indemnizaciones si se conoce de antemano quiénes son los trabajadores afectados.

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta que los trabajadores finalmente afectados se fijan en el momento inicial del procedimiento, los criterios de selección para designar a los mismos serán también fijados al principio, y de hecho ya habrán sido empleados precisamente para confeccionar la lista de afectados. En este punto se encuentra una importante diferencia con respecto a cómo opera el establecimiento y aplicación de los criterios de selección en un procedimiento de despido colectivo tramitado conforme a la legislación laboral.

En definitiva, en el procedimiento de despido colectivo iniciado en una empresa en situación de concurso de acreedores, los criterios de selección se fijan y aplican *a priori*, a fin de confeccionar el listado de afectados que acompañará la solicitud que se presente al juez del concurso.

Por otro lado, para BLASCO PELLICER no sería prudente exigir al juez concursal un control de los criterios más allá del realizado inicialmente, ni tampoco abrir cuestiones incidentales sobre una eventual posterior aplicación correcta de los mismos para designar a los trabajadores finalmente afectados.⁵⁶⁶ Por ello, lo apropiado en estos supuestos es fijar y aplicar los criterios en la propia confección del listado de afectados que se acompañe a la solicitud inicial.

⁵⁶⁴ Así lo ha entendido mayoritariamente la doctrina: ALBIOL MONTESINOS (2004), p. 65; CRUZ VILLALÓN (2003), p. 124; GULLÓN RODRÍGUEZ (2005), p. 151-152; y ORELLANA CANO (2011), p. 211.

⁵⁶⁵ En este sentido, PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 211-212, señala que será suficiente con aportar aquellos documentos “de los que se desprenda con fehaciencia la situación aludida y los objetivos que se pretenden alcanzar”.

⁵⁶⁶ BLASCO PELLICER (2009), p. 523.

Respecto al posible acuerdo en período de consultas, éste debe recoger, según el art. 64.6-4º LC, la identidad de los trabajadores afectados,⁵⁶⁷ y debe fijar las indemnizaciones, las cuales “se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores”.

En caso que las extinciones tengan carácter parcial, es decir, no impliquen el cierre total de la empresa, la selección de los trabajadores habrá de respetar las reglas de prioridad de permanencia legal o convencionalmente establecidas, del mismo modo que sucede en los procedimientos de despido colectivo regidos por la legislación laboral.⁵⁶⁸

En materia procesal, cabe destacar que las impugnaciones de los trabajadores afectados contra la resolución del juez del concurso y “en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual”, se sustancian por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral regulado en el art. 64.8-2º LC.⁵⁶⁹ En este punto es donde pueden discutirse las medidas de afectación del despido para cada trabajador individualmente considerado, como por ejemplo la indemnización, el salario, la antigüedad en la empresa, la clasificación profesional, o la aplicación de reglas de prioridad de permanencia en la empresa.⁵⁷⁰

5.- LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN

Los criterios de selección pueden atender a distintos aspectos que determinan la inclusión de un trabajador en el despido colectivo frente a otros. Por un lado, la lógica del procedimiento de despido colectivo lleva a que los criterios selección tengan, principalmente, alguna vinculación con el funcionamiento y la organización de la empresa, es decir, que atiendan a los intereses de la misma. Más en concreto, los criterios suelen relacionarse con la causa que motiva el despido, así un despido por causas económicas puede conducir a la aplicación del criterio relativo al coste del puesto de trabajo o al coste indemnizatorio de cada trabajador.

⁵⁶⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MORENA CORRALES (2016), p. 907.

⁵⁶⁸ Así lo señala BLASCO PELLICER (2009), p. 523.

⁵⁶⁹ Sobre esta cuestión, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MORENA CORRALES (2016), p. 920.

⁵⁷⁰ Sobre esta cuestión, vid. SSTSJ Comunitat Valenciana de 25 de mayo de 2011 (rec. 700/2011), y de 5 de julio de 2011 (rec. 1518/2011), en las que se discutía sobre la antigüedad reconocida en la resolución del juez del concurso y el cálculo de la indemnización. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MORENA CORRALES (2016), p. 920. Así, por ejemplo, es impugnabile a través del incidente concursal en materia laboral la no inclusión en el despido colectivo de un trabajador que entiende que sí debía estarlo, como señala la STSJ Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2009 (rec. 978/2009).

De la correcta aplicación de estos criterios dependerá que la empresa pueda superar la situación negativa por la que atraviesa y que la obliga a una reestructuración, de modo que se atienda al interés económico-empresarial del empresario de conseguir el mayor rendimiento y eficiencia –y, por tanto, beneficio– para su empresa. Pero por otro lado, los criterios de selección, sobre todo si son pactados con la representación de los trabajadores, atienden también a consideraciones de índole personal o social, relacionadas con la persona del trabajador o con su mayor o menor vulnerabilidad social. Dichos aspectos personales del trabajador pueden relacionarse con su capacidad y desempeño en la empresa (por ejemplo, el rendimiento o la formación), o bien atender a objetivos sociales como puede ser la protección de diversos colectivos (situación familiar, mujeres embarazadas, edad, etc.).

De hecho, la Recomendación núm. 166/1982 de la OIT se refiere a que los criterios de selección deberán estar fijados, en la medida en que sea posible, con carácter previo a la adopción de la medida, y que los mismos deberán tener “debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, establecimiento o servicio como los de los trabajadores”. No obstante, ni la normativa de la OIT ni las directivas europeas arrojan ninguna luz sobre los criterios de selección a los que puede acudir el empresario, confirmando la tesis de que su determinación constituye una facultad que atañe al empresario. Así, dichos criterios pueden ser múltiples y variados, habiéndose pronunciado los tribunales sobre aquellos que han planteado mayor problemática o discusión.

5.1.- Clasificación de los criterios

La clasificación de los criterios de selección se relaciona con las distintas circunstancias a los cuales los mismos atienden. De este modo, en función de la relación que el criterio guarda con el trabajador distingo entre:

- Criterios no inherentes a la persona del trabajador, o externos, en el sentido que se refieren a circunstancias ajenas al trabajador o que éste no puede controlar, y que afectan a todos los trabajadores por igual, donde se incluirían criterios como la adscripción a unidades que desaparecen, la antigüedad, el coste económico o social, o la forma de ingreso en la empresa.
- Criterios inherentes a la persona del trabajador, o personales, en el sentido que se refieren a circunstancias relacionadas con la persona del trabajador, y que éste puede controlar, o que no afectan a todos los trabajadores por igual porque tienen

un componente individual, donde se incluiría la polivalencia, la formación, el absentismo, la adaptación a líneas de negocio que subsisten, el rendimiento.

- Dentro de éstos, incluyo como subtipo los criterios inherentes a la persona del trabajador que tienen una consideración social y personal: las cargas familiares, la situación de cuidado de hijos o familiares, la situación socio-económica, la proximidad al momento de la jubilación, etc.⁵⁷¹

Pero también es posible clasificar los criterios según al interés al que atienden. En este sentido se podría distinguir entre criterios que atañen fundamentalmente al interés de la empresa, con independencia de su carácter inherente o no a la persona del trabajador, y criterios que atañen a intereses fundamentalmente sociales o del trabajador (protección de determinados colectivos). También hay criterios que atienden a la par a los intereses de la empresa y a los del trabajador, como puede ser el caso de supuestos en que se proponga la adscripción voluntaria a los despidos.

Ahora bien, en la sistemática del presente Epígrafe, he decidido clasificar los criterios de la siguiente manera y por este orden:

- Criterio de la adscripción voluntaria de los trabajadores, que al ser voluntario para los trabajadores, suele plantear menos problemas con el empresario.
- Criterio de la adscripción a un puesto o unidad excedente, por tratarse a mi modo de ver del criterio de selección más objetivo en relación con la causa.
- Criterios vinculados con la antigüedad, que revisten un indudable carácter objetivo y gozan de una considerable aceptación social.
- Criterios principalmente atinentes a intereses empresariales, donde incluyo:
 - Criterios de rentabilidad económica: muy frecuentes en reestructuraciones por causas económicas.

⁵⁷¹ Algún autor, como PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 135, distingue entre criterios “objetivos”, donde enmarca la adscripción a una línea, departamento o centro que desaparece; la antigüedad; o la forma de ingreso en el caso de empresas públicas (se refiere a acceso mediante procesos concurrentes). Por otro lado, distingue los criterios “subjetivos” o “individuales”, donde incluye la polivalencia, la adaptación de las líneas de negocio que permanecen, etc. Esta nomenclatura merece un cierto cuestionamiento por mi parte. En este sentido, la referencia a “objetivos” puede inducir a confusión respecto al requisito de objetividad que se predica de todos los criterios de selección. A la par, la referencia a “subjetivos” puede inducir a pensar que se trata de criterios no objetivos, basados en motivos arbitrarios o que implican diferencias de trato entre los trabajadores.

- Criterios sobre la capacidad y competencia del trabajador: polivalencia, desempeño, productividad, etc., con especial incidencia en sus mecanismos de medición y evaluación.
 - Criterio vinculado al absentismo del trabajador, con las cautelas en materia de discriminación por razón de discriminación.
 - Proximidad del trabajador al momento de su jubilación (edad), con referencia al debate sobre su incidencia constitucional y las medidas para contrarrestar el perjuicio ocasionado por el despido.
- Criterios de índole social que pretenden proteger a los colectivos que pueden verse más perjudicados por la reestructuración (por ejemplo, trabajadores con cargas familiares), y que suelen ser propuestos por el banco social.

5.2.- Criterio relativo a la adscripción voluntaria de los trabajadores al despido

Antes de analizar los criterios que podríamos señalar como “obligatorios”, es decir, en los que el trabajador no tiene posibilidad de elegir si resulta afectado o no, cabe tratar el criterio relativo a la adscripción voluntaria al despido por parte de los trabajadores que – voluntariamente, como indica el nombre– decidan ser afectados por la medida de reestructuración.

El criterio de la adscripción voluntaria es ampliamente aceptado por la doctrina como criterio objetivo que no genera discriminación ni arbitrariedad en la selección, ya que condiciona la afectación a la propia voluntad del trabajador. Es habitual que dicho criterio se conjugue con otros criterios, de suerte que la afectación voluntaria del trabajador quede condicionada por otros criterios que redundan en interés de la empresa, como el nivel de especialización o formación, el rendimiento, etc.⁵⁷² Así, la empresa puede reservarse el derecho a aceptar la inclusión voluntaria de un determinado trabajador, por motivos empresariales.

La SAN de 12 de junio de 2014 (proc. 79/2014) destaca que no debe confundirse el criterio de selección de la adscripción voluntaria en el despido colectivo con la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso ex art. 49.1 a) ET, o con la extinción por voluntad del trabajador ex art. 49.1 d) ET, pues la causa de extinción contractual en el

⁵⁷² Vid. GODINO REYES (2016), p. 367-368.

caso que se estudia sigue siendo el despido colectivo, la cual, de no existir, no motivaría la adscripción del trabajador a ninguna medida extintiva.⁵⁷³

La propia configuración del criterio exige que sea propuesto al inicio del procedimiento de despido colectivo, porque únicamente después de que el empresario conozca cuántos trabajadores –y quiénes– desean verse afectados por el despido, podrán plantearse otros criterios que se combinen con el mismo, así como el verdadero alcance de la medida extintiva. Así lo han confirmado los tribunales, al señalar que el criterio de la adscripción voluntaria puede implicar que se posponga la concreta afectación de los trabajadores que finalmente serán despedidos, ya que no es posible determinarlos sin saber quiénes se acogerán voluntariamente a la medida.⁵⁷⁴

Por su parte, la SAN de 20 de mayo de 2013 (proc. 108/13), confirmada por la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 288/2013), señala que es perfectamente razonable que la concreta distribución de trabajadores afectados no sea absolutamente precisa en un contexto de adscripción voluntaria al despido, sin que de ahí pueda por ello deducirse que “se está dejando en manos de la empresa la selección del personal afectado cuando existe toda una serie de criterios de afectación negociados en el período de consultas”.

En consecuencia, la adscripción voluntaria resulta un criterio perfectamente válido, además de tener la peculiaridad de formularse al inicio del período de consultas a fin de que se puedan negociar el resto de extremos en función de los trabajadores que se adscriban a la medida. A mayor abundamiento, aparte de redundar en interés de los trabajadores, que pueden mostrar interés en verse afectados por la medida, dicho criterio beneficia al empresario, pues la afectación voluntaria siempre implicará menos conflictividad y menor litigiosidad posteriormente que la afectación obligatoria conforme a otros criterios. Ahora bien, sí que es importante, y de hecho suele ser lo habitual, que el criterio de la adscripción voluntaria se conjugue con otros criterios, o esté condicionado por otros criterios que atienden directamente al interés de la empresa. De lo contrario, asumir todas las afectaciones voluntarias que se planteen podría redundar en un desequilibrio de la plantilla que perjudicase a la organización de la empresa.

El ejemplo más importante de recurso al criterio de la adscripción voluntaria lo encontramos en la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, en la que la empresa ofrecía la adscripción voluntaria a todos los trabajadores, aunque, eso sí, condicionada a la aceptación por parte de la empresa. Como medida de incentivo a las

⁵⁷³ Vid. SÁEZ LARA (2015), p. 187.

⁵⁷⁴ SAN de 15 de abril de 2015 (proc. 180/2013).

adscripciones voluntarias, la empresa ofreció una mayor indemnización para los trabajadores voluntariamente afectados, lo cual se ha estimado perfectamente válido para fomentar el recurso a dicha medida.

También es viable establecer el criterio de la adscripción voluntaria no al inicio del procedimiento de despido y con carácter general, sino durante el período de consultas y subordinado a la aplicación de otros criterios obligatorios. Así, puede afectarse una unidad productiva, o un determinado grupo profesional, y dentro del mismo permitir la adscripción voluntaria de quienes lo deseen, disminuyendo con ello la conflictividad que puede generar la decisión unilateral del empresario.

Como reflexión, cabe señalar que se trata de un criterio ventajoso para los trabajadores, pues permite adscribirse al despido a aquellos trabajadores que optan por ello voluntariamente, excluyendo en principio los que no desean ver su contrato de trabajo extinguido. Desde esta perspectiva, es difícil atacar el recurso por parte de la empresa a un criterio como éste. Ahora bien, desde el punto de vista empresarial, es complicado acometer una reestructuración empresarial sólo aplicando el criterio de la adscripción voluntaria, pues el empresario tendrá más intereses en juego a la hora de decidir qué trabajadores se quedan o no en la empresa, más allá de la voluntad de ver extinguido su contrato. En este sentido, es legítimo que el empresario desee valorar criterios como el desempeño profesional, la formación, la experiencia, etc., a fin de garantizar que su plantilla es la óptima para afrontar los retos de la empresa tras la reestructuración. Aun así, supone una buena opción desde el punto de vista organizativo combinar el criterio de la adscripción voluntaria (acorde con los intereses de los trabajadores), con otros criterios que atienden a intereses directos del empresario (desempeño profesional, formación, experiencia), o incluso con otros de orden social (situación familiar, etc.).

5.3.- Criterio relativo a la adscripción a un puesto o unidad excedente

A parte de la adscripción voluntaria, el resto de criterios de selección tienen un carácter obligatorio, de suerte que los afectados se ven involuntariamente adscritos al despido, en función de un criterio determinado. Un criterio que ha sido considerado objetivo y válido por los tribunales, y me atrevería a decir que el más objetivo, es el relativo a la adscripción a los puestos de trabajo que precisamente resultan excedentes y de los que la empresa requiere prescindir. Así, se verían afectados y extinguidos los puestos de trabajo que conformen la unidad o área de la empresa sobre la que la causa económica tiene incidencia. La adscripción en este sentido puede ser a un grupo profesional, a un puesto

concreto de trabajo, o a un departamento, sección, unidad productiva o centro de trabajo, que van a verse afectados por la reestructuración. Si la reestructuración afecta al puesto en sí, o a la unidad o centro en su conjunto, el criterio de la adscripción al puesto o unidad excedente bastará por sí sólo, en línea de principio, para justificar la afectación del trabajador. Ahora bien, cuando la medida afecte a una unidad o centro de manera parcial, el mencionado criterio servirá únicamente para determinar la afectación de modo parcial, ya que serán necesarios otros criterios concurrentes para determinar, dentro de la unidad o centro afectado, qué concretos trabajadores se verán afectados.

El recurso a este criterio de selección será válido si se acredita la necesidad objetiva de prescindir el puesto o unidad de que se trate. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que se cierra un centro de trabajo y se afecta a los trabajadores adscritos al mismo, sin afectar a los trabajadores adscritos a otros centros de la misma empresa.⁵⁷⁵

En definitiva, la adscripción al puesto o unidad excedente constituye uno de los criterios más objetivos y directamente vinculado con la causa originadora de la medida extintiva, siendo muchas veces incluso de obligatoria aplicación por parte del empresario, pues no se entendería que el empresario no utilizase como criterio de afectación la adscripción del trabajador a las unidades en las que tiene incidencia el despido. Aun así, el criterio siempre será conjugado con otros que atiendan a circunstancias más concretas, en particular en aquellos casos en los que, como he comentado, la medida de reestructuración no afecte a la unidad en cuestión en su totalidad.

5.4.- Criterios relativos a la menor antigüedad en la empresa

Tras el criterio de la adscripción voluntaria, que plantea poca conflictividad con los trabajadores, y el criterio de la adscripción a puestos o unidades excedentes, que tiene una lógica clara condicionada por la inevitable incidencia de la causa de despido, el siguiente criterio que, a mi modo de ver, reviste una mayor objetividad y al que se recurre frecuentemente por su amplia aceptación social es el relativo a la menor antigüedad en la empresa. De este modo, los trabajadores con menor antigüedad serán los primeros en ser afectados, y así sucesivamente en orden de menor a mayor antigüedad.

⁵⁷⁵ Vid. STSJ Castilla y León de 4 de febrero de 2015 (rec. 41/2015): “En este caso el criterio de selección de los trabajadores adscritos al centro de Valladolid que se cierra, tratándose de empresa privada, no presenta defecto alguno de legalidad, ni contraviene precepto legal, reglamentario o convencional alguno.” En la STSJ Madrid de 8 de mayo de 2013 (rec. 5858/2012), los trabajadores afectados lo habían sido por prestar servicios en el almacén que la empresa cerró.

En el ordenamiento español el recurso a dicho criterio tiene un antecedente histórico en la normativa previa a la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, en la que se regulaba un complejo y confuso sistema de “preferencias” en la que, entre otros criterios, la afectación se realizaba por orden inverso al de la antigüedad en la empresa. El criterio también está muy presente en otros ordenamientos jurídicos europeos, tal y como se ha señalado en el Capítulo I, y se corresponde con el principio del *last in, first out* propio del régimen de despidos colectivos en Reino Unido.

La antigüedad es un dato objetivo que se relaciona con el tiempo de permanencia del trabajador en la empresa, y por ello mismo puede usarse como criterio de selección, habitualmente contemplando como criterio de afectación al despido el menor tiempo de antigüedad del trabajador en la empresa, por lo que los trabajadores con mayor antigüedad tendrán indirectamente una preferencia para permanecer en la empresa o ser afectados en último lugar. La antigüedad es un criterio con aspectos positivos, debido principalmente a su carácter objetivo, y el empresario puede estar interesado en que permanezcan en la empresa los trabajadores con una mayor antigüedad, no sólo por la mayor vinculación que se ha establecido entre trabajador y empresa durante ese tiempo, y que se pretende premiar, sino también por otras razones que pueden relacionarse con la causa del despido, como puede ser el menor coste indemnizatorio de los trabajadores de menor antigüedad –lo que cohonstaríamos con una causa económica–, o el mayor nivel de experiencia profesional de los trabajadores de mayor antigüedad –que puede relacionarse con causas organizativas o técnicas–. En consecuencia con ello, el criterio de la edad ha sido tradicionalmente el más utilizado por los interlocutores sociales.⁵⁷⁶

En línea con ello, también es posible recurrir al criterio de afectación basado en la mayor –no menor– antigüedad en la empresa, por razones como el mayor coste salarial de esos trabajadores en procedimientos fundados en causas económicas,⁵⁷⁷ aunque en ese caso concreto parecería más lógico utilizar directamente como criterio el relativo a los costes salariales.

En cualquier caso, la antigüedad puede referirse a la antigüedad en la empresa, y también a la antigüedad en el puesto de trabajo, grupo profesional, funciones, o departamento o

⁵⁷⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993), p. 63.

⁵⁷⁷ Así lo valora la STSJ Castilla y León de 13 de junio de 2013 (rec. 732/2013), que indica que la elección de los trabajadores con mayor antigüedad en casos de despidos económicos se fundamenta en la “mayor eficacia contributiva para la superación de la situación económica negativa”, en tanto que una mayor antigüedad implica unos mayores costes salariales para la empresa. Ahora bien, este razonamiento no tiene en cuenta los también mayores costes indemnizatorios de estos trabajadores.

unidad productiva, siempre que se justifique el recurso a dicho criterio.⁵⁷⁸ Así, por ejemplo, no es infrecuente encontrar procedimientos en los que se acude, por ejemplo, al criterio de afectación relativo a la adscripción a la unidad excedente, y dentro de la misma, al criterio de la menor antigüedad.

Como destaca la STSJ Castilla y León de 13 de junio de 2013 (rec. 732/2013), el art. 17 ET no contempla la mayor o menor antigüedad del trabajador como “factor susceptible de originar situaciones de desfavorable discriminación”, siendo esos factores de discriminación la edad, la discapacidad, el sexo, el origen, el estado civil, la condición social, la religión o convicciones, las ideas políticas, la orientación o condición sexual, la adhesión o no a un sindicato a sus acuerdos, los vínculos de parentesco con personas de la empresa, y la lengua dentro del Estado español. En consecuencia, no cabe considerar el recurso a la antigüedad del trabajador como criterio discriminatorio en ningún caso, pues atañe a una circunstancia objetiva aplicable de igual manera a todos los empleados.

5.5.- Criterios vinculados con el coste económico del trabajador

Tras el estudio de los criterios que a todas luces resultan menos problemáticos o más neutros, cabe ahora entrar a comentar aquellos criterios que atienden a algún interés empresarial y que se relacionan con las causas alegadas para acometer la reestructuración. Así, en los procedimientos de despido colectivo fundados en causas económicas, uno de los criterios más coherentes y que más atienden al interés legítimo de la empresa es el relativo al coste económico que el trabajador le supone al empresario, bien respecto al mantenimiento de su puesto (costes sociales y salariales) o bien respecto a su amortización (costes indemnizatorios).

Se trata pues de criterios basados en aspectos de índole económica, y que pueden referirse al coste salarial y social, es decir, el coste económico de abonar al trabajador un salario y abonar unas cuotas a la Seguridad Social; o bien al coste indemnizatorio, es decir, el coste económico de despedir a un trabajador, al llevar aparejado el abono de una indemnización.

En este sentido, el (mayor) coste económico salarial y social que el trabajador le suponga al empresario es un criterio empleado por las empresas para la afectación de trabajadores

⁵⁷⁸ CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 173.

en despidos fundados en causas económicas, y ha sido considerado válido por los tribunales, que lo califican de concreto y coherente con la causa.⁵⁷⁹

Si bien es cierto que el mayor coste salarial y social se corresponderá normalmente con los trabajadores de mayor antigüedad, hay que tener presente que, a mi modo de ver, se trata de dos criterios de selección diferentes; y, en este sentido, por lo que respecta a las causas económicas, considero mucho más coherente el criterio del mayor coste salarial y social del trabajador, que el criterio de mayor antigüedad, que tendría una conexión más mediata con la causa.

El (menor) coste económico indemnizatorio originado por la extinción de determinados contratos puede ser también un criterio empleado por el empresario en despidos fundados en causas económicas. Del mismo modo, si bien el menor coste de las extinciones suele corresponder con la menor antigüedad de los trabajadores, volvemos a estar ante dos criterios diferentes, siendo el del coste indemnizatorio el que más inmediatamente cohonesta con la causa económica.

También es de interés señalar que resulta difícil justificar, en un despido por causas económicas, el recurso al criterio de afectación por el mayor coste salarial y social de mantener a un trabajador (normalmente, los de mayor antigüedad), o, indistintamente, al menor coste indemnizatorio de despedir a un trabajador (normalmente, los de menor antigüedad), cuando es evidente que afectan a trabajadores distintos y, al menos desde un punto de vista teórico, plantean una cierta incoherencia entre ellos. Me refiero al hecho de que los trabajadores con mayores costes salariales y sociales suelen ser también los que mayores costes indemnizatorios plantean en el momento de la extinción. También es cierto que los costes indemnizatorios se producen en un momento determinado en el tiempo, mientras que los costes salariales y sociales se extienden a lo largo del tiempo, por lo que el empresario puede estar interesado en ahorrarse unos u otros según la situación económica de la empresa.

Por lo tanto, habrá que estar a las circunstancias concretas, y el empresario deberá justificar a cuál de los criterios recurre y por qué motivos. En suma, el recurso a uno de estos criterios, bien sea el ahorro que supone despedir a los trabajadores con mayores salarios (y cotizaciones), o bien sea el ahorro que supone despedir a los trabajadores con menores indemnizaciones devengadas, que en muchas ocasiones se configura como

⁵⁷⁹ En la STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013), asunto Telemadrid, confirmada por la STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), se señaló precisamente que no era coherente con la causa económica que no se extinguieran los contratos de los trabajadores que suponían un mayor coste salarial, precisamente en algunas de las unidades en las que se efectuaron otras muchas extinciones.

criterio de la rentabilidad del puesto de trabajo, debe de estar razonado y conectado con las causas alegadas en la memoria explicativa, que normalmente serán económicas.

5.6.- Criterios que atañen a cualidades y competencias profesionales

Dentro de los criterios que responden principalmente a intereses empresariales, como por ejemplo los relaciones con el coste económico del puesto de trabajo –conectados con causas económicas–, encontramos otros relacionados más bien con características del propio trabajador que resultan de interés para la empresa. Se abordan en este punto criterios relativos a la cualidad personal y competencias profesionales del trabajador, que resultan de gran interés para la empresa a la hora de decidir qué trabajadores son los más idóneos para continuar en la empresa y llevar a cabo de la mejor manera posible el proyecto empresarial. Lo habitual es que este tipo de criterios se conecten con causas de tipo técnico, organizativo o productivo, aunque considero que no siempre tiene por qué ser así, ya que con independencia de la causa, el empresario siempre va a tener un interés legítimo en que en la plantilla permanezcan aquellos trabajadores más cualificados para el puesto que corresponda.

Resulta pues muy justificado en una situación de reestructuración empresarial acudir a criterios basados en las competencias profesionales y aptitudes de los trabajadores, pues aquellos con una mayor capacitación están en mejores condiciones de garantizar la continuidad de la empresa en el futuro. Se trata de criterios susceptibles de ser evaluados, lo que determina que tendrán que ser evaluados conforme a un sistema objetivo. En consecuencia, en este tipo de criterios habrá que estar atentos a la objetividad del propio criterio en sí, como también a la objetividad del sistema de medición, valoración o evaluación del mismo, ya que un criterio objetivo en abstracto puede ser evaluado de manera arbitraria.

5.6.1.- Polivalencia funcional y otras cualidades personales y profesionales

La polivalencia funcional, si bien así formulado sin mayor detalle tiene una configuración bastante genérica, es la capacidad de asumir cambios y adaptarse con éxito a funciones distintas de las que uno realiza. Se trata pues de un criterio de gran interés para el empresario, a quien le va a interesar que los trabajadores puedan adaptarse a realizar distintas funciones, sobre todo después de una reestructuración, en que puede resultar muy necesario.

Los tribunales han avalado el recurso al criterio de la polivalencia funcional. Así, la SAN de 25 de febrero de 2013 (proc. 324/2012) considera la polivalencia como un criterio de selección adecuado, ya que es necesario para adaptarse a los nuevos requerimientos del trabajo, en una situación de reestructuración por motivos productivos.

Pero no sólo la polivalencia funcional, sino otros criterios relativos a las cualidades o competencias del trabajador son válidos y suelen ser tenidos en cuenta en los procesos de reestructuración, en la mayoría de los casos apreciados de manera conjunta.

En la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, se contemplan “criterios de evaluación multifactorial”, entre los que había la formación, la experiencia en el puesto, la polivalencia, y también otros de más dudoso encuadre por su carácter genérico, como el “trabajo en equipo” y el “grado de implicación”. El TS consideró que, “aunque los debatidos criterios resulten innegablemente genéricos”, los mismos eran “prolijos” en su enumeración, y en el acuerdo se hacía una mención expresa a que debían aplicarse con respeto a los derechos fundamentales y a la legislación vigente, por lo que considera que fueron expresados con una “calidad de planteamiento”, aun teniendo en cuenta las complejidades de la empresa en que se planteaba, de modo que los representantes de los trabajadores no hicieron ninguna objeción a los mismos durante la negociación.

Ahora bien, esta postura del Tribunal Supremo habría que tomarla con precaución, y entenderla en el marco del procedimiento en que se planteó, y que es el de una empresa como Tragsa, de carácter público, y con un elevado número de trabajadores y complejidad en sus actividades y organización, con el añadido de que los representantes de los trabajadores no hicieron alegación ninguna durante el período de consultas. Señalado esto, los criterios inicialmente propuestos son innegablemente genéricos, y pueden dar lugar a afectaciones basadas en la subjetividad y arbitrariedad, por lo que habrá que estar a cada caso concreto para evaluar cómo se concretan dichos criterios en los trabajadores individualmente afectados. Del mismo modo, la cláusula genérica relativa a que la aplicación de los criterios se hará “con respeto a los derechos fundamentales y a la legislación vigente”, no puede servir como salvaguardia frente a la expresión de unos criterios claramente genéricos y que resultan de difícil concreción.

Por ello, a mi modo de ver, la cláusula de respeto a los derechos fundamentales, genéricamente expresada, no puede servir para eximir al empresario del deber de aportar unos criterios concretos, suficientes y coherentes, pues de lo contrario las empresas podrían recurrir a introducir dicha expresión de respeto a los derechos fundamentales, sin más concreción, como una cláusula de estilo que les permitiera soslayar sus deberes de

información al inicio del período de consultas, impidiendo a la representación de los trabajadores llevar a cabo una efectiva negociación. A ello cabe añadir, a mayor abundamiento, que el respeto a los derechos fundamentales y a la legislación vigente, se entiende implícita en la obligación empresarial de expresar los criterios de selección y cualquier otro dato al inicio del período de consulta, por lo que no sería necesario expresarlo.

En línea con este tipo de criterios fundados en las cualidades o competencias del trabajador, la normativa previa a la Ley del ET de 1980 contemplaba, precisamente, la “especialización profesional” como una posible excepción al sistema de “preferencias” vigente en aquel momento. De este modo, aplicados los órdenes de prelación que indicaba aquella normativa, el empresario podía excluir a determinados trabajadores de la afectación por razón de su especialización profesional, siempre que ésta resultase necesaria para el puesto desempeñado.

Desde mi punto de vista, dentro de este grupo de criterios, los que revisten un mayor grado de objetividad son el nivel de formación o el nivel de especialización, así el grado de experiencia profesional o en el puesto.

Otros criterios revisten también un carácter objetivo, pero habrá que estar atentos a su sistema de evaluación, por la potencial subjetividad que pueden implicar. Me refiero a criterios como la polivalencia funcional o la capacidad para ser reubicado, el trabajo en equipo o el grado de implicación.

Es de destacar el caso de la STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (proc. 18/2013), asunto Telemadrid, en el que se valoran criterios objetivos (como la adscripción a los departamentos afectados), junto con otros como la “imagen” del trabajador, la “especial significación periodística”, el valor o desarrollo organizativo del trabajador, o el valor o desarrollo de gestión del mismo, que la sentencia considera “subjetivos e individuales”. A pesar de todo, la sentencia admite la regularidad de la aportación documental referida a los criterios de selección, declarando el despido no ajustado a derecho por no acreditación de las causas alegadas.

5.6.2.- Criterios sobre el desempeño, rendimiento y productividad

Claramente dentro de los criterios basados en las cualidades personales o competencias profesionales del trabajador, cabe citar también los criterios basados en el desempeño, el rendimiento o la productividad del trabajador. Si bien criterios anteriormente citados, como la formación, la especialidad o la polivalencia, tienen una configuración más

general, los criterios relativos al desempeño, rendimiento y productividad del trabajador tienen que ver con su resultado concreto en la propia empresa. Se trata de criterios razonables, en tanto que la empresa va a preferir que permanezcan en ella los trabajadores que mejor desempeño han demostrado en la misma.

Del mismo modo que se ha apuntado en el caso anterior, uno de los elementos principales a la hora de valorar la adecuación de los criterios basados en el desempeño del trabajador es también el de su medición. En otras palabras, el sistema de medición, valoración o evaluación del desempeño, el rendimiento o productividad del trabajador, resulta crucial a la hora de determinar la adecuación de dichos criterios que, si bien tienen una configuración objetiva, pueden prestarse a arbitrariedades en su modo de valorarse.

Por ello, los sistemas de medición de criterios como el desempeño, el rendimiento o la productividad deberán ser objetivos, concretos y fiables, de manera que permitan la identificación de los concretos trabajadores afectados basándose en parámetros objetivos evaluables. En este punto además, es habitual que los sistemas de lo que se conoce como evaluación de las competencias o del desempeño se base en baremos y escalas de puntuación, que valoran distintos parámetros, de suerte que permiten determinar qué trabajadores han tenido un mejor desempeño en la empresa.

En consecuencia, deberá evitarse el recurso a sistemas que impliquen una cierta subjetividad, como la medición del “grado de satisfacción del cliente”, que no se basa en parámetros objetivos y depende únicamente de la subjetividad del cliente que evalúa.⁵⁸⁰

Los tribunales admiten como válidos los sistemas de evaluación del rendimiento, siempre que revistan carácter objetivo, y partiendo de la aceptación del rendimiento mismo como un criterio válido.⁵⁸¹ De hecho, sobre la selección basada en el criterio del rendimiento, la SAN de 11 de marzo de 2013 (proc. 381/2012) señala que dicho criterio es un “medidor razonable y objetivo” que en definitiva guarda coherencia con el objetivo perseguido por la empresa, que en dicho supuesto es el de aumentar la competitividad y productividad en la empresa, siendo el modo más efectivo de conseguirlo que permanezcan en la empresa los trabajadores más productivos.

También es conocido el caso del despido colectivo que afectó al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, tratado en la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 198/2013), en el que se recurrió al criterio de la evaluación continua, una modalidad de la evaluación del rendimiento. Para ello, se seleccionaba a los trabajadores con “mayor competencia

⁵⁸⁰ En materia de evaluación del desempeño, vid. JABATO DÍAZ (2014).

⁵⁸¹ Vid. CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 180.

técnica, formación, experiencia y polivalencia”, criterios que el tribunal considera genéricos, pero cuyo conocimiento sobre su correcta aplicación o no a los trabajadores concretos afectados corresponde a los litigios individuales que puedan plantearse.

La STSJ Madrid de 14 de octubre de 2013 (rec. 891/2013), asunto UGT, ha rechazado el recurso a criterios genéricos, como la idoneidad, el impacto social o el grado de satisfacción de los servicios prestados, pero señala que “cuestión distinta es que se hubiera vinculado, por ejemplo, al resultado de evaluaciones del desempeño del trabajo que, en determinadas empresas se realizan cada cierto periodo de tiempo, para medir o tratar de hacerlo al menos, la productividad de cada empleado”. Es decir, recurrir a criterios genéricos sería admisible, siempre que se vinculen a sistemas de medición del rendimiento que revistan un carácter objetivo. En los despidos que afectaban a la empresa Incasòl, se recurrió a criterios relativos a un “sistema de evaluación de competencias, de conocimiento y de experiencia”, como, por todas, señala la STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2018 (rec. 2531/2018). El recurso a dichos criterios se admitió como válido, ya que los parámetros a evaluar estaban detalladamente expresados y se valoraban conforme a un sistema de puntuaciones.

Por supuesto, la evaluación de aspectos como el rendimiento de los trabajadores debe tener en cuenta una eventual incidencia indirectamente discriminatoria que perjudique a determinados colectivos, como los trabajadores con discapacidad o las mujeres trabajadoras.⁵⁸² En este sentido, en la STSJ Navarra de 30 de noviembre de 2012 (rec. 398/2012) se valoró la productividad de la plantilla junto con el absentismo mediante un sistema de puntuación, que fue considerado adecuado por el tribunal, sin que fuese posible alegar afectación discriminatoria de tres trabajadores afiliados a un sindicato que resultaron mal parados en la puntuación, ya que los criterios se aplicaron de manera idéntica la totalidad de la plantilla. La STS de 14 de octubre de 2014 (rec. 3054/2013) también confirma el carácter no discriminatorio de dichos criterios, al no apreciar “indicio alguno serio de fraude de ley o abuso de derecho o que se haya procedido por móviles discriminatorios”.

Desde una óptica garantista, es recomendable que la evaluación del desempeño valore aspectos objetivos, como el grado de consecución de objetivos, las horas facturadas, o susceptibles de ser medidos objetivamente, como el nivel de productividad, evitando

⁵⁸² A este respecto, y lo que refuerza el carácter razonable y objetivo del criterio del rendimiento, es que, además, los representantes de los trabajadores introdujeron algunas correcciones durante el período de consultas, como que no se vieran afectados determinados puestos de trabajo y que no se desequilibrara la plantilla en perjuicio de las mujeres trabajadoras.

otros más genéricos como la “eficiencia” o la “eficacia”, que revisten un carácter más subjetivo.

5.6.3.- La medición mediante herramientas informáticas

En torno a la problemática medición de factores como la evaluación del desempeño, el rendimiento o la productividad, se ha discutido la incidencia de la medición de dichos parámetros mediante herramientas informáticas. Se trata de herramientas o aplicaciones de carácter informático que pueden recomendar los expertos en gestión de recursos humanos, y cuya utilización puede suponer indicio suficiente de que no ha habido arbitrariedad en la selección, siempre que el método utilizado sea fiable y mida variables objetivas.⁵⁸³

Los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre el uso de dichas herramientas. Así, en la SAN de 28 de octubre de 2013 (proc. 284/2013), confirmada por la STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 145/2014), se valoró como criterio de afectación para el despido el criterio relativo a la “baja empleabilidad” de los trabajadores. Asumiendo que el nivel de empleabilidad está vinculado con el rendimiento y supone un criterio objetivo y legítimo para el empresario a la hora de seleccionar qué trabajadores van a permanecer en la empresa, dicho criterio fue medido a través de una herramienta informática denominada “PON”, que medía el tiempo facturable de cada trabajador a través de una aplicación denominada “ARVE”. La sentencia considera válidos tanto el criterio como el mecanismo de medición empleado.

Se trata de herramientas informáticas utilizadas como mecanismo de selección y que ha sido considerado objetivo por parte de los tribunales, y que además en este caso se adecuaba al fin propuesto, ya que adscribía al despido a aquellos trabajadores con menor volumen de empleabilidad en un contexto de causas económicas y productivas. La clave es que la afectación del trabajador por aplicación del criterio de selección a través de una herramienta informática sea controlable, de modo que pueda valorarse si el trabajador ha sido correctamente adscrito al despido o no. Para ello es determinante que la herramienta sea fiable y valore parámetros objetivos.⁵⁸⁴

⁵⁸³ Sobre esta cuestión, vid. ROQUETA BUJ (2015), p. 65-66.

⁵⁸⁴ Sobre el criterio de la baja empleabilidad, vid. CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 163 y ss.

5.7.- Criterio del absentismo

El nivel de absentismo del trabajador, criterio que atiende a los intereses del empresario y que en cierto modo se conecta con el rendimiento y la productividad, es admitido por los tribunales como criterio de selección, siempre que no se fundamente en motivos discriminatorios.⁵⁸⁵ Así, el criterio relativo al absentismo del trabajador se admite con carácter general como válido, con excepción de los supuestos en que dé lugar a afectaciones discriminatorias.

La SAN de 11 de noviembre de 2014 (proc. 251/2014) recuerda que no se debe confundir el absentismo como criterio de selección en el despido colectivo (art. 51 ET) con el absentismo como causa de despido objetivo individual del art. 52 d) ET.⁵⁸⁶ En éste último caso nos encontramos ante el absentismo como una causa en sí misma para motivar un despido individual objetivo. Ahora bien, en el marco de un despido colectivo del art. 51 ET, en el que en el caso enjuiciado la causa era económica y productiva, el absentismo es, en cambio, un criterio de selección de los varios a los que la empresa recurre para seleccionar a los diversos trabajadores concurrentes que se van a ver afectados.

Se ha considerado discriminatorio recurrir al criterio del absentismo como criterio de selección, si se prescinde de otros criterios que se habían establecido previamente.⁵⁸⁷ En este sentido, lo habitual es que el criterio del absentismo se combine con otros criterios.⁵⁸⁸

En cualquier caso, habrá que prestar atención a la posible incidencia discriminatoria del criterio relativo al absentismo, especialmente por motivos de discapacidad. A este respecto se ha discutido la afectación por absentismo de trabajadores en situación de baja médica de larga duración, como abordó específicamente la SAN de 11 de noviembre de 2014 (proc. 251/2014). Dicha sentencia concluye que la afectación del trabajador en situación de baja médica de larga duración fundada en el criterio del absentismo, no es por sí misma discriminatoria, pero sí podría serlo cuando se afecte a trabajadores que

⁵⁸⁵ Vid. STS de 14 de octubre de 2014 (rec. 3054/2013), y STSJ Navarra de 30 de noviembre de 2012 (rec. 398/2012), ya citadas.

⁵⁸⁶ Sobre el absentismo como causa de despido objetivo ex art. 52 d) ET, téngase presente la STC de 16 de octubre de 2019 (cuestión de inconstitucionalidad 2960/2019), que ha avalado la constitucionalidad de dicho precepto. En línea con ello, recurrir en el despido colectivo al criterio del absentismo conforme a los umbrales que fija dicho precepto, no habría de ser considerado como discriminatorio.

⁵⁸⁷ Tal era el caso del supuesto abordado en la STSJ Galicia de 21 de enero de 2014 (proc. 32/2013), donde la aplicación del criterio del absentismo resultaba en una desproporcionada afectación de trabajadores afiliados a organizaciones sindicales.

⁵⁸⁸ Así sucedía en el asunto Tragsa, STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014).

padecen enfermedades de naturaleza estigmatizante o que se encuentren en una situación que pueda ser calificada de discapacidad.

La sentencia realiza un extenso resumen de la doctrina y jurisprudencia en materia de discriminación por discapacidad y enfermedad,⁵⁸⁹ y que en síntesis determina que la enfermedad en sí misma no es un factor de discriminación, aunque sí que lo es “en circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación, esto es, ante enfermedades o padecimientos que tengan una especial significación social y sean objeto habitual de prejuicios sociales o actitudes de apartamiento o discriminación”. En este sentido, la STJUE de 11 de abril de 2013 [ECLI:EU:C:2013:222], asunto *HK Danmark*, con referencia a la STJCE de 11 de julio de 2006 [ECLI:EU:C:2006:456], asunto *Chacón Navas*, señala que el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE (arts. 1 y 5) “se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”, situación a la que por cierto el empresario está obligado a aplicar las medidas de “ajuste razonable” en los términos del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE.⁵⁹⁰

La jurisprudencia del TJUE en la materia ha desarrollado esta cuestión en los últimos años. Así, cabe citar como más importantes la STJUE de 1 de diciembre de 2016 [ECLI:EU:C:2016:917], asunto *Daouidi*, que entiende la discapacidad como “una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo” que “puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”; así como la STJUE de 18 de enero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:17], asunto *Ruíz Conejero*, en materia de absentismo por enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador. Más recientemente, es de destacar la STJUE de 11 de septiembre de 2019 [ECLI:EU:C:2019:703], asunto *Nobel Plastiques*, que impone al empresario la obligación

⁵⁸⁹ La sentencia cita también las SSTs de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000); de 23 de septiembre de 2002 (rec. 449/2002); y de 12 de julio de 2004 (rec. 4646/2002), en materia de discriminación por discapacidad y enfermedad del trabajador; y la normativa internacional y europea aplicable: Decisión 2010/48/CE, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación;

⁵⁹⁰ Art. 5 de la Directiva 2000/78/CE: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.”

de realizar ajustes razonables para evitar eventuales diferencias de trato que perjudiquen a trabajadores con discapacidad.⁵⁹¹

Pero a los efectos que interesan en este punto, la SAN de 11 de noviembre de 2014 (proc. 251/2014) estableció que “la aplicación como criterio de selección de la situación de baja médica de larga duración no es necesariamente discriminatoria, pero sí puede serlo cuando afecte a trabajadores que sufran enfermedades de naturaleza estigmatizante o cuando afecten a trabajadores cuya situación pueda calificarse de discapacidad”.

En cualquier caso, a la hora de apreciar el criterio del absentismo, resulta recomendable excluir los supuestos que, por su especial sensibilidad social, contempla el art. 52 d) ET, tales como la huelga legal, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, paternidad, o el tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

5.8.- Criterios que atienden a la edad del trabajador: proximidad al momento de la jubilación

Otro tipo de criterios a los que se puede acudir para seleccionar a los trabajadores son los relativos a la edad, bien con referencia al dato mismo de la edad, como referido a momentos de la vida profesional del trabajador directamente vinculados con la edad. El más claro ejemplo de éste último tipo es el criterio que atañe a la cercanía al momento de la jubilación, un criterio que indudablemente se refiere a la mayor edad de los trabajadores afectados.

Es habitual el recurso al criterio de la edad en despidos colectivos pactados, en los que se recurre a lo que se conoce como planes de desvinculación en los que se fomenta la prejubilación o jubilación anticipada de los trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación.⁵⁹² En contraprestación a su salida, la empresa suele acordar una serie de contraprestaciones económicas que pretenden servir de protección social para un colectivo que va a tener dificultades para acceder de nuevo al mercado laboral. Tales contraprestaciones pueden venir en forma de prestaciones sociales de prejubilación o de mejoras voluntarias en las prestaciones de desempleo, o incluso de condiciones indemnizatorias más ventajosas.

⁵⁹¹ Pueden leerse comentarios a la misma en ROJO TORRECILLA (2019), y BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ (2019).

⁵⁹² Vid. PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 136.

Ahora bien, también es posible y ha sido admitido por los tribunales el recurso al criterio de la edad fuera de los planes voluntarios de jubilación, es decir, en despidos no pactados. Es decir, la afectación de los trabajadores conforme a la edad de manera involuntaria, por decisión del empresario. Si bien el recurso al criterio de la edad se admite con carácter general, no puede olvidarse que se trata de un criterio que alude a una circunstancia sensible, como es la de la edad, y lo es por la posible discriminación a la que podría dar lugar. En este sentido, el recurso al criterio de la edad debe estar justificado y ser coherente con la causa del despido, y no debe fundados en motivos discriminatorios basados en la edad del trabajador.⁵⁹³

La doctrina contencioso-administrativa de los TSJ admitió el recurso al criterio de la edad como parámetro de selección de los afectados en un despido colectivo, y consideró que no era discriminatorio, y sí más beneficioso socialmente desde una óptica de conjunto, ya que los trabajadores con una edad más próxima a la edad de jubilación gozan de mayor protección social que los trabajadores más jóvenes, por lo que el despido tiene una menor incidencia personal para ellos, y una menor incidencia social en conjunto. Así cabe mencionar la STSJ Madrid (CA) de 22 de septiembre de 2006 (rec. 1932/2003), que señala que “el criterio de selección de trabajadores afectados en razón a su edad [...] no puede calificarse de discriminatorio a estimación de este Ministerio, y sí más beneficioso para el conjunto del colectivo total de trabajadores de la plantilla de la empresa, teniendo en cuenta la difícil reinserción en el mercado laboral de otros trabajadores de la plantilla de la empresa de menor edad que aquellos que pueden optar por acogerse a dicho sistema de prejubilación”; así como la STSJ Madrid (CA) de 28 de abril de 2006 (rec. 1992/2003), que señala que “las reducciones de plantilla van a ser limitadas y van a afectar a un grupo de trabajadores, los mayores de 60 años, que por haber cotizado largo tiempo a la Seguridad Social y por hallarse próximos a la edad de jubilación, objetivamente van a resultar menos afectados que el resto de los trabajadores”.

No sucede lo mismo cuando la empresa recurre al criterio de la edad por motivos discriminatorios, por ejemplo presumiendo que los trabajadores de mayor edad tienen menos capacidades o una mayor dificultad de adaptación, lo cual es claramente

⁵⁹³ En la doctrina, GOERLICH PESET (1994b), p. 175, considera que fuera de las discriminaciones “clásicas”, el principio de no discriminación juega de forma relativa, pues queda inserto en la lógica de la reestructuración empresarial. Así, no se advierte discriminación por edad cuando el despido afecta a trabajadores de mayor edad, ya que éstos acceden al sistema de seguridad social, y hay una justificación conforme con los principios de solidaridad e igualdad real. De hecho, para estos trabajadores hay unos “resultados socialmente menos gravosos desde la perspectiva colectiva de los intereses de los trabajadores”, y se minimizan los costes sociales de la medida, puesto que los afectados están más protegidos que los trabajadores con menor edad. Vid. RDGT de 3 de octubre de 1986.

discriminatorio. Asumir que los trabajadores de mayor edad tienen una mayor dificultad de adaptación a los cambios técnicos, sin concretarlo ni objetivarlo, resulta claramente discriminatorio, pues no es admisible acudir al criterio de la mayor edad presumiendo de forma discriminatoria que dicho colectivo tiene menor capacidad de adaptación al cambio u otras capacidades fundadas en prejuicios no contrastables objetivamente.

En este sentido, la STSJ Cataluña (CA) de 15 de diciembre de 2003 (rec. 15/2002) rechaza el recurso al criterio de la edad cuando se hace presuponiendo una menor aptitud a los trabajadores de mayor edad. Así, señala que “la empresa parte de una situación objetivable a cualquiera que tenga una edad determinada, pero a ello debe oponerse que la capacidad formativa y de adaptación al nuevo sistema de trabajo puede, de concurrir, posibilitar el acceso a la extinción del contrato por causas objetivas del artículo 51 del Estatuto por ineptitud del trabajador sobrevenida, pero ello exige una mínima actividad de prueba y por consiguiente no una suerte de presunción de ineptitud a partir de determinada edad.” Lo mismo sucedía en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2015 (rec. 32/2014), en la que se afectó conforme al criterio de mayor edad de los trabajadores, presuponiéndoles una menor capacidad de adaptación a unos cambios tecnológicos que tampoco se especificaron.⁵⁹⁴ En cambio, la STSJ Madrid (CA) de 28 de abril de 2006 (rec. 1992/2003), que admite el recurso al criterio de la edad, además del argumento de la menor incidencia del despido sobre los trabajadores de mayor edad, se refiere a “la lógica falta de adaptación de esos trabajadores de edad avanzada a las nuevas tecnologías que se incorporan a la empresa por exigencias de competencia y productividad”, argumento con el que no me muestro de acuerdo y que sin duda constituye un motivo de discriminación por razón de mayor edad.

Ahora bien, en línea con lo señalado al inicio del Epígrafe, el recurso a criterios vinculados con la edad del trabajador no tiene por qué atener a razones discriminatorias. Por ello, y para compensar la posible incidencia negativa del criterio relativo a la edad, los tribunales han admitido que los trabajadores de mayor edad fueran afectados por el despido colectivo con unas condiciones más ventajosas que las del resto de trabajadores afectados. Así, la STSJ Madrid de 5 de diciembre de 2014 (rec. 504/2014) aborda un caso

⁵⁹⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2015 (rec. 32/2014): “Presumir, como hace la empleadora, que un grupo genérico de trabajadores, por razón de la mayor edad, tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados, supone una discriminación prohibida [...], al igual que la supondría si esa presunción viniera determinada por razón de sexo, raza, etc. No es que se haya tenido en cuenta la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores como instrumento para disminuir los efectos perjudiciales del despido, posibilitando e incentivando su jubilación. Es que, sin ninguna individualización, se ha deducido su menor capacidad de adaptación a no se sabe qué cambios.”

de una empresa que recurrió al dato de la “edad igual o superior a 58 años” como criterio de afectación de los trabajadores, a los cuales se les ofrecían unas condiciones indemnizatorias más ventajosas. Dicha sentencia considera que es razonable y justificado que la empresa quiera mantener en la plantilla a los trabajadores más jóvenes, ya que se considera que éstos tendrían más dificultades para subsistir sin trabajo debido a que su corta vida laboral les proporciona una menor protección social. De lo que se trata, por otro lado, es de prescindir en la empresa de aquellos trabajadores que se encuentran más cercanos a la edad de jubilación, y que no tendría sentido mantener tras la reestructuración para, a los pocos años después, tener que salir de la empresa por haber accedido a la jubilación.⁵⁹⁵

El Tribunal Supremo ha avalado en diversas ocasiones el recurso a criterios vinculados con la mayor edad del trabajador. Así, la STS (3ª) de 15 de junio de 2005 (rec. 7284/2000)⁵⁹⁶ admitió la utilización del criterio referido a la proximidad a la edad de jubilación, que no podía ser considerado desproporcionado a los fines perseguidos por la empresa. El argumento principal al que se recurre, y considerando que lo que está en juego con la reestructuración es la viabilidad futura de la empresa, es que se trata de contratos de trabajo de los que, igualmente, se va a prescindir en un breve espacio de tiempo, por encontrarse próximos al momento de su jubilación, cuando saldrán de la empresa, por lo que ello puede tener nuevamente incidencia sobre la composición de la plantilla de la empresa al poco después de su reestructuración. En este sentido, extinguir los contratos de trabajo de quienes se encuentran más próximos al momento de la jubilación es una medida razonable desde la perspectiva de la situación económica negativa que atraviesa la empresa, ya que mantener a dichos trabajadores en plantilla supondría, al poco tiempo, un perjuicio a la empresa, que tendría que sustituir a los trabajadores jubilados por otros.⁵⁹⁷

Por otro lado, la STS (3ª) de 18 de octubre de 2007 (rec. 3418/2005) descarta la existencia de trato desfavorable respecto a los trabajadores cercanos al momento de la jubilación que se ven afectados por el despido, pues considera que se encuentran en una situación diferente a la de otros trabajadores con una carrera profesional aún por delante. Los

⁵⁹⁵ En este punto, es importante el razonamiento que haga la empresa en la memoria explicativa en cuanto a la elección de dicho criterio. Es razonable que la empresa quiera tener una plantilla estable tras la reestructuración, sin tener que afrontar jubilaciones de personal al poco tiempo de llevar a cabo la reestructuración. Ahora bien, en algún caso, como en la STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), se optó por despedir, entre otros, al “personal cuyo despido sería antieconómico por estar próxima su jubilación”, así que habrá que estar al caso concreto.

⁵⁹⁶ Confirma la STSJ Madrid (CA) de 13 de septiembre de 2000 (rec. 327/2000).

⁵⁹⁷ Vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 119.

trabajadores que se encuentran próximos al momento de la jubilación gozan de una posición de cara a la Seguridad Social que les beneficia y que compensa socialmente el perjuicio de perder su empleo (mayores cotizaciones, prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, proximidad a la jubilación, ayudas para el fomento del empleo, etc.).

También la STS (3ª) de 9 de marzo de 2011 (rec. 3980/2009) admite la edad cercana al momento de la jubilación como criterio de selección, pues considera “razonable” que se vean afectados aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación por los menores perjuicios que les acarrearán el despido.⁵⁹⁸

Por otro lado, es de destacar la STSJ Comunitat Valenciana de 2 de mayo de 2013 (rec. 561/2013), relativa al despido colectivo en el Instituto Valenciano de la Vivienda (IVVSA), y que considera que no existía discriminación por razón de edad en el despido de trabajadores mayores de 55 años, pues la extinción de su contrato se había efectuado de conformidad con los criterios acordados con la representación de los trabajadores, uno de los cuales señalaba: “con el objetivo de establecer una estructura de plantilla que se mantenga a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador, se aplicará como criterio de selección el de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación más próxima a la jubilación con suscripción de convenio especial en aquellos casos en que sea preceptivo”, con lo que fueron despedidos todos los trabajadores de 55 o más años de edad.

Dicha sentencia fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que se pronunció en la STC 66/2015, de 13 de abril (rec. 3875/2013), que desestimó el recurso y consideró que el criterio de la edad superior a los 55 años es un criterio razonable y adecuado para seleccionar a los trabajadores afectados, descartando la existencia de discriminación. En este punto, el TC se refiere a varios argumentos, siendo el principal relativo al menor perjuicio que para los trabajadores de mayor edad supone verse afectados por el despido colectivo, ya que dichos trabajadores cuentan con un nivel reforzado de protección social.⁵⁹⁹ Con ello, el criterio de la edad puede resultar proporcionado, pero siempre que se adopten medidas para minimizar las consecuencias negativas de esos despidos. Entre esas medidas, destaca la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social que prevé el art. 51.9 ET, a lo que hay que añadir, en el

⁵⁹⁸ Vid. SÁEZ LARA (2015), p. 183-185.

⁵⁹⁹ En cambio, el TC descartó el argumento referido al supuesto ahorro de costes de formación que supone para la empresa afectar a los trabajadores próximos a la edad de jubilación, para evitar que su permanencia en la empresa derive pronto en una salida de la misma como consecuencia de la jubilación, debiendo la empresa contratar (y formar) a nuevos trabajadores, pues no sería proporcionado.

caso enjuiciado, la adopción por parte de la empresa de mejoras voluntarias de la prestación por desempleo que beneficiaban a los trabajadores de mayor edad. En definitiva, teniendo en cuenta estas cautelas, la edad del trabajador cercana al momento de su jubilación supone un criterio adecuado y objetivo para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, no existiendo discriminación.⁶⁰⁰

Ahora bien, respecto a este criterio, habrá que estar a cómo lo formula la empresa y qué relación guarda con las causas alegadas. En muchas ocasiones, parece que el criterio no sea la “edad” en sí, es decir, que un trabajador tenga una u otra determinada edad, sino la proximidad a la edad de jubilación, que evidentemente tiene una estrecha relación con la edad, que es la circunstancia personal en torno a la que gira el criterio, pero no el criterio en sí. Aunque la diferencia es muy sutil, sí que la considero importante, pues el criterio expresamente referido a la proximidad a la edad o momento de jubilación parece estar formulado en modo más objetivo que el criterio de la edad en sí del trabajador, siendo además la edad una circunstancia de discriminación del art. 4.2 c) y 17.1 ET. En cualquier caso, la cuestión relevante es la adopción de medidas que reduzcan el impacto negativo de las extinciones.

Por otro lado, llama la atención que la edad pueda ser un criterio de selección válido y aceptado, pero que a la vez el art. 51.5 ET señale la mayor edad como una de las circunstancias a tener en cuenta para establecer reglas de prioridad de permanencia, en línea con la normativa española previa a la Ley del ET de 1980 y al modelo existente en algunos países europeos. A su vez, el criterio de la edad invierte la operatividad del criterio de la menor antigüedad, según el cual se despide a los trabajadores más jóvenes.⁶⁰¹

Se trata pues de un criterio válido, pero que plantea algunas contradicciones, por lo que su configuración deberá estar justificada de acuerdo con las causas alegadas y las circunstancias de la empresa, así como incluir medidas tendentes a contrarrestar los efectos negativos de los despidos.

5.9.- Criterios que atienden a consideraciones de índole social

Finalmente, en un último grupo de criterios de selección, incluyo aquellos que atienden a consideraciones de índole social y que se refieren a intereses principalmente de los

⁶⁰⁰ Vid. CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 173-174. Sobre la discriminación por razón de edad, vid. SANGUINETI RAYMOND (2019); en particular sobre la discriminación de las mujeres mayores, CARDONA RUBERT, CABEZA PEREIRO (2019).

⁶⁰¹ Sobre esta cuestión, vid. MAZZOTTA (2014), p. 574.

trabajadores potencialmente afectados. A pesar de que el empresario debe plantear una medida de reestructuración que atienda tanto a los intereses empresariales como a los intereses sociales y de los trabajadores, lo habitual es que estos últimos sean propuestos por la representación de los trabajadores durante la negociación en el período de consultas.

Se trata de criterios que intentan evitar el despido de trabajadores para quienes el despido sería especialmente gravoso por alguna circunstancia. En este punto se incluyen criterios relativos a las cargas familiares, la condición de familia numerosa, los trabajadores en situación de maternidad o paternidad, los trabajadores con hijos a cargo o con familiares dependientes, etc.

Lo habitual además es que, más que como criterios de selección, se configuren como criterios de exclusión o prioridades de permanencia, de suerte que los trabajadores en alguna de estas circunstancias no se ven afectados por el despido, bien en cualquier caso, o bien sujeto a alguna condición que atiende a intereses de la empresa.

6.- LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTAN AL SECTOR PÚBLICO

En tanto que el despido colectivo puede tener lugar también en el seno del sector público, se hace necesario comentar las particularidades que presenta en cuanto a la selección de los empleados afectados por la reestructuración.⁶⁰² La disciplina del despido colectivo en el sector público ha experimentado una evolución legislativa y doctrinal que ha dado lugar a importantes debates, como por ejemplo el relativo a la aplicación de la normativa sobre despidos colectivos al sector público. El cambio de paradigma ha venido con la reforma laboral de 2012, que ha potenciado expresamente las reestructuraciones en el seno del sector público, por lo que resulta de interés comentar la situación previa y posterior a dicha reforma.

⁶⁰² Sobre despido colectivo en el sector público, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2013b); ROQUETA BUJ (2012); ROQUETA BUJ (2013); GAYARRE CONDE (2016); PALOMAR OLMEDA (2012a); GIL PLANA (2012a); BLASCO PELLICER (2013), p. 93 y ss.; y SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012), p. 384 y ss. Sobre el despido y otras medidas de reorganización en el sector público, vid. ALFONSO MELLADO (2013); y ARIAS DOMÍNGUEZ, RODRÍGUEZ MUÑOZ (2015). Sobre el personal laboral en el sector público, vid. RAMOS MORAGUES (2011). Sobre el acceso del personal laboral al empleo en el sector público, vid. VIVERO SERRANO (2009).

6.1.- El despido colectivo en el sector público antes de la reforma laboral de 2012

Los despidos en el seno del sector público han constituido tradicionalmente un tema “vidrioso” y que no había sido tratado directamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admitía implícitamente la aplicación de las causas técnicas, organizativas y productivas en el seno del sector público a efectos de despido.⁶⁰³ Del mismo modo, la doctrina iuslaboralista también había venido admitiendo mayoritariamente la aplicación de la disciplina del despido colectivo al sector público, si bien reconociendo las dificultades técnicas que entrañaba la aplicación al sector público de la normativa vigente, teniendo en cuenta que estaba redactada pensando en el sector privado.⁶⁰⁴ Por ello, se trata de una cuestión que ha generado una importante confusión jurídica, a juicio de numerosos autores.⁶⁰⁵

Ciertamente los problemas aplicativos se referían a la dificultad de adecuar la normativa vigente en materia de despido colectivo al sector público, así como a la teórica imposibilidad de que una Administración acreditase causas económicas,⁶⁰⁶ aunque lo habitual era estarse a la situación presupuestaria, contable y financiera, como señala ROQUETA BUJ.⁶⁰⁷

En línea con esta cuestión, la STC 205/1987 señala que “la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores”, por lo que no cabe duda de la aplicación de la normativa sobre despido colectivo también al sector público. La reforma laboral de 2012 supuso un cambio en la materia, contemplando una regulación específica para los despidos por causas “empresariales” en el sector público, que potenció el recurso

⁶⁰³ BLASCO PELLICER (2013), p. 93; y SSTs de 4 de julio de 1996 (rec. 4006/1995), de 17 de julio de 1998 (rec. 151/1998), y de 10 de marzo de 1999 (rec. 2138/1998).

⁶⁰⁴ Vid. CRUZ VILLALÓN (2010); y, en particular, GOERLICH PESET, NORES TORRES (2000); GOERLICH PESET, NORES TORRES (2002); y GOERLICH PESET, NORES TORRES (2008). No obstante, hay sentencias aisladas que niegan la aplicación de las reglas del despido colectivo al sector público, como por ejemplo, la STSJ Comunitat Valenciana de 26 de septiembre de 1997 (rec. 2860/1996).

⁶⁰⁵ GIL PLANA (2012a), p. 321-323. Por su parte, XIOL RÍOS (2013), p. 104, habla de “cierta desorientación” en la postura judicial al respecto. Otro sector doctrinal también se ha mostrado muy crítico con la posición de los tribunales. Así, PALOMAR OLMEDA (2012a), p. 2, critica la “jurisprudencia vacilante” al respecto; y TRILLO PÁRRAGA (2012), p. 168, critica la “jurisprudencia dividida en sus fallos” que impedía identificar unas pautas de aplicación de la normativa sobre despidos colectivos en el sector público. Sobre el debate relativo a la admisibilidad del despido colectivo en las Administraciones públicas, vid. SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012), p. 384-386.

⁶⁰⁶ Así lo señala ARCE GÓMEZ (1997), p. 82.

⁶⁰⁷ ROQUETA BUJ (2013), p. 86.

a este tipo de medidas en el sector público y zanjó el debate sobre su aplicación en tales contextos.

6.2.- El despido colectivo en el sector público tras la reforma laboral de 2012

La doctrina destaca como una de las principales innovaciones de la reforma laboral de 2012 la inclusión de una regulación específica para los despidos colectivos llevados a cabo en el seno del sector público.⁶⁰⁸ La reforma laboral de 2012 pretende favorecer la aplicación de las reglas sobre despidos colectivos a aquellas reestructuraciones efectuadas en el seno del sector público, por lo que introdujo la actual D.A. 16ª ET (numerada 20ª en el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012) sobre la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. Dicho precepto pretende clarificar la disciplina de los despidos colectivos en el sector público, delimitando la aplicación de las causas mediante una definición de las mismas.⁶⁰⁹

No hay ninguna duda sobre la aplicación de la normativa sobre despidos colectivos al sector público, una vez que la D.A. 16ª ET remite expresamente a los arts. 51 y 52 c) ET, confirmando que el empleador que forma parte del sector público, cuando actúa como empleador privado, está sometido a la legislación laboral.⁶¹⁰

La D.A. 16ª ET también realiza una clarificación del ámbito subjetivo de aplicación del despido colectivo en el sector público. El eje de referencia al respecto lo constituye el art. 3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, y con anterioridad a su aprobación, el ya derogado texto refundido de la LCSP aprobado por RDLEG 3/2011. La

⁶⁰⁸ TRILLO PÁRRAGA (2012), p. 165, quien califica de “hecho insólito” que se incluya dicha regulación; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 229 y ss.

⁶⁰⁹ D.A. 16ª ET: “[...] A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. [...]”

⁶¹⁰ GIL PLANA (2012a), p. 324. Dicho autor considera que el único aspecto que puede dar lugar a peculiaridades es el de la naturaleza del sector público, que está regido por el interés público y no por el ánimo de lucro, lo que añade dificultades a la hora de considerar la incidencia de las causas. El art. 103.1 CE señala: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

característica principal respecto al régimen subjetivo de aplicación del despido colectivo al sector público lo constituye la diferenciación entre lo que denominaré el sector público administrativo, del art. 3.2 LCSP,⁶¹¹ y el sector público empresarial, que por exclusión se refiere al resto de entes del sector público que no tienen naturaleza de Administración pública.⁶¹²

De acuerdo con esta clasificación, la D.A. 16ª ET remite con carácter general a la normativa relativa al despido colectivo y objetivo de los arts. 51 y 52 c) ET, para a continuación delimitar el concepto de las causas aplicable a las entidades que constituyen Administraciones públicas, es decir, al sector público administrativo. Ello es así porque al resto de entes del sector público cabe aplicarles el mismo régimen que a las empresas privadas. Pero en la definición de las causas aplicables al sector público administrativo, no se hace referencia a las causas productivas, que en cambio sí que figuran en la rúbrica de la Disposición, por lo que debe interpretarse que se trata de un olvido del legislador.⁶¹³

En cualquier caso, el último párrafo de la D.A. 16ª ET, introducido por la Ley 3/2012, resulta de gran importancia, pues señala que “tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior”, es decir, con referencia al sector público que constituya Administraciones públicas. Dicha regla de prioridad de permanencia aplicada al sector público administrativo reviste gran importancia, y será abordada en el Epígrafe 6.5.

Este régimen jurídico viene confirmado por la regulación reglamentaria. Así, el Título III del RPDC de 2012 se dedica a las “Normas específicas de los procedimientos de despido colectivo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”. El art. 34.3 RPDC señala expresamente que a los entes que no

⁶¹¹ Con referencia a los apartados a), b), c), y l) del art. 3.1 LCSP, y que básicamente se refieren a las entidades que constituyen Administraciones públicas, como la Administración de todos los niveles territoriales (Estado, CCAA y entidades locales), entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las universidades públicas, y las autoridades administrativas independientes.

⁶¹² Apartados d), e), f), g), h), i), j), y k) del art. 3.1 LCSP, que incluyen consorcios públicos, fundaciones públicas, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, entidades públicas empresariales, o las sociedades mercantiles, entre otras. Vid. STC 8/2015, de 22 de enero (rec. 5610/2012), F.J. 9.

⁶¹³ STSJ Cataluña de 19 de diciembre de 2012 (proc. 36/2012): “Creemos con un sector de la doctrina que, aun cuando no se incorpora al texto de la [actual D.A. 16ª ET] la definición de las causas productivas, lo que pudiera llevar a la conclusión de que resultan inaplicables en el sector público, ello debe tratarse de un olvido del legislador dado que la rotulación de dicha Disposición Adicional la incorpora expresamente [...]”

tengan la consideración de Administraciones públicas, les serán de aplicación las definiciones de causas en los mismos términos que al sector privado, por lo que, en cuanto al procedimiento a seguir, les remite también a las previsiones que para el sector privado contempla el Título I del RPDC.⁶¹⁴ El Capítulo II del Título III sí que prevé unas reglas especiales en materia de procedimiento aplicables a las Administraciones públicas, bajo la rúbrica “Procedimiento de despido colectivo aplicable en las Administraciones Públicas a que se refiere el párrafo segundo de la disposición adicional vigésima [actual 16ª] del Estatuto de los Trabajadores”.⁶¹⁵

6.3.- Especificidades documentales en los despidos colectivos en las Administraciones públicas

El art. 38 RPDC señala que la comunicación de inicio del procedimiento deberá contener los extremos que establece el art. 3 RPDC, ya estudiados en el presente Capítulo. Además, señala dos especialidades: la obligación de aportar una memoria explicativa de las causas puestas en relación con los principios de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; y, por otro lado –y más importante para el objeto de estudio–, la obligación de indicar los “criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”.⁶¹⁶

Es de destacar que respecto al número de trabajadores a tener en cuenta para considerar el inicio de un procedimiento de despido colectivo, habrá que estar, única y exclusivamente, al personal laboral, es decir, aquellos que presten servicios en virtud de un vínculo jurídico de carácter laboral, excluyendo aquellos que presten servicios en virtud de otro vínculo, como por ejemplo administrativo-funcionario, pues así lo señala el art. 35.2 RPDC.⁶¹⁷ No en balde, el despido colectivo en las Administraciones públicas

⁶¹⁴ GAYARRE CONDE (2016), p. 846-848.

⁶¹⁵ Sobre las especialidades procedimentales aplicables al sector público administrativo, vid. GAYARRE CONDE (2016), p. 848-853; y SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012), p. 388-390. Sobre esta cuestión también pueden leerse diversas consideraciones que realizó el Consejo de Estado en el Dictamen sobre el RPDC, de fecha 4 de octubre de 2012, referencia 1020/2012.

⁶¹⁶ Vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 98; y GAYARRE CONDE (2016), p. 851.

⁶¹⁷ GAYARRE CONDE (2016), p. 849. El art. 35.2 RPDC señala: “A efectos del cómputo del número de trabajadores a que se refiere el presente artículo, se incluirá la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente con arreglo al Estatuto de los Trabajadores o normativa dictada en su desarrollo.”

afectará, únicamente, al personal laboral, ya que es el que está regido por las normas laborales.⁶¹⁸

Por su parte, el art. 39 RPDC señala la documentación a aportar específicamente en los despidos que afecten a Administraciones públicas y en los que se aleguen causas económicas, siendo relevante destacar la “Plantilla de personal laboral del Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate”, y el “Plan de Ordenación de Recursos Humanos” en caso de que se haya tramitado.⁶¹⁹ Se trata de dos documentos que ayudarán a determinar los empleados afectados por el despido y que servirán de marco de referencia en el que circunscribir los criterios de selección, a modo de “número y clasificación profesional de los afectados” en empresas privadas.

6.4.- Criterios de selección en el sector público

Cabe cuestionarse si existe alguna particularidad respecto a los criterios de selección de los afectados en despidos colectivos que afectan al sector público, y, en particular, a entes que constituyen Administraciones públicas. El marco normativo no ofrece mayor detalle, más allá de la obligación de expresar los criterios “en relación con” la prioridad de permanencia de los empleados fijos, en despidos que afecten a las Administraciones públicas. No cabe duda de que la fijación de los criterios de selección en entes que formen parte del sector público –en cuyo caso será el propio ente el competente para negociarlos y/o fijarlos– estará informada por los principios que rigen el funcionamiento del sector público.

En este punto, cabe distinguir dos situaciones. En entes que no formen parte del sector público administrativo, es decir, que no sean Administración pública en los términos del art. 3.2 LCSP, la fijación de los criterios de selección regirá de manera similar a lo estudiado para las empresas privadas. Así, el RPDC, como se ha comentado, remite en el plano procedimental al Título I, que regula el procedimiento de despido colectivo en empresas privadas. A este punto, serán aplicables los ya estudiados requisitos de

⁶¹⁸ La STSJ Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012 (rec. 4/2012), asunto Ayuntamiento de Estepona, aunque posteriormente anulada y casada por la STS de 2 de diciembre de 2014 (rec. 97/2013) por otras razones, señaló que no había discriminación en el hecho de que el despido colectivo afectase únicamente al personal laboral, y no al personal funcionarial, ya que no existe entre ellos homogeneidad en la situación jurídica, ya que la D.A. 16ª ET es aplicable exclusivamente al personal laboral.

⁶¹⁹ Para SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012), p. 394, el plan de reordenación de recursos humanos es un importante instrumento a la hora de adoptar decisiones en torno a la plantilla y, en especial, aquellas que impliquen extinciones de contratos.

objetividad de los criterios, así como coherencia, suficiencia o precisión, proporcionalidad y respeto a los derechos fundamentales, con especial atención a la congruencia de los criterios con las causas alegadas y las circunstancias de la empresa/ente, que son los dos aspectos en los que se difiere de un despido colectivo en el sector privado.

Ahora bien, en el caso de despidos llevados a cabo en entes que tienen la consideración de Administración pública en los términos del art. 3.2 LCSP, si bien la ley y el reglamento no especifican nada al respecto, no cabe duda de que la fijación de los criterios de selección debe estar guiada por los principios constitucionales que rigen el funcionamiento de las Administraciones públicas. En este sentido, cabe destacar que las Administraciones públicas, a diferencia de las empresas privadas –que actúan movidas por el ánimo de lucro–, deben actuar movidas por la defensa del interés general. El art. 103.1 CE enumera estos principios, añadiendo al de la actuación con objetividad al servicio de los intereses generales, la actuación conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, todo ello con sometimiento a la ley y al derecho.

No puede olvidarse tampoco el derecho que asiste a los ciudadanos de acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad ex art. 23.2 CE, como posteriormente se comentará, y otros principios constitucionales, como el principio de igualdad ex art. 14 CE o la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ex art. 9.3 CE.

En línea con estos principios, numerosos pronunciamientos de los TSJ han exigido un elevado nivel de precisión de los criterios de selección que afectan a las Administraciones públicas, en especial cuando el despido afecta a trabajadores que han adquirido la condición de fijos mediante procedimientos selectivos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. La STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1079/2013) señala que cuando el despido afecta a Administraciones públicas, “se introduce una exigencia mucho más intensa, al estar relacionada con un derecho fundamental esencial, como es el de igualdad en el acceso a los empleos públicos del artículo 23.2 de la Ley fundamental [...] De ahí que en el caso de las Administraciones Públicas los criterios de selección de trabajadores despedidos hayan de estar penetrados por esos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, han de declararse nulos cuando se alejen de tales criterios y además deben ser lo suficientemente precisos como para permitir su aplicación directa, de manera que pueda establecerse en función

de los mismos qué trabajador ha de ser despedido con preferencia a otros, excluyendo toda posible arbitrariedad.”⁶²⁰

Por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2014 (rec. 763/2013) ha señalado que “debe recordarse que nos encontramos en el ámbito del empleo público, en el que por un lado, hay una mayor exigencia de que la decisión esté conectada con una mayor eficiencia y rendimiento del servicio público, y una objetividad en la defensa de los intereses generales (artículo 103.1 CE), y de otro, precisamente por exigencias que derivan de los artículos 103.3 y 23.2 del texto constitucional, se debe de objetivar adecuadamente ese proceso selectivo de individualización, justificando la decisión final, [...] también, y muy especialmente, en relación con la elección de los concretos empleados públicos afectados por dicha selección extintiva.”⁶²¹

La cuestión de los criterios de selección en el sector público ha sido ampliamente tratada en la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, referida a un despido colectivo en una empresa perteneciente al sector público.⁶²² En este sentido, los criterios se aportaron desde el inicio del procedimiento, y así lo constató la propia ITSS. Por otro lado, se establecía el criterio de la adscripción voluntaria, para aquellos trabajadores que desearan voluntariamente estar entre los afectados. Los criterios de afectación se basaban en las causas organizativas y productivas alegadas, quedando afectados aquellos trabajadores excedentes. El tribunal admitió una cierta imprecisión formal de los criterios, pero considera que el nivel de concreción de los criterios era suficiente, pues identificaba las secciones y departamentos afectados, y los criterios se referían a “factores de evaluación multifactorial” que fueron recogidos en la memoria explicativa (formación, polivalencia, experiencia, costes, etc.). Además, la representación de los trabajadores no hizo ninguna objeción contra los criterios durante el período de consultas.

⁶²⁰ Vid. ROQUETA BUJ (2015), p. 79 y ss., y p. 104-105, donde se refiere a criterios “estrictamente objetivos”. Sobre ello, vid. SSTSJ Castilla y León de 25 de septiembre de 2013 (rec. 1182/2013); de 4 de noviembre de 2013 (rec. 1352/2013); de 6 de noviembre de 2013 (rec. 1348/2013); de 6 de noviembre de 2013 (rec. 1339/2013); de 13 de noviembre de 2013 (rec. 1691/2013); de 20 de noviembre de 2013 (rec. 1541/2013); de 11 de diciembre de 2013 (rec. 1817/2013); de 20 de diciembre de 2013 (rec. 1542/2013); de 26 de diciembre de 2013 (rec. 1853/2013); de 27 de diciembre de 2013 (rec. 1336/2013); de 27 de diciembre de 2013 (rec. 1486/2013); de 30 de diciembre de 2013 (rec. 1878/2013); y de 21 de mayo de 2014 (rec. 667/2014).

⁶²¹ En el mismo sentido, STSJ Castilla-La Mancha de 25 de julio de 2014 (rec. 748/2013), que señala que la cuestión de los criterios de selección en el ámbito de las Administraciones públicas es un aspecto que “no puede quedar inmotivado”.

⁶²² Anula la SAN de 28 de marzo de 2014 (procs. 499/2013, 509/2013, 511/2013, y 512/2013).

Por otro lado, el carácter de sociedad mercantil estatal de Tragsa implica que la misma no constituye Administración pública a los efectos del art. 3.2 LCSP y D.A. 16ª ET, por lo que habrá que tener en cuenta la siguiente consideración: si bien la condición de sociedad mercantil estatal implica que en el establecimiento de los criterios de selección habrán de “tenerse en cuenta” los principios de igualdad, mérito y capacidad derivados de los arts. 23.2 y 9.3 CE, no es menos cierto que hay que descartar la declaración de nulidad sólo por el hecho de que los criterios no aplican dichos principios de manera directa. Así, señala que “no cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público ‘administrativo’ con el sector público ‘empresarial’”, y que incluso en el sector público administrativo, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, los referidos principios constitucionales no se aplican con el mismo rigor en el momento del acceso a la función pública que durante su desarrollo, ya que “cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios de mérito y capacidad, en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales”.⁶²³ En cualquier caso, el Tribunal Supremo destaca que en el asunto Tragsa sí que se tuvieron en cuenta los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo cual viene manifestado por el recurso a criterios de evaluación multifactorial, referidos a la formación, la experiencia, la capacidad para asumir cambios, la adaptación a otras funciones, el trabajo en equipo, o grado de implicación.⁶²⁴

Como conclusión, y en atención a la doctrina citada, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad deben ser tenidos en cuenta por el ente a la hora de fijar los criterios de selección de los afectados, en consonancia con la situación del ente y ponderando otros bienes constitucionales como la eficiencia en la gestión o la eficacia de la acción de los poderes públicos en pos del interés general.⁶²⁵ Dichas consideraciones son aplicables tanto a los despidos llevados a cabo en el sector público empresarial como en el sector público puramente administrativo, aunque considero que exigencias constitucionales y la naturaleza jurídica del mismo exigen una mayor proyección de dichos principios en el ámbito de las Administraciones públicas, aunque sin que ello se convierta en una prioridad de permanencia para determinados trabajadores según su método de acceso a la función pública.

⁶²³ Vid. STC 38/2014, de 11 de marzo (cuestión de inconstitucionalidad 2604/2010). También, ROQUETA BUJ (2015), p. 104-105.

⁶²⁴ Incide el Tribunal Supremo en que ir más allá de estas exigencias implicaría una suerte de “concurso de ‘salida’ del empleo” que no tiene ningún respaldo normativo en la actualidad.

⁶²⁵ GAYARRE CONDE (2016), p. 857.

6.5.- Prioridad de permanencia de los empleados fijos: una regla potestativa

Como se ha comentado, la Ley 3/2012 introdujo en la actual D.A. 16ª ET un tercer párrafo según el cual, en los despidos llevados a cabo en entes del sector público administrativo, se reconoce una regla de prioridad de permanencia para “el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”. Acto seguido, el mismo precepto añade que dicha prioridad tendrá lugar “cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior [sector público administrativo]”. Por lo tanto, la prioridad de permanencia del personal fijo sólo resultará preceptiva cuando lo acuerde el departamento, consejería, organismo o entidad en la que se lleve a cabo el despido colectivo, que puede establecer la aplicación de dicha prioridad con carácter potestativo.⁶²⁶

Por lo tanto, la normativa no impone la aplicación automática de la regla de prioridad de permanencia, sino que faculta a las Administraciones públicas para que, potestativamente, establezcan la aplicación de dicha prioridad, ponderando los distintos intereses en juego.⁶²⁷

Como consecuencia de dicho marco normativo, la regla de prioridad de permanencia del personal fijo no resulta aplicable en el sector público empresarial –pues la D.A. 16ª ET se refiere únicamente al sector público administrativo–, salvo, claro está, que en los criterios de selección fijados o pactados durante el período de consultas se decida aplicar dicha regla como forma de ponderar los principios de igualdad, mérito y capacidad.⁶²⁸

Esta configuración legal viene confirmada en vía reglamentaria, pues la prioridad de permanencia del personal fijo se regula en el art. 41 RPDC únicamente en relación con el procedimiento aplicable a los entes que constituyen Administración pública, y no al sector

⁶²⁶ GAYARRE CONDE (2016), p. 851 y 358.

⁶²⁷ SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012), p. 396.

⁶²⁸ ROQUETA BUJ (2015), p. 86, se muestra partidaria de que la prioridad del personal fijo tenga en cuenta el régimen de acceso al empleo público del ente en cuestión, de suerte que en aquellas entidades, aun no siendo del sector público administrativo, en las que se acceda conforme a principios de mérito y capacidad, dicha prioridad sea también tenida en cuenta.

público empresarial, cuyo procedimiento se reenvía al Título I del RPDC aplicable a los despidos colectivos en el sector privado.⁶²⁹

El art. 41.2 RPDC introduce una enigmática previsión, y que se refiere a la facultad relativa a que “la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable dicha prioridad, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público”.

Es decir, en caso de que el departamento, consejería, organismo o entidad en la que se lleve a cabo el despido colectivo no acuerde la aplicación de la regla de prioridad de permanencia del personal fijo, la Secretaría de Estado o autoridad equivalente en la comunidad autónoma, puede instar a su aplicación si lo considera conveniente.

La citada STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, ha establecido que la regla de prioridad de permanencia sólo será obligatoria cuando así se acuerde por el ente correspondiente. Se trata, pues, de una prioridad “subordinada” a que la establezca el ente en que se lleva a cabo el despido, y se limita, además, a los entes del art. 3.2 LCSP, es decir, al sector público administrativo (entes del sector público que tienen la consideración de Administración pública),⁶³⁰ entre los cuales no se encuentra Tragsa, que es una sociedad mercantil estatal. Sobre el carácter subordinado de la prioridad de permanencia del personal fijo en las Administraciones públicas se pronuncian también la STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013) y STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), asunto Telemadrid, y la STSJ Comunitat Valenciana de 4 de noviembre de 2013 (proc. 17/2012), asunto Radio Televisión Valenciana.⁶³¹

⁶²⁹ SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012), p. 396, señala que tiene sentido que así sea, pues es en el sector público administrativo donde rigen con mayor plenitud los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público.

⁶³⁰ GAYARRE CONDE (2016), p. 858. También ROQUETA BUJ (2015), p. 82, quien señala que la prioridad no viene en rigor impuesta en la ley, sino que está supeditada a la decisión del ente en cuestión, como confirma el art. 41.2 RPDC, que faculta a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas para aplicar dicha prioridad, “aun cuando” el ente correspondiente no la hubiera previsto; o el art. 43.2 a) RPDC, que faculta al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a acordar la aplicación de la mencionada prioridad.

⁶³¹ En cambio, alguna sentencia previa al pronunciamiento del TS en Tragsa, ha considerado la prioridad de permanencia del personal fijo como “un derecho”. Así, la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2015 (rec. 3675/2015) señala que esta prioridad es un derecho del personal fijo, no una potestad administrativa.

La STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, señala que lo que la representación de los trabajadores pretendía “supondría despedir exclusivamente a quienes –básicamente temporales– no hubiesen sido contratados con arreglo a aquellos criterios [mérito y capacidad] y por el correspondiente proceso de selección, de forma que si así se hiciese, el PDC adolecería de la eficacia que se pretendía –suprimir excedentes–, puesto que el temporal ya iba a cesar por propia definición contractual”. En cierta manera, el Tribunal Supremo viene a asumir la tesis de que una prioridad de permanencia obligatoria para el personal fijo, bien sea en las Administraciones públicas, o bien en el sector público empresarial, podría ir en detrimento de otros intereses, como el de actuar conforme a los principios de eficiencia y eficacia en la gestión pública en aras del interés general, que tienen igual consideración constitucional que el principio de acceso a la función pública en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Un supuesto en el que sí que se aplicó la prioridad de permanencia del personal fijo fue en la STSJ Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013), asunto Agencia Laín Entralgo. En dicho caso, la D.A. 3ª de la Ley 4/2012 de la Comunidad de Madrid⁶³² regula la extinción de la Agencia de estudios sanitarios Pedro Laín Entralgo, y en el apartado cuarto señala que “no obstante, el personal laboral fijo de la Agencia comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid se integrará en la plantilla de la Administración de la Comunidad de Madrid”; estableciendo así una prioridad de permanencia insoslayable en el despido colectivo, y que según el TSJ resulta “de obligado cumplimiento” para la Comunidad de Madrid. La posterior STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013), recaída en el mismo asunto, destaca que “tal previsión, dada la naturaleza de la Agencia, es acorde con lo dispuesto en la D.A. 16ª ET y el art. 41 RPDC”. Todo ello sin que además se considere la existencia de discriminación, pues tanto el TSJ como el TS consideran que entre el personal fijo y el temporal no existe homogeneidad en su situación jurídica.

No en balde, el art. 61.7 EBEP, al regular los sistemas de acceso a la función pública, señala que “los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, [...] o concurso de valoración de méritos”, no previendo ningún sistema específico para la incorporación de personal con carácter temporal. En la doctrina se ha comentado la posibilidad de graduar los sistemas de acceso, para privilegiar los más garantistas. De esta suerte, por orden de mayor objetividad, habrían de tener mayor

⁶³² Sobre modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica.

prioridad los empleados fijos que hayan accedido a la función pública a través del sistema de oposición, de concurso-oposición y, finalmente, mediante concurso de valoración de méritos.⁶³³

Precisamente sobre el eventual carácter discriminatorio de la selección de empleados temporales frente a los fijos, los tribunales han rechazado plantear cuestión de inconstitucionalidad frente a la D.A. 16ª ET.⁶³⁴ En consecuencia, se ha afirmado el carácter no discriminatorio de esta prioridad de permanencia. La STSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 2013 (rec. 11/2012), asunto Ayuntamiento Jerez de la Frontera, anulada por STS de 25 de junio de 2014 (rec. 198/2013) por inconcreción de los criterios de selección, descartó plantear cuestión de inconstitucionalidad frente a la D.A. 16ª ET, ya que la considera con el mandato constitucional del art. 103.1 CE de acceso a la función pública conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cuanto a la operatividad de la prioridad de permanencia del personal fijo en los supuestos en que ésta se prevea, hay que tener presente que, de un modo similar a como ocurre con la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, tal y como se estudia en el Capítulo IV, la prioridad de permanencia del personal fijo de las Administraciones públicas opera cuando haya más de un puesto entre los que seleccionar, de modo que no es posible garantizar la prioridad a ningún empleado en supuestos en que se amorticen la totalidad de puestos del ente o no exista puesto funcionalmente equivalente para el mismo.

Una cuestión que también plantea la prioridad de permanencia del personal fijo es frente a qué otros trabajadores opera. En sentido negativo, hay que entender que no gozarán de prioridad de permanencia los trabajadores que no tengan la condición de fijo alcanzada a través de procedimiento selectivo convocado al efecto y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, no cabe duda de que los trabajadores temporales no gozan de ninguna prioridad de permanencia.

Por otro lado, la prioridad de los empleados fijos opera también frente a los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla.⁶³⁵ Así lo señala la STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013), asunto Telemadrid, con referencia a la jurisprudencia en materia de trabajadores indefinidos no fijos.⁶³⁶ En este sentido, el tribunal destaca que el carácter

⁶³³ ROQUETA BUJ (2015), p. 90-91.

⁶³⁴ En más detalle, ROQUETA BUJ (2015), p. 69-88.

⁶³⁵ SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012), p. 396.

⁶³⁶ Así, se refiere a la STS de 3 de abril de 2009 (rec. 773/2007), que extiende a los trabajadores temporales contratados irregularmente en sociedades estatales (asunto RTVE), el estatus de indefinidos no fijos

indefinido de la relación como “penalización al empleador por un acceso irregular a una entidad pública”, no se traduce en la adquisición del estatus de fijeza que confiere únicamente el acceso reglado a la función pública mediante los correspondientes procedimientos selectivos. Pues bien, son únicamente los que ostentan la condición de fijos a quienes la D.A. 16ª ET y el art. 41 RPDC aplican la eventual prioridad de permanencia que el ente pueda prever para el personal *fijo* que haya accedido al puesto en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esta cuestión fue posteriormente confirmada por la STS de 23 de noviembre de 2016 (rec. 91/2016), que se refiere a la “disparidad de origen” en el acceso a la función pública por parte de los indefinidos no fijos y del personal fijo, lo cual justifica una diferenciación en el momento de la extinción de la relación laboral, lo cual no se traduce en una desigualdad de trato arbitraria o discriminatoria.

También en la misma línea cabe citar la STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), que expresamente señala que “la condición de indefinido no otorga ningún derecho preferente sobre otros trabajadores laborales fijos, aunque sean más modernos, pues la preferencia la tienen” los representantes legales de los trabajadores ex arts. 68 b) y 51.5 ET y los empleados fijos ex D.A. 16ª ET y art. 41 RPDC.⁶³⁷

De hecho, el art. 41.3 RPDC dispone que la prioridad de permanencia de los empleados fijos en el sector público se entiende sin perjuicio de la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores regulada en el art. 13 RPDC, o de cualesquiera otras reglas de prioridad de permanencia establecidas por convenio colectivo o mediante acuerdo alcanzado en período de consultas, tal y como señala el art. 41.3 RPDC. El RPDC no aclara cuál es el orden de prelación de las prioridades de permanencia en estos casos, por lo que cabría plantearse si se aplica primero la prioridad de los representantes o la del personal fijo. A este respecto, habrá que estar a lo que se haya acordado en el período de consultas o a la decisión de despido, pero teniendo en cuenta que la prioridad del personal fijo es dispositiva, mientras que la de los representantes viene impuesta por la ley. En estos casos, el ente público deberá justificar la decisión de conformidad con los principios

previsto para los contratados irregularmente en Administraciones públicas, por existir en ambos supuestos procedimientos de acceso y selección fundados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. La doctrina referida a los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla se deriva de la STS de 20 de enero de 1998 (rec. 317/1997), según la cual el “carácter indefinido [no fijo] del contrato [...] no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”.

⁶³⁷ En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (rec. 13/2015); y de 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017).

que regulan la actuación del sector público, y en especial el servicio al interés general para las Administraciones públicas.

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA FACULTAD EMPRESARIAL DE DESIGNAR A LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR UN DESPIDO COLECTIVO: DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRIORIDAD DE PERMANENCIA

1.- LÍMITES A LA FACULTAD EMPRESARIAL DE DETERMINAR LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS: TIPOLOGÍA

La libre facultad empresarial de determinar los criterios de selección para designar a los trabajadores afectados, así como de determinar los concretos trabajadores que se van a ver afectados por el despido colectivo, está sujeta a una serie de límites. Se trata, pues, de una facultad que no es absoluta, ni tampoco puede ejercerse en modo arbitrario o desconociendo el resto del ordenamiento jurídico. De lo contrario, se estaría ignorando el marco que debe regir las relaciones laborales en un Estado social, tal y como reconoce el art. 1.1 de la Constitución.

Los límites a la facultad empresarial de determinar los criterios de selección son varios y de diverso tipo. En primer lugar, distingo los límites específicos, que son aquellos que limitan directamente la facultad empresarial de selección, el más importante de los cuales es la existencia de eventuales reglas de prioridad de permanencia. Las reglas de prioridad de permanencia suponen la principal y más directa limitación a la facultad empresarial de seleccionar libremente a los trabajadores afectados, ya que reducirá el margen de maniobra de la empresa, al excluir a determinados trabajadores del marco de elección. A su vez, las prioridades de permanencia pueden tener distinto origen. La principal regla de

prioridad de permanencia tiene origen legal, en el art. 51.5 ET en relación con el art. 68 b) ET, y sus beneficiarios son los representantes legales de los trabajadores.⁶³⁸ La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores tiene una gran incidencia a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados, y por ello ha sido extensamente tratada en la doctrina y discutida en los tribunales. Por ello, se aborda la cuestión con mayor detalle en el Epígrafe 2.

La única regla de prioridad de permanencia reconocida legalmente es la referida a los representantes legales de los trabajadores, pero es posible la fijación de reglas de prioridad de permanencia que afecten a otros colectivos de trabajadores mediante otros mecanismos. Me refiero aquí a las reglas de prioridad de permanencia de origen convencional, que son aquellas que se pactan en convenio colectivo. Las reglas de prioridades de permanencia de origen convencional pueden pactarse *ex ante*, es decir, en un convenio colectivo, o pueden pactarse durante la negociación mantenida durante el período de consultas, permitiendo así que determinados colectivos de trabajadores, por ejemplo por la mayor incidencia social que puede tener su despido, se vean excluidos del grupo de trabajadores afectados.

Por otro lado, además de los límites específicos a la facultad empresarial de selección, cabe tratar también otro tipo de límites de carácter general, pues son límites aplicables con carácter general a todo el ordenamiento. Dentro de esos límites generales, hay unos que tienen una incidencia muy significativa a la hora de establecer los criterios de selección para designar a los afectados: me refiero al respeto a los derechos fundamentales y al respeto a los principios de igualdad y no discriminación. Son aspectos de especial relevancia que el empresario deberá tener en cuenta a la hora de fijar los criterios de selección y a la hora de elegir a los trabajadores afectados. En consecuencia, hay una serie de trabajadores, que por la mayor incidencia que la cuestión del respeto a los derechos fundamentales y al principio de no discriminación puede tener sobre ellos, su afectación va a resultar más problemática. Así, pueden citarse ejemplos como los trabajadores aquejados de alguna discapacidad, trabajadores afiliados a alguna organización sindical, o las trabajadoras embarazadas.

⁶³⁸ También tiene origen legal la extensión de la regla de prioridad de permanencia a los delegados sindicales ex art. 10.3 LOLS; y, en el ámbito de las Administraciones públicas ex D.A. 16ª ET, la eventual prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto.

Ahora bien, existen otra serie de límites que son los generales del ordenamiento, como son la prohibición del fraude de ley, el abuso de derecho, el dolo o la coacción.

Para terminar con la tipología de los límites a la libre facultad de seleccionar a los trabajadores afectados, cabe señalar el hecho de que todos estos límites a los que acabo de hacer referencia tienen eminentemente una configuración “negativa”. Me refiero aquí a “negativa” en el sentido de que vienen a limitar negativamente, a disminuir, la facultad empresarial de selección, reduciendo su radio de alcance. Así, las reglas de prioridad de permanencia excluyen de la posibilidad de selección a determinados trabajadores, y el respeto a los derechos fundamentales y al principio de no discriminación obligan al empresario a no afectar a trabajadores por razones como su afiliación sindical, discapacidad, o por razones de género.

Pero existen también otra serie de limitaciones o de condicionantes de la facultad de elección de los trabajadores afectados que tienen, en cambio, una configuración “positiva”, en el sentido de que imponen al empresario la obligación de tener en cuenta determinados parámetros positivos a la hora de seleccionar a los trabajadores. Me refiero en este punto a los caracteres generales de los criterios de selección que han configurado los tribunales, y que he estudiado en el Capítulo III, y que son la objetividad, la coherencia y la suficiencia o precisión. Asimismo cabría incluir como límite positivo a la facultad empresarial el principio de proporcionalidad como principio informador general del ordenamiento jurídico (Epígrafe 1.2.6).

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha encargado de fijar estos límites. En este sentido, la STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997), con doctrina posteriormente reiterada en la STS de 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/2003), ha señalado que “Sólo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección y de su control y, en este punto, la *ley* sólo establece la *preferencia* que prevé el párrafo segundo artículo 52, c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 68 del mismo texto legal y con el art. 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Fuera de este supuesto y a reserva de las eventuales previsiones de la *negociación colectiva* sobre esta materia [...], la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable *fraude de ley* o *abuso de derecho* o cuando la selección se

realice por *móviles discriminatorios* (artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores).”⁶³⁹

La existencia de límites a la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados conecta con la doctrina constitucional contenida en la STC 192/2003,⁶⁴⁰ según la cual “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”, de suerte que el despido siempre va a estar sujeto a limitaciones.

1.1.- Límites específicos: respeto a las reglas sobre prioridad de permanencia legal o convencionalmente establecidas

El primer límite que encuentra la facultad empresarial de selección de los trabajadores afectados, bien sea por fijación unilateral, o bien establecidos en negociación durante el período de consultas, es el del respeto a las reglas sobre prioridad de permanencia, bien sean de origen legal o convencional.⁶⁴¹

Desde un punto de vista teórico, las reglas de prioridad de permanencia pueden adoptar distintas formas. Lo habitual es el establecimiento de reglas de prioridad de permanencia para un colectivo específico y de alcance relativo, es decir, a la hora de seleccionar a los

⁶³⁹ La cursiva es mía. Sobre los límites aplicables a la facultad empresarial de selección de los trabajadores afectados, la doctrina de los TSJ se encarga de recordarlos en muchos procedimientos de despido colectivo. En este sentido, cabe citar la STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013), en el asunto Telemadrid, que señala expresamente que la jurisprudencia atribuye al “empresario un amplio margen de libertad para establecer tales criterios [de selección] y determinar a los trabajadores afectados por el cese, sin perjuicio de la obligación de respetar la *prioridad de permanencia* de los representantes del personal, *legalmente prevista*, así como las preferencias introducidas en su caso, a través de la *negociación colectiva*, con los límites generales derivados de la prohibición del *fraude de Ley* y de la interdicción del *abuso del derecho*, del obligado respeto a los *derechos fundamentales* y libertades públicas.” Por su parte, la STSJ Navarra de 24 de junio de 2013 (rec. 106/2013) también recuerda estos límites, señalando que “los límites que determinan el ámbito de extensión de las facultades empresariales son, los *constitucionales*, derivados de la prohibición de discriminación; los *legales*, establecidos en el art. 51.5 del Estatuto de los Trabajadores; los límites pactados en *Convenio Colectivo*; o los que hayan podido pactarse con los representantes de los trabajadores en *periodo de consultas* [...]”

⁶⁴⁰ STC núm. 192/2003, de 27 de octubre (recurso de amparo núm. 4492/2001).

⁶⁴¹ La STSJ Castilla y León de 11 de febrero de 2015 (rec. 59/2015) enumera los límites a que está sujeto el empresario en su facultad de elección de los trabajadores afectados, y que pueden tener origen legal o convencional. Destaca los límites legales, que son principalmente el establecimiento de reglas de prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores [art. 51.5 ET y 68 b) ET], los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS), y los técnicos de prevención de riesgos laborales y trabajadores designados por la empresa para ocuparse de las tareas de prevención de riesgos laborales (art. 30.4 LPRL).

trabajadores afectados, los que formen parte del colectivo beneficiado tienen prioridad para permanecer en la empresa, aunque no con carácter absoluto. La regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores tiene esta configuración.

Por otro lado, este tipo de reglas puede configurarse también como una prioridad de no afectación conforme a un listado u orden de afectados, es decir, de modo que un determinado colectivo de afectados se sitúa el último en la lista de trabajadores afectados, conforme a un orden. En estos casos, se utiliza un criterio para establecer dicho orden de afectación. Un ejemplo lo constituiría la prioridad de permanencia de los trabajadores con mayor antigüedad, mediante el listado de los trabajadores afectados conforme a una ordenación en orden inverso al de la antigüedad en la empresa. De esta suerte, los trabajadores con menor antigüedad son los primeros en ser afectados, y los trabajadores con mayor antigüedad son los últimos. En este caso, se trataría de una prioridad de permanencia indirecta, configurada mediante la ordenación de los trabajadores afectados conforme a un criterio que elige el empresario.

Aunque no se ha comentado, también es posible considerar, sobre todo en la negociación durante el período de consultas, reglas de prioridad de afectación, conforme a las cuales se señala qué colectivos serán los necesariamente afectados por el despido. Aunque en este caso, las reglas de prioridad de afectación, más que afectar a colectivos concretos, se refieren a criterios de selección propuestos por el empresario, como sería el de afectación de los trabajadores adscritos a puestos de trabajo excedentes.

Finalmente, también es posible considerar reglas de exclusión del despido colectivo, es decir, reglas de prioridad de permanencia de carácter absoluto para determinados colectivos. Se trata de señalar a colectivos que, en cualquier caso, van a ser excluidos de la afectación. En este sentido, por vía convencional puede pactarse que las trabajadoras embarazadas no serán afectadas en ningún caso, o los trabajadores con un determinado nivel de formación o de especialización técnica imprescindible para la empresa. Aun así, no es habitual que las reglas de prioridad se configuren de modo absoluto, pues siempre habrá circunstancias a tener en cuenta, como por ejemplo el carácter excedente de la totalidad del centro o unidad donde trabaje el trabajador, u otras consideraciones que exijan que un trabajador se vea afectado.

Por lo que respecta a su origen, ya se ha comentado que las reglas de prioridad de permanencia pueden tener un origen legal, es decir, vienen establecidas por ley, o un origen convencional, es decir, pactadas previamente en convenio colectivo o acordadas en el período de consultas.

Cabe señalar que fuera de las reglas de prioridad de permanencia fijadas legalmente o por convenio colectivo o acuerdo durante el período de consultas, no es posible inferir ninguna regla de prioridad de permanencia para ningún colectivo socialmente vulnerable. Tal cosa sucede, por ejemplo, con los trabajadores discapacitados, quienes, a no ser que se haya establecido una prioridad para ellos por vía convencional, no disfrutaban de una regla de prioridad de permanencia, a diferencia de lo que ocurría con la normativa anterior a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

1.1.1.- Prioridades de permanencia establecidas legalmente

Actualmente, la principal regla de prioridad de permanencia de origen legal actualmente vigente es la de los representantes legales de los trabajadores ex art. 51.5 ET y art. 68 b) ET, como se estudia en el Epígrafe 2. Hay otras reglas de prioridad de permanencia de origen legal, que son reflejo de esta primera, y me refiero a la prioridad de permanencia de los delegados sindicales ex art. 10.3 LOLS, que es una extensión de las garantías de los representantes legales, así como la de los delegados de prevención y los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención ex art. 30.4 LPRL. En el ámbito de las Administraciones públicas, y según la D.A. 16ª ET, cabe citar la eventual prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, ya estudiada en el Capítulo III. Señalo que es “eventual”, porque esta regla de prioridad de permanencia sólo actuará como tal si lo prevén los entes, organismos o entidades del sector público administrativo.

Por su parte, téngase en cuenta que la regla de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores se prevé en otros supuestos además de en los despidos colectivos. En este sentido, el art. 68 b) ET menciona los supuestos de suspensión del contrato de trabajo ex art. 47.1 ET. Por su parte, el art. 52 c) ET contempla la prioridad de permanencia de los representantes en los supuestos de despido objetivo. Y, finalmente, el art. 40.7 ET también establece la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo para los representantes de los trabajadores, pero aplicada en el supuesto de movilidad geográfica.

1.1.2.- Prioridades de permanencia establecidas convencionalmente

La autonomía colectiva es una de las “fuentes de restricción” a la libre –pero no ilimitada– facultad empresarial de fijar los criterios para seleccionar a los trabajadores afectados. En el Capítulo II se ha comentado la posibilidad de regular los criterios de selección mediante la autonomía colectiva, principalmente a través de los convenios colectivos. En este sentido, los convenios colectivos pueden incluir también reglas sobre prioridad de permanencia para determinados colectivos, que limitan el alcance de la facultad empresarial de seleccionar a los afectados. Dichas reglas de prioridad de permanencia previstas convencionalmente deben conjugarse con los eventuales criterios de selección regulados a través de la autonomía colectiva, así como con su mecanismo de prelación.⁶⁴²

El empresario está vinculado por las mencionadas estipulaciones convencionales, por lo que no podrá ignorar en ningún caso su aplicación.⁶⁴³

1.1.2.a)- Prioridades de permanencia establecidas en convenios colectivos

En la negociación colectiva puede establecerse un régimen de prioridades de permanencia aplicable en el caso de despido colectivo, y que puede articularse en modo similar a como la ley prevé para los representantes legales de los trabajadores, es decir, como una prioridad de permanencia en la empresa de alcance relativo. De hecho no hay duda en la doctrina de que los convenios colectivos pueden regular sobre la prioridad de permanencia, en línea con el contenido amplio que permite el art. 85 ET.⁶⁴⁴ Cabría la posibilidad, en el marco de la autonomía colectiva, de configurar el sistema de prioridad de permanencia según las distintas tipologías que he comentado anteriormente, y en las

⁶⁴² En estos términos lo expresa VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 4, para quien la autonomía colectiva puede establecer criterios de selección que restrinjan el alcance de la mencionada facultad empresarial y, a su vez, enunciando el eventual orden de prelación entre ellos en caso de que haya varios. Así lo expresa también BLASCO PELLICER (2013), p. 81; y ROQUETA BUJ (2015), p. 50.

⁶⁴³ En relación con ello, debe tenerse presente que el art. 1255 CC señala que el cumplimiento de los pactos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Sobre la obligación de la empresa de respetar las estipulaciones convencionales que afecten a los criterios de selección, cabe citar la SAN de 21 de abril de 2014 (proc. 218/2012), en la que la empresa aplicó un criterio de afectación en modo distinto a como se había previsto vía convencional, lo cual queda fuera del margen de discreción de que dispone el empresario en el ejercicio de su libre facultad de designación. Otros ejemplos de criterios de selección previstos en convenios colectivos y cuya correcta aplicación se discutía, los encontramos en las SSTSJ Cataluña de 22 de marzo de 2002 (6644/2001), y País Vasco de 6 de noviembre de 2012 (rec. 2405/2012).

⁶⁴⁴ Así, BLASCO PELLICER (2009), p. 119, recuerda que el derecho a la negociación colectiva está configurado en un modo amplio. Por ello, junto a la posibilidad de que durante el período de consultas los representantes de los trabajadores y el empresario pacten cuestiones relativas a los criterios de selección o las prioridades de permanencia, cabe entender también que la regulación previa vía convencional de todos estos extremos es perfectamente admisible. También en el mismo sentido, BLASCO PELLICER (2013), p. 81.

que cabrían las reglas de prioridad de permanencia de alcance relativo, pero también las exclusiones absolutas para determinados colectivos, o la ordenación o prelación de los trabajadores afectados conforme a un orden basado en un criterio como, por ejemplo, el de la antigüedad. Estas disposiciones convencionales deberán respetar los derechos fundamentales y no basarse en razones arbitrarias o discriminatorias.⁶⁴⁵

La reforma laboral de 2012 introdujo una novedosa previsión en el art. 51.5 ET, según la cual es posible establecer mediante la autonomía colectiva reglas de prioridad de permanencia distintas para “otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”.⁶⁴⁶

En este sentido, y tal y como indica el propio art. 51.5 ET, es posible establecer reglas de prioridad de permanencia mediante convenio colectivo o mediante acuerdo alcanzado durante el período de consultas. El propio precepto señala que dichas preferencias pueden establecerse a favor de otros “colectivos”, y cita de manera ejemplificativa colectivos socialmente vulnerables e históricamente protegidos expresamente, como son los trabajadores con cargas familiares, los mayores de determinada edad o las personas con discapacidad. En la misma línea se reitera también en el art. 13.2 RPDC. La misma previsión se incluyó también en el art. 40.7 ET, pero referida a los supuestos de movilidad geográfica.

Cabe decir que, tal y como ha señalado la doctrina, dicha mención expresa del art. 51.5 ET, y reiterada en el art. 13.2 RPDC, sobre la posibilidad de acordar nuevas reglas de prioridad de permanencia para otros colectivos mediante la negociación colectiva, no era necesaria, y supone una novedad relativa. Así, en virtud del principio de autonomía colectiva, el derecho a la negociación colectiva del art. 37 CE, y el contenido que pueden regular los convenios colectivos ex art. 85 ET, dicha referencia no era necesaria, por lo que no cabe entenderla en ningún modo como “habilitante”, sino simplemente como “recordatorio” de que mediante negociación colectiva pueden pactarse nuevas preferencias no previstas en la ley, y quizás –eso sí– con una intención promocional por parte del legislador.

⁶⁴⁵ De hecho, el art. 85 ET señala “dentro del respeto a las leyes...”

⁶⁴⁶ Vid. GOERLICH PESET (2012), p. 362. Además, distíngue que dichas reglas de prioridad de permanencia pueden establecerse “en frío”, es decir, en los convenios colectivos, o “en caliente”, en el propio acuerdo alcanzado en el período de consultas.

El inciso fue introducido en RDL 3/2012, y tiene un claro “valor promocional”, con la intención de reforzar el equilibrio social en los despidos colectivos.⁶⁴⁷ En definitiva, la intención del legislador es que esta previsión tenga un efecto “relanzamiento” respecto del establecimiento de reglas de prioridad de permanencia en la negociación colectiva.⁶⁴⁸

Resulta habitual que en los convenios colectivos se reitere la ya prevista legalmente regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, lo cual resulta innecesario, y además es posible establecer reglas de prioridad de permanencia a favor de otros colectivos.⁶⁴⁹ Dichos colectivos tienen como nexo común el tratarse de colectivos socialmente vulnerables a los que se les quiere dar una especial protección, de modo que las reestructuraciones empresariales no tengan unos efectos sociales demasiado negativos, debido sobre todo a las mayores dificultades que presentan para reincorporarse al mercado laboral. Dichos colectivos suelen ser los que ejemplifica el art. 51.5 ET, como los trabajadores con cargas familiares, los mayores de determinada edad o las personas con discapacidad, y que históricamente contaron con una protección legal expresa; pero también pueden ser otros, como las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, los trabajadores en situación de guarda legal, los miembros de familia numerosa, entre otros.

Es posible el establecimiento vía convenio colectivo de cualesquiera otras reglas de prioridad de permanencia a favor de otros colectivos. Ahora bien, dichas preferencias no pueden implicar un trato discriminatorio o arbitrario que vulnere el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE o los derechos fundamentales.

Una última cuestión que cabe plantear respecto a los convenios colectivos, es la eventual previsión de las conocidas como cláusulas de mantenimiento o salvaguardia del empleo, por las que el empresario se compromete a mantener un determinado volumen de plantilla, o de acudir a los despidos únicamente como *ultima ratio*. Al respecto, dichas

⁶⁴⁷ Así lo señala BLASCO PELLICER, TALÉNS VISCONTI (2018), p. 182. La propia Exposición de Motivos del RDL 3/2012, en el punto V, señala que “la nueva regulación refuerza los elementos sociales que deben acompañar a estos despidos. De una parte, se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad.”

⁶⁴⁸ Así lo aprecia GOERLICH PESET (2012), p. 362. Por su parte, para PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 157, la previsión permite interpretar, *a sensu contrario*, que si no está prevista en convenio colectivo o en acuerdo alcanzado en período de consultas, no habrá prioridad de permanencia para ninguno de esos colectivos, en caso de que pudiera haber alguna duda. Con ello, se solventan algunas controversias que la doctrina había mantenido en torno a la existencia de prioridades de permanencia para determinados colectivos, como el de los discapacitados.

⁶⁴⁹ CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 196.

cláusulas no pueden interpretarse como una prioridad de permanencia en el empleo, pues están formuladas con carácter programático y un carácter “muy debilitado” en cuanto a su eventual obligatoriedad.⁶⁵⁰

1.1.2.b)- Prioridades de permanencia establecidas en acuerdo alcanzado en período de consultas

En la negociación entablada durante el período de consultas del despido colectivo, al igual que pueden negociarse los criterios de selección de los afectados, es posible también acordar nuevas reglas de prioridad de permanencia más allá de lo que prevea la ley o el convenio colectivo, y que habrá que respetar. Dicha posibilidad viene recordada expresamente por el art. 51.5 ET, al referirse expresamente al acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas como instrumento mediante el cual establecer prioridades de permanencia.

En este punto, y al igual que a la hora de fijar criterios de selección y reglas de prioridad de permanencia en otras fases del procedimiento o en la negociación colectiva, el elemento social suele estar presente, de modo que con el establecimiento de dichas prioridades se pretende proteger a colectivos socialmente vulnerables o que tendrían más dificultades para reincorporarse al mercado laboral. También encontramos prioridades que protegen a colectivos para quienes verse afectados por el despido podría tener una mayor carga a nivel personal, como es el caso, por ejemplo, de los titulares de familia numerosa o las personas con cargas familiares.⁶⁵¹

Al igual que sucede con las prioridades establecidas en convenio colectivo, las prioridades de permanencia acordadas en período de consultas pueden también revestir un carácter absoluto, o bien un carácter relativo, así como combinarse con otros criterios o prioridades negociadas con el empresario.

⁶⁵⁰ Sobre esta cuestión, vid. ESTEVE SEGARRA, LACOMBA PÉREZ (2000), p. 78-79.

⁶⁵¹ CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 198, cita algunos ejemplos de preferencias absolutas más frecuentes, es decir, criterios de exclusión, aunque perfectamente pueden revestir también el carácter de preferencias relativas y combinarse con los criterios de afectación propuestos por la empresa y/o negociados con el banco social. Dichos colectivos más frecuentes son: miembros de la misma unidad familiar (de forma que no se vea afectado por el despido más de un miembro de la misma familia), trabajadores con discapacidad (igual o superior al 33 %), trabajadores con cargas familiares o personas dependientes a su cargo, miembros de familia numerosa o familia monoparental, trabajadores en período de lactancia o reducción de jornada por cuidado de menor o dependiente, mujeres embarazadas, o trabajadores de mayor edad (más de 50 años).

1.1.2.c)- Pactos de empresa

También es posible que se establezcan criterios de selección y reglas de prioridad de permanencia en los pactos de empresa. De hecho, en la doctrina de los TSJ se encuentran varios ejemplos. Así, en la STSJ Navarra de 24 de junio de 2013 (rec. 106/2013) se aborda un supuesto en el que existía un pacto de empresa previo en el que se establecía como regla de afectación prioritaria aquellos trabajadores de menor antigüedad, lo que en definitiva significa una prioridad de permanencia para los trabajadores de mayor antigüedad. En este caso, nótese que más que una regla de prioridad de permanencia para los trabajadores pertenecientes a un colectivo, lo que prevé la regla es un criterio de afectación prioritaria por orden inverso al de la antigüedad –que recuerda a la preferencia que existía en la normativa previa al Estatuto de los Trabajadores de 1980–, y que se traduce en un criterio para priorizar la permanencia en la empresa siguiendo el orden de antigüedad.⁶⁵²

1.1.3.- Otros supuestos: cláusulas de permanencia en contrato individual de trabajo

La inclusión de cláusulas en el contrato individual de trabajo que puedan tener alguna incidencia en el procedimiento de despido colectivo en cuanto a lo que supone la selección de los trabajadores afectados, genera alguna duda que es relevante señalar.⁶⁵³

En primer lugar, al menos en el plano teórico, cabe comentar las eventuales cláusulas relativas a compromisos individuales de no inclusión en procedimientos de despido colectivo. Las razones que pueden llevar al empresario a aceptar dicho tipo de cláusulas pueden referirse a la situación social o familiar del trabajador, que lo convierte en más vulnerable frente a la pérdida del empleo. En todo caso, dichos compromisos no son muy habituales, y su existencia podría dar lugar a arbitrariedades y a tratos desiguales entre trabajadores. Por ello, cuando se pretende proteger a diversos *colectivos* socialmente vulnerables, el contrato individual de trabajo no parece ser el mejor instrumento para vehicularlo, sino que la lógica señala que se acuerde en el marco de un convenio colectivo o, en su defecto, mediante un pacto de empresa, o en el mismo período de consultas. Sin

⁶⁵² Otros ejemplos en los que se discutía la aplicación de reglas de prioridad de permanencia o criterios de selección contenidos en pactos de empresa, se encuentran en la STSJ Navarra de 18 de julio de 2013 (rec. 191/2013), y también en la SJS núm. 1 Pamplona de 4 de enero de 2013 (proc. 853/2012).

⁶⁵³ Vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 120.

lugar a dudas, un compromiso de no inclusión que se basase en motivos arbitrarios, no sería admisible en ningún caso.

Por otro lado, sí que son más habituales, y generan también alguna duda, las conocidas como cláusulas de permanencia del art. 21.4 ET, según las cuales el trabajador se compromete a permanecer un determinado tiempo en la empresa, y el empresario a no despedirle, a fin de compensar el esfuerzo en formación realizado por el empresario.⁶⁵⁴ La primera duda que surge es si dichas cláusulas individuales de permanencia pueden tener alguna incidencia sobre la selección global de los trabajadores afectados por un despido colectivo.

Cuando el despido colectivo tiene como ámbito de afectación toda la plantilla de la empresa, la doctrina entiende que el interés empresarial en cuanto a la reorganización de la empresa “neutraliza la operatividad” de dichas cláusulas, de modo que el trabajador afectado no podrá reclamar contra su inclusión en el despido, sin perjuicio de la indemnización que le corresponda en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento empresarial de la cláusula de permanencia.⁶⁵⁵

Ahora bien, cuando el ámbito de afectación del despido es parcial, es decir, cuando sólo afecta a parte de la empresa, a un centro, departamento o unidad productiva, la cuestión se torna más problemática. Aceptar la aplicación automática de las cláusulas de permanencia, de modo que a dichos trabajadores se les excluya de ser incluidos entre los despedidos para afectar a otros trabajadores que no tengan suscritas dichas cláusulas, supone el reconocimiento de facto de una preferencia o regla de prioridad de permanencia en favor de estos trabajadores frente a otros. Ello afectaría además a la autonomía colectiva, ya que los representantes de los trabajadores y la propia empresa verían limitadas sus posibilidades de negociación y acuerdo en el período de consultas, en tanto que dichos trabajadores no podrían ser afectados.

Así lo entiende BLASCO PELLICER,⁶⁵⁶ para quien la aplicación incondicionada de las cláusulas de permanencia supondría ir “contra el interés colectivo preferente”, y menciona también la posibilidad de que, por razones de reorganización empresarial, la

⁶⁵⁴ El art. 21.4 ET señala: “Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo.”

⁶⁵⁵ Así lo entiende MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ AVILÉS (1997), p. 239; y BLASCO PELLICER (2009), p. 120.

⁶⁵⁶ BLASCO PELLICER (2009), p. 120.

empresa tenga interés en la afectación de un trabajador con dicha cláusula, por lo que no sería razonable impedir la inclusión de dicho trabajador en el despido.⁶⁵⁷

Ahora bien, es posible argumentar que el empresario tenga un interés en que permanezcan en la empresa los trabajadores con los que ha suscrito una cláusula de permanencia, ya que ésta se fundamenta en el hecho de que el empresario ha invertido en la especialización profesional del trabajador para realizar un trabajo específico. En esos casos, considero que la opción idónea no es excluir del despido a estos trabajadores por razón de la cláusula que tienen suscrita, sino más bien tenerlo presente a la hora de configurar los criterios de selección. En este sentido, el empresario puede proponer como criterio de selección que permanezcan en la empresa aquellos trabajadores que tienen una mayor especialización profesional, o aquellos en cuya formación ha invertido la empresa, o que realizan un trabajo específico, con lo que se conseguiría el mismo resultado, pero sin otorgar operatividad automática a la cláusula individual de permanencia.

A mi modo de ver, la interpretación que otorga a las cláusulas de permanencia la condición de regla indirecta de prioridad de permanencia limita también injustificadamente la libre facultad de selección de los trabajadores afectados de que dispone el empresario. Dicha cláusula, prevista con carácter general durante el transcurso de la relación laboral, y no para situaciones de reestructuración, limitaría seriamente la capacidad del empresario para decidir cómo reorganiza su empresa desde un punto de vista económico y productivo, lo cual puede perjudicarle gravemente. Por ello, la cláusula general de permanencia no puede superponerse a la facultad empresarial de, en línea con su política económico-empresarial, reorganizar la empresa en base a criterios de eficiencia económica y productividad. Imagínese por ejemplo el supuesto en que se procede al cierre completo del centro o unidad productiva en que presta servicios el trabajador que tiene suscrita una cláusula de permanencia: la operatividad automática de dicha cláusula limitaría las posibilidades del empresario de reorganizar la empresa del modo más eficiente posible.

En todo caso, la posible inclusión de un trabajador con cláusula de permanencia en el despido colectivo debe estar debidamente justificada y respetar los criterios de selección propuestos inicialmente por el empresario, o bien pactados con los representantes en el marco del período de consultas. Por lo tanto, del mismo modo que sucede con los trabajadores que sufren discapacidad que ocupan puestos en cuotas de reserva para estos

⁶⁵⁷ Considera BLASCO PELLICER (2009), p. 120, que la inclusión en el despido colectivo de trabajadores con cláusulas de permanencia no debe conllevar la nulidad, salvo supuestos de fraude de ley o de incumplimiento de los criterios previstos o acordados.

trabajadores, la existencia de cláusulas de permanencia no obsta a que el trabajador pueda ser objeto de despido de cualquier tipo cuando concurren las causas.

Para evitar problemas interpretativos, en la redacción de las cláusulas de permanencia a incluir en el contrato individual de trabajo, sería aconsejable especificar que la misma no supone una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo.

1.1.4.- La conflictiva aplicación de las “preferencias” en el empleo del art. 17 ET

El art. 17.2 ET señala que “podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”, que a su vez conecta con el art. 17.3 ET, que señala que “el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo”. En este sentido, la doctrina ha planteado hasta qué punto la referencia del art. 17 ET a las “preferencias” en el empleo para determinados colectivos puede interpretarse como reglas de prioridad de permanencia en supuestos de despido colectivo.⁶⁵⁸ La duda se plantea debido a la confusión que genera el hecho de que las reglas de prioridad de permanencia se llamasen “preferencias” en la normativa previa al Estatuto de 1980. No obstante, resulta muy difícil defender que del art. 17.3 ET puedan derivarse reglas sobre prioridad de permanencia para determinados colectivos. En primer lugar, porque las disposiciones reglamentarias previas al Estatuto de los Trabajadores de 1980 en las que eventualmente cabría amparar dichas “preferencias”, ya están indiscutiblemente derogadas.

Por su parte, la principal medida de facilitación de la colocación fundada en el art. 17 ET es la referida a los trabajadores discapacitados, mediante el establecimiento de cuotas de reserva ex art. 38.1 de la Ley 13/1982 sobre Integración Social de los Minusválidos. de dicha normativa no es posible inferir la existencia de ninguna regla de prioridad de permanencia para estos trabajadores.

Para GOERLICH PESET, el recurso al establecimiento ex art. 51.5 ET de reglas de prioridad de permanencia para determinados colectivos vía convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el marco del período de consultas contribuye a evitar los problemas y dudas aplicativas

⁶⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 3, señala que la expresión “facilitar la colocación” podría interpretarse en el sentido de incluir también reglas de prioridad de permanencia en la empresa. Señala también, en p. 4, que la preferencia se establece en la “colocación”, por lo que no cabe inferir reglas de prioridad de permanencia más allá de las expresamente recogidas en la ley o en la negociación colectiva.

que podría generar el art. 17 ET.⁶⁵⁹ A mi modo de ver, el art. 17 ET no entra en conflicto con otras previsiones relativas a los despidos colectivos, en las que se prevé expresamente la prioridad de permanencia únicamente para los representantes legales de los trabajadores.

1.1.5.- Colectivos que no se benefician de una prioridad de permanencia específica: trabajadores discapacitados⁶⁶⁰

A diferencia de lo dispuesto en el sistema de “preferencias” vigente con carácter previo a la aprobación de la Ley del ET de 1980, en la normativa actual no se recoge expresamente ninguna regla de prioridad de permanencia para los trabajadores aquejados de alguna discapacidad.⁶⁶¹ En consecuencia, la única regla de prioridad de permanencia aplicable a los trabajadores que sufran alguna discapacidad sería aquella prevista convencionalmente a través de la negociación colectiva, en virtud del art. 51.5 ET y art. 13.2 RPDC. Con ello puede concluirse que si no se establece convencionalmente, los trabajadores discapacitados no tienen prioridad de permanencia.⁶⁶²

La normativa posterior a 1980 previó la tutela de dicho colectivo de trabajadores por lo que respecta al empleo mediante las conocidas como “cuotas de reserva”. Así, el art. 38.1 de la ya derogada Ley 13/1982 sobre Integración Social de los Minusválidos, regulaba las cuotas de reserva, consistentes en una cuota de reserva del 2 % de los puestos en aquellas empresas que tengan más de 50 trabajadores. Dicha normativa ha sido sustituida por la actual Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por RDLEG 1/2013, que en el art. 42 prevé una “cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad” equivalente al 2 % en aquellas empresas que ocupen a 50 o más trabajadores. Fuera del respeto a dichas cuotas de reserva, el marco legislativo no prevé ninguna regla de prioridad de permanencia.

⁶⁵⁹ GOERLICH PESET (2012), p. 362.

⁶⁶⁰ Sobre trabajadores con discapacidad y despido colectivo, vid. VIVERO SERRANO (2013), p. 14. El supuesto de las trabajadoras embarazadas, que tampoco cuentan con una prioridad de permanencia, como por su parte confirma la STJUE 22 de febrero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:99], asunto Porras Guisado, se aborda en el Epígrafe 1.2.2, relativo a la prohibición de discriminación en el despido.

⁶⁶¹ Cabe realizar una aclaración terminológica. Si bien en la normativa previa a 1980 se habla de trabajadores “minusválidos”, e incluso en la Constitución española en el art. 49 se habla de los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, dicha terminología debe considerarse desfasada y en cierto modo estigmatizante. Por ello, el término actual para referirse a dicho colectivo es el de personas discapacitadas, o incluso el de personas con diversidad funcional, que parten de una óptica más inclusiva.

⁶⁶² CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 196.

La inexistencia de una regla de prioridad de permanencia a favor de los trabajadores discapacitados ha venido confirmada por los tribunales.⁶⁶³ La STS (3ª) de 11 de junio de 2001 (rec. 7744/1995) determinó que no es discriminatorio que no exista una prioridad de permanencia a favor de los trabajadores discapacitados, recordando además que la legislación en materia de integración social de estas personas no la contempla. Ello por supuesto al margen de que pueda considerarse políticamente conveniente que se regule una regla de prioridad de permanencia a favor de éste u otros colectivos. Por su parte, la STS (3ª) de 4 de febrero de 2002 (rec. 2620/1996) deja claro que la empresa tiene la “potestad” de proponer las soluciones que estime pertinentes para hacer frente a la situación de crisis, limitada, en este caso (el de trabajadores con discapacidad), únicamente por la normativa que establece cuotas de reserva a favor de estos trabajadores. Es decir, incluso en una cuestión tan sensible como la de trabajadores con discapacidad, la empresa tiene potestad de decidir cuáles son las mejores soluciones para la situación de crisis, pues se trata de decisiones de índole económico-empresarial, con el límite del respeto a las cuotas de reservas, aunque cabe cuestionarse con qué alcance.

En la doctrina hay también un consenso la obligación empresarial de respetar, en todo caso, la cuota de reserva del 2 % de puestos para personas con discapacidad, si la empresa tiene 50 o más trabajadores. Dicha obligación se extiende, también, a los momentos en que por una situación adversa la empresa realiza una reestructuración y recurre al procedimiento de despido colectivo, lo que significa que, tras la reestructuración, la empresa debe seguir respetando la cuota de reserva del 2 % de puestos mencionada. Cuestión distinta es si eso se traduce necesariamente en la imposibilidad absoluta de afectar, mediante un despido colectivo, a personas que sufren discapacidad, cuando la afectación de dichos trabajadores implique incumplir la cuota de reserva, por situarse la ratio de trabajadores discapacitados por debajo del 2 %.

A pesar de que un sector doctrinal ha interpretado que la cuota de reserva a favor de las personas discapacitadas debe entenderse como una suerte de preferencia indirecta en favor de estos trabajadores,⁶⁶⁴ ello resulta discutible a tenor de la literalidad del marco normativo. En este sentido, cumplir con la cuota de reserva no excluye que pueda

⁶⁶³ No obstante, alguna sentencia se refiere a las cuotas de reserva como una prioridad de permanencia, erróneamente. Así, por ejemplo, la STSJ Cantabria de 20 de mayo de 1996 (rec. 719/1996), que señala: “La norma únicamente prevé la prioridad de permanencia en la empresa en los casos de despido objetivo de los representantes de los trabajadores –art. 52, c).2 ET– y de los trabajadores minusválidos (art. 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril.”

⁶⁶⁴ Así lo consideran MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ AVILÉS (1997), p. 236; aunque BLASCO PELLICER (2009), p. 118, lo ve discutible a la luz de los pronunciamientos judiciales al respecto.

afectarse por el despido a trabajadores en situación de discapacidad, siempre que después de la reestructuración siga respetándose la cuota, o, de no respetarse, se contrate a nuevos trabajadores con discapacidad para cumplir la cuota.

El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en este sentido. La ya citada STS (3^a) de 4 de febrero de 2002 (rec. 2620/1996) señala que las personas discapacitadas constituyen un colectivo que merece ser objeto de protección debido a su vulnerabilidad social, y que ese hecho, junto con la normativa en materia de cuotas de reserva, debe necesariamente tener alguna incidencia sobre el procedimiento de despido colectivo. Ahora bien, dicha vertiente social y tuitiva de la cuestión debe conjugarse con otros fines legítimos, que son de carácter económico-empresarial, y que también están presentes en el procedimiento de despido colectivo. Así, recuerda que el marco legal vigente no establece ninguna regla de prioridad de permanencia a favor de dicho colectivo, y que la existencia de una cuota de reserva del 2 % de los puestos –que la empresa debe mantener de modo continuado–, no implica para los trabajadores discapacitados una preferencia para permanecer en la empresa ni una garantía frente al despido cuando concurren las causas que la ley prevé para extinguir un contrato de trabajo. Por ello, los trabajadores discapacitados individualmente considerados sí que podrían verse afectados por el despido colectivo, mientras que la obligación empresarial de mantener la cuota de reserva del 2 % de puestos podría cumplirse, en caso de que el despido sitúe a la empresa por debajo de dicho umbral del 2 %, mediante la sustitución, es decir, la contratación de nuevos trabajadores que también se encuentren en situación de discapacidad.⁶⁶⁵ En caso de que no se cumpliera la cuota de reserva, la única sanción jurídica que prevé el ordenamiento es la aplicación del art. 15.3 LISOS por la comisión de una falta grave.⁶⁶⁶

El tema de la sustitución de unos trabajadores por otros cuando la afectación de personas con discapacidad sitúa a la empresa por debajo del umbral de 2 % que marca la cuota, suscita mayores problemas. El TS lo admite siempre que se trate de trabajadores en iguales circunstancias de discapacidad con distintas aptitudes, cuando lo justifique el plan de viabilidad de la empresa.⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ En el mismo sentido, STS (3^a) de 22 de octubre de 2001 (rec. 1543/1996); y STSJ Cataluña (CA) de 2 de octubre de 2003 (rec. 700/1998). También, BLASCO PELLICER (2009), p. 116.

⁶⁶⁶ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 157, interpreta, en cambio, que el deber de respetar la cuota de reserva del 2 % de puestos para personas con discapacidad se traduce, de modo indirecto, en una prioridad de permanencia para los trabajadores discapacitados en aquellos supuestos en los que su despido implique incumplir la cuota de reserva. Dicha interpretación es discutible, pues el tenor literal de la normativa no va en esa línea, y tampoco los pronunciamientos del Tribunal Supremo.

⁶⁶⁷ Vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 117.

Ahora bien, con independencia del debate en torno a la operatividad de las cuotas de reserva, no cabe duda de que los trabajadores con discapacidad cuentan con la protección que el ordenamiento les otorga frente al despido discriminatorio, que habría que considerar nulo por vulneración de los derechos fundamentales. A ello cabe añadir la jurisprudencia del TJUE en materia de discapacidad, en particular la STJUE de 1 de diciembre de 2016 [ECLI:EU:C:2016:917], asunto *Daouidi*, y la STJUE de 18 de enero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:17], asunto *Ruíz Conejero*, y que hay que aplicar a la hora de determinar la posible afectación discriminatoria de un trabajador por motivos relacionados con su discapacidad. También es de destacar la STJUE de 11 de septiembre de 2019 [ECLI:EU:C:2019:703], asunto *Nobel Plastiques*, que impone al empresario la obligación de realizar ajustes razonables para evitar eventuales diferencias de trato que perjudiquen a trabajadores con discapacidad (vid. Capítulo III, Epígrafe 5.7).

Como conclusión, si bien no hay duda de que la normativa actual no prevé ninguna regla de prioridad de permanencia para las personas con discapacidad, lo más recomendable, a efectos de evitar incumplir la cuota de reserva del 2 % o una posible alegación de discriminación, es recurrir a la afectación de trabajadores discapacitados únicamente como última posibilidad y después de realizar los ajustes necesarios que exige el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Mientras la normativa española no regule una prioridad de permanencia expresa para dicho colectivo, sería recomendable que los agentes sociales previeran dicha prioridad en el marco de la negociación colectiva, bien a través de convenio colectivo o bien en el acuerdo que pueda alcanzarse en el período de consultas.

1.2.- Límites generales del ordenamiento jurídico

Fuera de los límites específicos reseñados, hay una serie de límites que se deducen con carácter general del ordenamiento jurídico, y que por tanto deben ser respetados.

1.2.1.- Respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas

El empresario, en el ejercicio de su facultad de establecer los criterios de selección, debe respetar los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores, que actúan como una limitación a su libre facultad de designar a los trabajadores afectados.

Tanto los tribunales,⁶⁶⁸ como la doctrina⁶⁶⁹ han señalado que el establecimiento de los criterios de selección debe respetar los derechos fundamentales, y en particular la prohibición de discriminación.

En este sentido, téngase presente la doctrina constitucional, según la cual “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”, tal y como señala la STC 88/1985, de 19 de julio (recurso de amparo 788/1984). A mayor abundamiento, señala: “Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de ‘feudalismo industrial’ repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza.”⁶⁷⁰

La cuestión de los derechos fundamentales tiene una especial incidencia en la determinación de los criterios de selección para designar a los trabajadores afectados, y en la configuración de reglas de prioridad de permanencia. Unos y otras deberán respetar los derechos fundamentales y libertades públicas. En este sentido, hay que tener en cuenta la problemática afectación de determinados trabajadores, como los trabajadores afiliados a una organización sindical o las trabajadoras embarazadas, precisamente por la incidencia que tienen en ellos la cuestión del respeto a los derechos fundamentales.

1.2.2.- Principio de no discriminación

⁶⁶⁸ Así lo señalan expresamente las STS (3ª) de 4 de mayo de 2005 (rec. 1777/2002); STSJ País Vasco de 8 de abril de 2014 (rec. 562/2014); y SJS núm. 1 Pamplona de 4 de enero de 2013 (proc. 853/2012).

⁶⁶⁹ En la doctrina, VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 6 y ss.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989b), señalan que la selección de los trabajadores despedidos por parte del empresario debe respetar sus derechos fundamentales, por lo que no cabe la selección discriminatoria por las causas del art. 14 CE, lo que determinaría la nulidad del despido. También, BLASCO PELLICER (2009), p. 118.

⁶⁷⁰ Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTC 129/1989, de 17 de julio (recurso de amparo 987/1987); 126/1990, de 5 de julio (recurso de amparo 298/1988); 99/1994, de 11 de abril (recurso de amparo 797/1990); 106/1996, de 12 de junio (recurso de amparo 3507/1993); 186/1996, de 25 de noviembre (recurso de amparo 1078/1994); y 90/1997, de 6 de mayo (recurso de amparo 3309/1994).

En conexión con la cuestión del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, cobra especial relevancia el respeto al derecho a no ser discriminado por ninguna de las circunstancias del art. 14 CE o art. 17 ET. Así, la fijación de los criterios de selección no puede fundarse en elementos de diferenciación atinentes a circunstancias como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social en los términos del art. 14 CE; ni otros como el estado civil, la edad, la orientación o condición sexual, la afiliación o no a un sindicato o la adhesión o no a sus acuerdos, los vínculos de parentesco con personas relacionadas con la empresa, o la lengua dentro del Estado español, en los términos de los arts. 4.2 c) y 17.1 ET.

La doctrina ha apreciado la operatividad de la prohibición de discriminación como limitación a la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados.⁶⁷¹

Por su parte, en la doctrina de los tribunales es frecuente encontrar referencias a criterios de selección sobre los que se discute su eventual carácter discriminatorio.⁶⁷² Así sucede en la SAN de 11 de noviembre de 2014 (proc. 251/2014), en la que la ITSS apreció que algunos criterios revestían carácter discriminatorio, en particular el criterio del absentismo, al haber incluido en su valoración a los trabajadores en situación de baja laboral de larga duración.⁶⁷³

La prohibición de discriminación se refiere tanto a la discriminación directa como a la discriminación indirecta. A este respecto, cabe citar la STSJ Cantabria de 25 de febrero de 2009 (rec. 112/2009), en la que existía una manifiesta desproporción entre los hombres y mujeres afectados, ya que había una mayor afectación de mujeres en un centro con mayoría de trabajadores hombres.

En materia de no discriminación, hay que tener presentes las directivas europeas en la materia (Capítulo II), así como la abundante jurisprudencia del TJUE.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a), p. 31; ALBIOL MONTESINOS (1991b), p. 137; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (1993), p. 7-8; GOERLICH PESET (1994b), p. 175; BLASCO PELLICER (2009), p. 118; ROQUETA BUJ (2015), p. 51-54.

⁶⁷² Vid. por ejemplo la STSJ Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2014 (rec. 190/2014); y al respecto, ROQUETA BUJ (2015), p. 51.

⁶⁷³ Sobre este particular, vid. Capítulo III, Epígrafe 5.7.

⁶⁷⁴ Sobre igualdad y no discriminación en la UE y en particular discriminación por razón de género, vid. PRECIADO DOMÈNECH (2016). También, sobre pronunciamientos del TJUE en materia antidiscriminatoria, vid. MARTÍNEZ MIRANDA (2018).

1.2.2.a)- Trabajadores afiliados a una organización sindical: discriminación por afiliación sindical, y otras discriminaciones

Uno de los supuestos más relevantes en materia de afectación discriminatoria de los trabajadores en el despido colectivo es el referido a su afectación con motivo de la afiliación sindical, es decir, la afectación discriminatoria que afecta a determinados trabajadores por el mero hecho de estar afiliados a una organización sindical, por vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical recogido en el art. 28.1 CE.⁶⁷⁵

Ya antes de la reforma laboral de 2012, los tribunales se habían pronunciado sobre la discriminatoria afectación por motivos de afiliación sindical. Así, cabe citar la STS de 7 de febrero de 2008 (rec. 1100/2007), que trata sobre la desproporcionada afectación (“manifiesta desproporción”) de trabajadores afiliados a un sindicato en el despido colectivo abordado en la STSJ Cataluña de 20 de octubre de 2006 (rec. 102/2006), aunque finalmente el tribunal admite el recurso de casación en unificación de doctrina al considerar que en la sentencia aportada de contraste no existía una desproporcionada afectación de trabajadores a un determinado sindicato.

Tras la reforma laboral de 2012, numerosas sentencias han abordado también la cuestión. La STS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013), que parcialmente anuló la STSJ País Vasco de 4 de septiembre de 2012 (proc. 6/2012), aprecia existencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, por la desproporcionada afectación de trabajadores afiliados a una organización sindical que no era mayoritaria en la empresa, y la falta de justificación de los criterios de selección. Sobre esta cuestión, cabe recordar lo tratado en el Capítulo III, Epígrafe 3, sobre los caracteres que deben revestir los criterios de selección y en particular el requisito de que tengan una mínima precisión y justificación. La falta de precisión y justificación de los criterios de selección contribuye a la consideración de los mismos como discriminatorios en los supuestos en que queden afectados determinados colectivos de trabajadores, como los afiliados a alguna organización sindical.

En el asunto comentado, la afectación de trabajadores afiliados a un determinado sindicato era desproporcionadamente alta, pues alcanzaba el 92 %, lo que para el tribunal

⁶⁷⁵ Vid. ROQUETA BUJ (2015), p. 123 y ss. ALBIOL MONTESINOS (1995), p. 142, señala que los representantes “de facto” de los trabajadores, es decir, aquellos que aun sin haber sido elegidos como tal ejerzan de hecho funciones de representación de los trabajadores, quedan también protegidos por la prohibición de discriminación en el despido, tal y como señaló la STS de 27 de septiembre de 1989 (RJ 6530). El TS señala que el trabajador tenía “una representación conferida por sus compañeros para la defensa de sus intereses”, por lo que el hecho de que no fuera formalmente representante no obsta a la nulidad del despido, pues el mismo se produjo como consecuencia de la actividad sindical del mismo.

“se comenta por sí solo”.⁶⁷⁶ A esto se añaden otras circunstancias a valorar, como es que los datos de afiliación eran conocidos por la empresa, que el sindicato en cuestión mantuvo una actitud combativa en una reciente huelga, y que los trabajadores afiliados a otro sindicato que era el mayoritario en la empresa no se vieron afectados en modo alguno por el despido colectivo.

En el asunto abordado en la STSJ País Vasco de 9 de octubre de 2012 (rec. 13/2012), confirmada por la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013), se vulneraba también el derecho del huelga del art. 28.2 CE, pues los trabajadores despedidos, quienes mayoritariamente (un 54,5 %) estaban afiliados a un determinado sindicato, lo fueron como consecuencia de su participación en una huelga.⁶⁷⁷

También cabe citar la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 4 de febrero de 2013 (proc. 1/2012), que declara la nulidad por vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, ya que tras el despido se reducía drásticamente el número de trabajadores afiliados al segundo sindicato de la empresa, ya que la mitad de los afectados eran afiliados a dicho sindicato o simpatizantes del mismo. La cuestión relevante para el tribunal es que la empresa no aportó razones suficientes que justificasen la afectación de dichos trabajadores por motivos objetivos ajenos a la vulneración de derechos fundamentales, lo cual conduce de nuevo a incidir sobre la necesidad de que los criterios de selección sean objetivos y suficientes, pues sólo de tal modo puede enervarse una eventual alegación de discriminación.

A tenor de los citados pronunciamientos judiciales, se observa que el criterio de la afiliación sindical es un indicio claro al que recurren los tribunales para determinar si se trata de un caso de discriminación por razón de afiliación sindical. De esta suerte, la afectación desproporcionadamente mayor de los trabajadores afiliados a un determinado sindicato con respecto a los trabajadores no afiliados, o afiliados a otro sindicato, constituye uno de los principales elementos a valorar a nivel indiciario.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ Sobre datos estadísticos y alegación de discriminación, vid. ROQUETA BUJ (2015), p. 123 y ss.

⁶⁷⁷ Sobre el despido colectivo como respuesta a la huelga, vid. STS de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013); STS de 23 de febrero de 2015 (rec. 255/2013); STS de 24 de febrero de 2015 (rec. 124/2014); y STS de 20 de abril de 2015 (rec. 354/2014), aunque en este último supuesto (asunto Coca cola) la vulneración del derecho de huelga se produce una vez iniciado el procedimiento de despido colectivo. Como recuerda SEMPERE NAVARRO (2016), p. 715, en los supuestos en que se alegue vulneración de derechos fundamentales, se aplican las reglas procesales referidas a la aportación de indicios, traslación de la carga de la prueba, y acreditación por parte de la empresa de que la decisión no se debe a motivos vinculados con la vulneración de los derechos fundamentales.

⁶⁷⁸ Sobre la desproporcionada afectación de trabajadores afiliados a un sindicato, vid. CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 172.

Ahora bien, a este respecto cabe señalar que los datos de afiliación sindical de los afectados pueden constituir un indicio de discriminación, pero no necesariamente son “hechos suficientes” para apreciar la mencionada discriminación. Sobre ello se ha pronunciado la STSJ Galicia de 21 de enero de 2014 (proc. 32/2013), que señala expresamente que “la militancia sindical y el ejercicio de la actividad sindical no son hechos suficientes para entender concurrentes aquellos indicios [de discriminación por razón de libertad sindical], pues tal derecho no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales ni tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo”.⁶⁷⁹ Aun así, se trata sin duda de indicios que aportan un “panorama de antisindicalidad”, que el empresario debe desvirtuar mediante la aportación de criterios de selección objetivos y precisos.⁶⁸⁰

Otros pronunciamientos judiciales han descartado, en cambio, la discriminación por razón de afiliación sindical en determinadas circunstancias. Así, se descarta la vulneración de la libertad sindical cuando la mayor afectación de trabajadores afiliados a un determinado sindicato se debe al hecho de que el mismo es el mayoritario en el ámbito de afectación del despido, por lo que resulta “matemáticamente imposible” evitar la situación, tal y como ha expresado la SAN de 28 de septiembre de 2012 (proc. 152/2012), y la citada STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 96/2013).

Consideraciones similares a las planteadas respecto a la afectación discriminatoria por motivos de afiliación sindical (porcentaje de afectados, volumen de afiliados en la plantilla, etc.), pueden plantearse respecto de otras formas de discriminación, como por ejemplo la discriminación por razón de sexo.⁶⁸¹ Una desproporcionada afectación de mujeres trabajadoras, salvo en empresas con plantillas altamente feminizadas, puede dar lugar a la nulidad de los criterios de selección o de la afectación de las trabajadoras afectadas. Por esas circunstancias, a la hora de plantear la reestructuración, la empresa deberá tener en cuenta el impacto de género de la medida, a fin de evitar la discriminación

⁶⁷⁹ Con cita a la doctrina constitucional. Al respecto, vid. STC 214/2001, de 29 de octubre (rec. 1274/1999).

⁶⁸⁰ En el caso abordado en la STSJ Andalucía (Málaga) de 14 de octubre de 2013 (proc. 14/2013), no se apreció vulneración de la libertad sindical a pesar de la importante afectación de trabajadores afiliados a organizaciones sindicales (habían sido despedidos el 61 % de los afiliados a un determinado sindicato en la empresa), pues el tribunal consideró que la empresa había “justificado de manera objetiva y razonable que la afectación de trabajadores [...] ha sido consecuencia de la aplicación estricta de los criterios de afectación”, que además estaban basados en un sistema de puntuación objetivo conforme a unos baremos; por lo que los trabajadores afectados deberían haberse centrado en “combatir los criterios de afectación o la concreta aplicación de los mismos” para aportar un mínimo panorama indiciario de por qué dichos criterios podían ser discriminatorios.

⁶⁸¹ ROQUETA BUJ (2015), p. 132 y ss.

de la mujer. También habrá que apreciar cualesquiera otras afectaciones que puedan tener una incidencia discriminatoria desde la perspectiva constitucional, bien sea por motivos raciales, religiosos, o de edad,⁶⁸² y discapacidad.⁶⁸³

1.2.2.b)- Situaciones vinculadas con la familia: especial mención a las trabajadoras embarazadas

Diversas situaciones vinculadas con la familia tienen una especial incidencia social y también en el despido colectivo. Se trata de trabajadores o trabajadoras (en el caso del embarazo) para quienes el despido supone un mayor perjuicio, por lo que en aras del principio del equilibrio entre los intereses implicados en una reestructuración socialmente responsable, el empresario debe buscar evitar los despidos de estos trabajadores en la medida de lo posible. Al menos, sí que será relevante que durante la negociación en el período de consultas los representantes del banco social intenten conseguir o bien la evitación de los despidos de estos colectivos (acudiendo a medidas de flexibilidad interna –principalmente la recolocación– cuando ello sea posible), o bien la disminución de su negativo impacto, por ejemplo pactando medidas sociales de acompañamiento (recolocación externa, prioridad de recolocación en caso de vacante en la empresa, o incluso mejores condiciones indemnizatorias).⁶⁸⁴

La protección de dichos trabajadores también se canaliza a través de la previsión, bien en convenios colectivos, o bien –más habitualmente– mediante “preferencia” acordadas en el período de consultas que pretenden excluir a estos trabajadores de la afectación en el proceso de reestructuración, ya que la ley no prevé actualmente ninguna regla de prioridad de permanencia para ninguna de las situaciones relacionadas con la familia.

Dichas situaciones o colectivos de trabajadores a los que se está haciendo referencia, tienen una fuerte vinculación con la protección de los miembros de la familia del trabajador, e incluyen:

- Trabajadores o trabajadoras con el contrato suspendido por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural del art. 45.1 apartados d) y e) ET;

⁶⁸² Vid. Capítulo III, Epígrafe 5.8, sobre selección conforme a la proximidad al momento de la jubilación.

⁶⁸³ Vid. Capítulo III, Epígrafe 5.7, sobre selección conforme al criterio del absentismo.

⁶⁸⁴ En la STSJ Madrid de 18 de mayo de 2004 (rec. 478/2004) se pactó una indemnización superior para las trabajadoras embarazadas afectadas.

- Trabajadoras con el contrato suspendido por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural;
- Trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos (reducción de jornada) a los que se refieren los arts. 37.4 (nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento), 37.5 (nacimiento prematuro de hijo u hospitalización tras el parto), y 37.6 ET (guarda legal de menor de 12 años, discapacitado o cuidado de familiar), o estén disfrutando de ellos;
- Trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de excedencia por cuidado de hijo o familiar del art. 46.3 ET;
- Trabajadoras víctimas de violencia de género;
- Trabajadores reintegrados en el trabajo tras los períodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento del art. 45.1 d) ET, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.⁶⁸⁵
- Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.⁶⁸⁶

En definitiva, se trata de colectivos especialmente vulnerables y que se encuentran mayoritariamente relacionadas con situaciones relativas a la conciliación de la vida familiar, por lo que su afectación en el despido colectivo es una cuestión especialmente problemática. No en balde, se trata de los colectivos que señala el art. 53.4 ET y respecto de los que contempla una nulidad objetiva en casos de despidos por causas objetivas.

⁶⁸⁵ Esta cuestión se ha visto afectada por la reforma del art. 53.4 ET por el RDL 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que extiende la protección de la nulidad objetiva ex art. 53.4 ET de los nueve a los doce meses. Sobre esta cuestión, téngase en cuenta la STSJ País Vasco de 5 de febrero de 2019 (rec. 74/2019), citada en el Capítulo V, que califica como nulo el despido objetivo de una trabajadora a los 9 meses y 8 días después del parto, al considerar que la empresa ideó una estrategia para esperar a que la protección legal de la trabajadora finalizase.

⁶⁸⁶ Ténganse presentes también otras formas de discriminación a la mujer trabajadora reprochadas por los tribunales, y que darían lugar a la nulidad, como por ejemplo la discriminación de la mujer trabajadora que se ha sometido a un tratamiento de fertilidad o reproducción asistida. Tal es el caso de la STS 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015), que declara nulo el despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro*. Puede leerse un comentario a la misma en CARDONA RUBERT (2017).

Dicha nulidad tendrá lugar, como explico en el Capítulo V, a menos que se acredite la concurrencia de la causa por la que la persona afectada ha resultado despedida.⁶⁸⁷ La nueva redacción del precepto tras la aprobación del RDL 6/2019 exige acreditar que la causa “requiere concretamente” la extinción del contrato de la persona afectada.

En consecuencia, en el marco del despido colectivo, la afectación de trabajadores o trabajadoras que formen parte de alguno de los colectivos reseñados requiere del empresario la pertinente acreditación razonada de la afectación de dicho trabajador o trabajadora en concreto. Con ello, y en línea similar a lo que se comentará respecto de los representantes legales de los trabajadores, la afectación de estos colectivos de trabajadores –que no gozan de ninguna prioridad de permanencia– sí que va a requerir una expresa justificación de su afectación por parte del empresario.

Dicha justificación puede tener lugar en la memoria explicativa o en las reuniones mantenidas con el banco social durante el período de consultas –en el plano colectivo–, pero tiene mayor significación –en el plano individual– que dicha justificación conste en la carta individual de despido (vid. Capítulo V) que recibirá el concreto trabajador afectado y que cuenta con una regla de nulidad objetiva a su favor en el ordenamiento, a fin de que pueda alegarlo en el correspondiente proceso de impugnación del despido.

Por ello, la existencia de la mencionada nulidad objetiva no necesariamente conduce a la nulidad de la extinción, como ya se ha comentado, pues la afectación de este grupo de trabajadores es perfectamente admisible por los tribunales cuando la misma se deriva de la estricta aplicación de unos criterios de selección que son coherentes con las causas motivadoras de la reestructuración empresarial y que cumplen con los requisitos generales que deben presentar los mismos en su configuración, en particular los requisitos de objetividad, suficiencia y precisión.

En particular es de destacar el supuesto de la eventual discriminación hacia la mujer trabajadora como consecuencia de su embarazo.⁶⁸⁸ En este sentido, los tribunales aprecian discriminación en la afectación de la trabajadora embarazada, salvo que se acredite la concurrencia de la causa y su afectación objetiva con respecto a la trabajadora en

⁶⁸⁷ El art. 53.4 ET señala: “[...] Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.” Este párrafo presenta una nueva redacción tras la aprobación del RDL 6/2019, que refuerza el requisito de acreditar la concurrencia de la causa objetiva a fin de enervar la nulidad objetiva aplicable a los colectivos reseñados.

⁶⁸⁸ Sobre discriminación de la trabajadora embarazada, vid. GIL PLANA (2011).

particular. Ello es particularmente cuando la afectación resulta de la estricta aplicación de los criterios de selección, igual que sucede con otras causas de discriminación, como la relativa a la afiliación sindical. En este sentido, la STSJ Madrid de 2 de marzo de 2015 (rec. 767/2014) descarta la discriminación en la afectación de la trabajadora embarazada por las razones expuestas, con especial incidencia en el hecho de que la reestructuración tuvo lugar en un contexto de plantilla mayoritariamente femenina.

Precisamente en materia de afectación de trabajadoras embarazadas, es de destacar la importante STJUE 22 de febrero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:99], asunto Porras Guisado, que interpreta la Directiva 92/85/CEE sobre la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que en el art. 10 contempla una prohibición de despido respecto de las trabajadoras embarazadas, salvo en “casos excepcionales” no inherentes a su estado.⁶⁸⁹

El TJUE señala, en el párrafo 48 de la sentencia, que el despido de la trabajadora embarazada podrá admitirse, siempre que no se deba a motivos relacionados con su estado, pero matiza que en esos casos, tal y como señala la Directiva 92/85/CEE, el empresario debe proporcionar motivos sobre ello a la afectada por escrito, obviamente a través de la carta individual de despido (Capítulo V).⁶⁹⁰

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones de los Estados en materia de protección de la trabajadora embarazada frente al despido, el TJUE señala que la Directiva 92/85/CEE impone una doble tutela: preventiva y reparadora, siendo obligación de los Estados garantizar las dos formas de tutela. Como consecuencia, el TJUE ha señalado (párrafo 65) que “los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado”. Ello ha llevado a algunos autores a considerar que la normativa española incumple la Directiva 92/85/CEE en la materia, y que, si bien el ordenamiento español no contempla en la actualidad una regla de prioridad de permanencia para la trabajadora embarazada, sí que debiera

⁶⁸⁹ Art. 10 Directiva 92/85/CEE: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...], salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales [...]. Cuando se despidiera a una trabajadora [durante el período señalado], el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.” Se trata de una disposición que pretende proteger la salud física y psíquica de la trabajadora en estos períodos, debido a los perjuicios que puede ocasionarle la pérdida de su puesto de trabajo.

⁶⁹⁰ Párrafo 54: “corresponde al empresario indicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.”

preverla.⁶⁹¹ Cabe al menos cuestionarse, qué otra protección mayor que la previsión de la nulidad objetiva ex art. 53.4 ET puede contemplar el ordenamiento, y ella no puede ser otra que el establecimiento de una regla de prioridad de permanencia o una prioridad de recolocación para este tipo de trabajadoras, en ausencia de previsiones convencionales en la materia.

La STSJ Cataluña de 26 de abril de 2018 (rec. 3002/2015), asunto Porras Guisado, resolvió el asunto que motivó la cuestión prejudicial al TJUE, y confirmó la procedencia del despido de una trabajadora embarazada en una reestructuración llevada a cabo en la empresa Bankia. El tribunal confirma que las trabajadoras embarazadas no gozan de ninguna regla de prioridad de permanencia en la legislación española actualmente vigente, salvo que se prevea lo contrario en la negociación colectiva; y además, valida plenamente el despido de la trabajadora, pues señala que la “carta de despido contiene información suficiente sobre el despido, las causas y el criterio de selección, basado en una puntuación derivada de una valoración válida y utilizada para todos los trabajadores afectados por el despido colectivo”, cuestión precisamente que abordo en el Capítulo V.

Otro supuesto reciente de despido de trabajadora embarazada por motivos ajenos a su embarazo –en este caso en un despido objetivo– se encuentra en la SJS núm. 1 Burgos de 2 de agosto de 2019 (proc. 317/2019), en el que se declara procedente el despido de la trabajadora, al acreditar la empresa su afectación como consecuencia de su menor antigüedad en la empresa, criterio también usado por la empresa en otras extinciones objetivas.

1.2.3.- Prohibición de diferencias de trato arbitrarias

Si bien el principio de igualdad en sentido estricto no se aplica en el sector privado,⁶⁹² lo cierto es que, en materia de selección de trabajadores afectados por el despido colectivo, y en consonancia con el requisito de objetividad de los criterios, los tribunales vienen exigiendo que la selección no implique diferencias de trato arbitrarias entre los distintos trabajadores.

⁶⁹¹ Los párrafos 72-73 STJUE 22 de febrero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:99], asunto Porras Guisado, reconocen expresamente que la Directiva 92/85/CEE no impone a los Estados prever una prioridad de permanencia o prioridad de recolocación para las trabajadoras embarazadas, pero señalan que la Directiva tiene carácter de mínimos, por lo que los Estados pueden perfectamente contemplar una mayor protección en sus ordenamientos nacionales.

⁶⁹² STS de 10 de marzo de 2009 (rec. 119/2008): “El art. 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto”, y STC 119/2002, de 20 de mayo (rec. 5116/1998).

En el marco de los convenios colectivos, la STS de 10 de marzo de 2009 (rec. 119/2008) recuerda que, en tanto que los convenios colectivos están insertos en el sistema de fuentes, deben respetar los derechos fundamentales y, “en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad”. Ello implica que el convenio colectivo, también cuando regula los criterios de selección, o cuando establece reglas de prioridad de permanencia, no puede establecer diferencias de trato arbitrarias entre los trabajadores, a menos que sean razonables y justificadas en modo objetivo.⁶⁹³

Por lo que respecta a los acuerdos alcanzados en período de consultas, la doctrina considera que su naturaleza jurídica los conecta con los convenios colectivos, en tanto que para alcanzarlos la ley prevé unas reglas sobre legitimación y mayorías, tal y como prevén los arts. 51.4 ET para el despido colectivo y 41.4 ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo que están revestidos de valor normativo y eficacia general.⁶⁹⁴ También lo ha confirmado el Tribunal Supremo, que en la STS de 2 de junio de 2014 (rec. 2534/2013) señala con toda claridad que “el acuerdo logrado en el marco de un ERE y fruto de la negociación colectiva, tiene análoga eficacia a lo acordado en convenio colectivo”, por lo que los acuerdos alcanzarán y vincularán a todos los trabajadores y todas las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del acuerdo durante el tiempo que estén vigentes.⁶⁹⁵

En consecuencia, la doctrina de la Audiencia Nacional también aplica el principio de igualdad a los acuerdos alcanzados en el período de consultas que fijan los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Así, la SAN de 16 de enero de 2014 (proc. 391/2013) discute la adecuación con el principio de igualdad de un acuerdo alcanzado en período de consultas que preveía como criterio de selección el de la adscripción o baja voluntaria únicamente para aquellos trabajadores que ocupasen puestos que iban a ser amortizados, y no aquellos en cuyos contratos pasaba a subrogarse otra empresa como consecuencia de un proceso de externalización. En este caso, la AN consideró que no se vulneraba el principio de igualdad ante la ley, al considerar que unos

⁶⁹³ A este respecto, se cita doctrina constitucional en la materia: SSTC 177/1988, de 10 de octubre (rec. 450/1985); 119/2002, de 20 de mayo (rec. 5116/1998); y 27/2004, de 4 de marzo (rec. 3644/2000).

⁶⁹⁴ Así lo señala MERCADER UGUINA (2012), p. 365; PEDRAJAS MORENO, SALA FRANCO, MOLERO MANGLANO (2012), p. 29; FALGUERA BARÓ (2014), p. 129-224; y ROQUETA BUJ (2015), p. 52.

⁶⁹⁵ También la doctrina en suplicación se ha pronunciado sobre la cuestión. Así, cabe citar las SSTSJ Andalucía de 9 de junio de 2000 (rec. 1421/2000), y de 23 de marzo de 2001 (AS 2804). No obstante, algún pronunciamiento, como la STSJ Asturias de 26 de julio de 2002 (rec. 2026/2001), no considera que los acuerdos alcanzados en período de consultas sean convenios estatutarios, ya que carecen de los requisitos formales solemnes que el art. 90 ET prevé para los convenios “a que se refiere esta ley”. Sobre la cuestión, vid. ROQUETA BUJ (2015), p. 53.

trabajadores y otros se encontraban en situaciones diferentes, por lo que el principio de igualdad no era aplicable; siendo además que el criterio se había pactado con la representación legal de los trabajadores y se habían justificado los motivos.⁶⁹⁶

Una cuestión relativa a la prohibición de diferencias de trato arbitrarias y al criterio de la adscripción voluntaria, es la previsión de condiciones de despido más ventajosas para los trabajadores afectados voluntariamente (por ejemplo, una mayor cuantía indemnizatoria, compensaciones y planes sociales, etc.). Dicha posibilidad es perfectamente aceptada y no vulnera el principio de igualdad, en tanto que incentiva la afectación voluntaria en detrimento de la forzosa, y así contribuye a reducir el número de afectaciones forzosas, como he comentado en el Capítulo III.⁶⁹⁷

Por lo que respecta a la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad ante la ley, según, por todas, la STC 104/2004, de 28 de junio (rec. 4360/1998), dicho principio “no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello”. En este sentido, “el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas”, prohibiendo, en suma, “las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables”.

Para que una diferencia de trato supere el juicio de constitucionalidad, es necesario que sea proporcionada a la finalidad perseguida con la medida adoptada. En concreto, el juicio de igualdad de los criterios de selección, es decir, la determinación de su adecuación o no al principio de igualdad, incluye dos juicios de valor.⁶⁹⁸ En primer lugar, un juicio causal, según el cual la causa en que se funden los criterios debe ser objetiva y razonable, y no arbitraria o subjetiva. En segundo lugar, el juicio de adecuación o proporcionalidad, según

⁶⁹⁶ Sobre alegaciones de trato desigual, también cabe citar la SAN de 16 de mayo de 2014 (proc. 500/2013), que aborda un procedimiento en cuyo acuerdo alcanzado en período de consultas se otorgaba un trato más favorable a los trabajadores pertenecientes a un centro de trabajo frente a los trabajadores de otros centros. Por otro lado, en el marco de un acuerdo alcanzado en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, la SAN de 6 de mayo de 2014 (proc. 69/2014) desestima las alegaciones de vulneración del principio de igualdad respecto a la exclusión de determinados colectivos de las medidas acordadas, debido a la inidoneidad de los términos de comparación.

⁶⁹⁷ Sobre la admisibilidad de condiciones de despido más ventajosas para los trabajadores voluntariamente acogidos a las extinciones, vid. GODINO REYES (2016), p. 368.

⁶⁹⁸ Así lo considera ROQUETA BUJ (2015), p. 54.

el cual, siendo las medidas lo menos gravosas posibles, éstas deben adecuarse al fin que persiguen.

En cuanto a la decisión unilateral del empresario, es decir, la adoptada en ausencia de acuerdo alcanzado en el período de consultas, está sometida, además de a la prohibición de discriminación, la prohibición de efectuar diferencias de trato de carácter arbitrario. Ello conecta con el requisito de la objetividad y no arbitrariedad de los criterios de selección, abordado en el Capítulo III.

En consecuencia, y tal y como ha señalado la doctrina,⁶⁹⁹ el empresario, a la hora de fijar los criterios de selección o de aplicar reglas sobre prioridad de permanencia no puede efectuar diferencias de trato que sean arbitrarias o caprichosas, pues ello vulneraría el principio de igualdad del art. 14 CE.⁷⁰⁰ En conexión con ello, los tribunales señalan que la selección de los trabajadores no puede no puede “obedecer a causa torpe o fraudulenta”.⁷⁰¹

⁶⁹⁹ VALDÉS DAL-RÉ (1999), p. 5, señala: “La aplicación del principio de igualdad al proceso de determinación individualizada de los trabajadores cuyos contratos de trabajo han de quedar extinguidos por necesidades del funcionamiento de la empresa veda al empresario introducir desigualdades arbitrarias de trato. Este dispone, desde luego, de un margen de libertad para definir el factor de diferenciación en la elección del grupo de trabajadores despedidos [...], pero dicho factor ha de tener una justificación objetiva o, si se prefiere, no puede estar amparada en el capricho o en la arbitrariedad.” En el mismo sentido se pronuncia, VIVERO SERRANO (2013), p. 5-6; y ROQUETA BUJ (2015), p. 65. Interesante en éste último caso la referencia de ROQUETA BUJ a la doctrina constitucional sobre diferencias de trato en materia salarial, que considera igualmente aplicables en otros aspectos de la relación laboral, como puede ser la determinación de los criterios de selección. En este sentido, la STC 36/2011, de 28 de marzo (rec. 6199/2007) señala que “una decisión empresarial de diferenciación salarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria”. Lo que en definitiva viene a confirmar que las decisiones del empresario deben de estar regidas no sólo por la prohibición de discriminación, sino también por el principio de igualdad traducido en la prohibición de diferencias de trato que resulten injustificadas y arbitrarias, cuestión que puede trasladarse perfectamente a la facultad empresarial de determinar los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

⁷⁰⁰ Como ejemplo de pronunciamiento en el que se discutía la vulneración del principio de igualdad en un despido colectivo llevado a cabo sin acuerdo y, por tanto, por decisión unilateral del empresario, puede mencionarse la STSJ Murcia de 14 de octubre de 2013 (proc. 10/2013), en la que no se habían utilizado los mismos criterios de selección para todos los trabajadores y departamentos afectados, alegación que fue desestimada por no tratarse de situaciones de hecho iguales respecto de las que fuera predicable una igualdad de trato en las consecuencias jurídicas. Así, la Sentencia señala que “no se constatan casos iguales o idénticos que pudieran fundar que media violación del principio de igualdad”. En este sentido, recuérdese la doctrina constitucional según la cual la igualdad es sólo predicable de los supuestos de hecho o situaciones que puedan considerarse iguales. En consecuencia, la vulneración del principio de igualdad no se aprecia cuando hay una mera diferencia de trato, normalmente fundada en situaciones de hecho diferentes, sino únicamente cuando la diferencia de trato se arbitraria y caprichosa.

⁷⁰¹ BLASCO PELLICER (2009), p. 118, con referencia a doctrina dictada en suplicación por los TSJ en los años 90.

Una vez señalado esto, cabe añadir que la prohibición de trato desigual arbitrario sólo es aplicable respecto de situaciones que sean jurídicamente equiparables u homologables, pues sólo respecto de ellas cabría predicar una prohibición de realizar un trato diferenciado arbitrario.⁷⁰²

Se han planteado dudas sobre la inclusión entre los afectados de trabajadores con contrato suspendido, excluyendo las suspensiones relacionadas con la conciliación familiar, que han sido abordadas en el Epígrafe 1.2.2. En este sentido, cabe señalar que nada obsta a que los trabajadores con contrato suspendido puedan ser incluidos en el ámbito de afectación del despido colectivo, pues su contrato de trabajo se encuentra plenamente en vigor, como es el caso de los trabajadores con contrato suspendido por encontrarse en situación de excedencia voluntaria⁷⁰³. Dicha inclusión puede y debe ser coherente con los criterios de selección indicados por el empresario.

Nada obsta tampoco a la inclusión en el despido colectivo de trabajadores con el contrato suspendido por encontrarse en situación de incapacidad temporal. Al igual que el excedente voluntario, el trabajador con contrato suspendido por encontrarse en situación de incapacidad temporal tampoco tiene un derecho a ser excluido de entre los afectados por el despido colectivo.⁷⁰⁴

Los tribunales han señalado que no vulnera el principio de igualdad de trato la afectación de trabajadores en situación de incapacidad temporal de larga duración, frente a otros en situación de incapacidad temporal por un tiempo menor, pues se trata de circunstancias diferentes.⁷⁰⁵ En este punto, hay que resaltar que si bien la enfermedad en sí misma no es un criterio vedado de discriminación por el art. 14 CE, sí que puede serlo en casos en que

⁷⁰² FALGUERA BARÓ (2016), p. 76. Vid. STSJ Aragón 11 de junio de 2013 (proc. 209/2013), que justifica la diferencia de trato consistente en la formulación de criterios de selección diferentes para el personal directivo y el resto de trabajadores, concluyendo el tribunal que no se trata de una diferenciación prohibida, ya que “no existen términos de comparación homogéneos entre ambos colectivos”.

⁷⁰³ BLASCO PELLICER (2009), p. 121. Nada obsta a que los trabajadores con contrato suspendido se vean afectados por el despido si los criterios de selección se proyectan sobre estos trabajadores, y ello sin perjuicio de que en el caso de los trabajadores con contrato suspendido por encontrarse en situación de excedencia voluntaria no tengan derecho a indemnización, según STS de 25 de octubre de 2000 (rec. 3606/1998); y STS (3ª) de 25 de octubre de 2006 (rec. 3755/2004). La STSJ Asturias de 15 de junio de 2012 (rec. 1228/2012) abordaba el supuesto de un trabajador que se encontraba en situación de excedencia voluntaria y que solicitó su inclusión entre los afectados del despido colectivo, a fin de extinguir su contrato y percibir la indemnización. El tribunal negó dicha pretensión, ya que, a diferencia de los trabajadores en situación de excedencia con reserva de puesto de trabajo, el excedente voluntario sólo tiene un derecho potencial al reingreso en caso de que exista vacante.

⁷⁰⁴ Vid. STS de 20 de mayo de 2015 (rec. 290/2014).

⁷⁰⁵ Vid. el caso de la STSJ Navarra (CA) de 21 de marzo de 2006 (rec. 224/2004). En la doctrina, vid. SÁEZ LARA (2015), p. 185-186.

se aprecie un elemento de segregación, es decir, enfermedades con especial significación social que generen prejuicios y actitudes de apartamiento y discriminación, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo,⁷⁰⁶ o cuando sea incardinable en el concepto de discapacidad de conformidad con los pronunciamientos del TJUE en dicha materia.⁷⁰⁷

1.2.4.- Respeto al principio de buena fe contractual: prohibición del fraude de ley

Los tribunales han señalado en numerosas ocasiones que la selección de los trabajadores no puede “obedecer a causa torpe o *fraudulenta*”.⁷⁰⁸ En relación con ello, otro de los límites que con carácter general impone el ordenamiento jurídico a la facultad empresarial de determinar los criterios de selección es la prohibición del fraude de ley.

El fraude de ley viene definido en el art. 6.4 CC,⁷⁰⁹ y el TS lo define como una “conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico”.⁷¹⁰ En todo caso, respecto a la acreditación del fraude de ley, “es suficiente que los datos objetivos revelen el amparo en el texto de una norma y la obtención de un resultado prohibido o contrario a la ley”.⁷¹¹

Un ejemplo de fraude de ley lo encontramos en la SAN de 25 de junio de 2012 (proc. 94/2012), en la que se abordaba un despido colectivo que la empresa inició poco antes de la reforma laboral de 2012 y desistió del mismo para volverlo a retomar una vez aprobado

⁷⁰⁶ STS 15 de marzo 2018 (rec. 2766/2016); y las antiguas STS de 12 de julio de 2004 (rec. 4646/2002), STS de 23 de septiembre de 2002 (rec. 449/2002), y STS de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000).

⁷⁰⁷ STJCE de 11 de julio de 2006 [ECLI:EU:C:2006:456], asunto *Chacón Navas*; STJUE de 11 de abril de 2013 [ECLI:EU:C:2013:222], asunto *HK Danmark*; STJUE de 1 de diciembre de 2016 [ECLI:EU:C:2016:917], asunto *Daouidi*; STJUE de 18 de enero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:17], asunto *Ruíz Conejero*; y la reciente STJUE de 11 de septiembre de 2019 [ECLI:EU:C:2019:703], asunto *Nobel Plastiques*. Vid. Capítulo III, Epígrafe 5.7.

⁷⁰⁸ Así lo señala BLASCO PELLICER (2009), p. 118, con referencia a doctrina dictada en suplicación por los TSJ en los años 90.

⁷⁰⁹ Art. 6.4 CC: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

⁷¹⁰ En este sentido, SSTS de 31 de mayo de 2007 (rec. 401/2006), y de 16 de enero de 1996 (rec. 693/1995).

⁷¹¹ Así lo señala la STS de 19 de junio de 1995 (rec. 2371/1994).

el RDL 3/2012, pretendiendo así eludir la autorización administrativa que la normativa reformada suprimía, por lo que el Tribunal apreció fraude de ley conforme art. 6.4 CC.⁷¹²

Se encuentran más ejemplos. Así, un supuesto de fraude de ley sería la inclusión entre los afectados por el despido colectivo de trabajadores que habían sido previamente despedidos por infracciones disciplinarias y readmitidos unilateralmente por el empresario, a fin de incluirlos en el despido colectivo y eludir las indemnizaciones por la probable declaración de improcedencia del despido disciplinario.⁷¹³ Otro ejemplo típico de fraude de ley lo encontramos en el inicio de un procedimiento de despido colectivo para soslayar las acciones por impago de salarios planteadas por algunos trabajadores ex art. 50 ET, tal y como aborda la STSJ Murcia de 9 de julio de 2012 (proc. 3/2012).⁷¹⁴

La SAN de 25 de junio de 2012 (proc. 94/2012), y STS de 20 de mayo de 2014 (rec. 166/2013), abordan la cuestión del fraude de ley en el despido colectivo. La SAN de 25 de junio de 2012 (proc. 94/2012) lo define conforme a unos criterios. En primer lugar, señala que el fraude de ley no se presume, y debe acreditarse por quien lo invoca; y en segundo lugar, es necesaria la acreditación de la intención maliciosa de violar la norma, manifestada en la intención de utilizar desviadamente una norma jurídica para obtener un resultado no previsto.⁷¹⁵

Un ejemplo específico de fraude de ley en materia de selección de trabajadores lo constituye la afectación de trabajadores con contrato indefinido como medida para sustituirlos por otros trabajadores con unas condiciones laborales más precarias, por ejemplo con contrato temporal. A este respecto cabe señalar que, en línea de principio, la

⁷¹² Vid. también al respecto PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 12-13 y 65. Por otro lado, en la doctrina de los tribunales se encuentran numerosos ejemplos de fraude de ley en procedimientos de despido colectivo, aunque no específicamente relacionados con la selección de los trabajadores. BLASCO PELLICER (2016), p. 570, cita el ejemplo de los consorcios andaluces de empleo, en los que el recurso al procedimiento de despido colectivo pretendía evitar que, ante la disolución de los consorcios, el Servicio Andaluz Empleo se hubiera subrogado en la posición de empleador. En este sentido, SSTS de 20 de mayo de 2013 (rec. 153/2013); de 21 de octubre de 2014 (rec. 59/2014); y de 24 de marzo de 2015 (rec. 118/2013).

⁷¹³ STSJ Madrid (CA) de 27 de julio de 2004 (rec. 199/2002).

⁷¹⁴ La STSJ Murcia de 9 de julio de 2012 (proc. 3/2012) señala: “la empresa, con la finalidad de evitar hacer frente a las indemnizaciones derivadas de las sentencias dictadas en su contra sobre extinción de los contratos de trabajo por falta de abono de los salarios o retraso continuado en el pago de los mismos, en cuantía de 45 días de salario por año trabajado, pretende reducir dicha indemnización en 20 días de salario por año trabajado, y para ello inicia dicho expediente de regulación de empleo en las condiciones expresadas.”

⁷¹⁵ La STS de 20 de mayo de 2014 (rec. 166/2013) se refiere a que “los contactos y propuestas de negociación individual [que llevó a cabo la empresa con varios de los trabajadores individualmente], viciaron y vaciaron de contenido el propio período de consultas, tratando así de desnaturalizar un proceso de esencia colectiva”.

selección de trabajadores con contrato indefinido, frente a los trabajadores con contrato temporal, no supone fraude de ley ni vulnera el principio de igualdad y no discriminación.⁷¹⁶ Así lo han establecido las SSTSJ Andalucía (Granada) de 17 de abril de 1995 (rec. 2360/1994),⁷¹⁷ y Navarra de 31 de enero de 1996 (AS 683).⁷¹⁸ En sentido contrario se han manifestado las SSTSJ Cantabria de 20 de mayo de 1996 (rec. 719/1996).⁷¹⁹

La selección de trabajadores en atención a su relación laboral indefinida se considera fraude de ley cuando con ello se pretendía sustituir empleo fijo por temporal o precario en el seno de la empresa. Así lo expresa la STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997), al señalar que “no hay ningún elemento de hecho que permita sostener con una mínima base indiciaria que en lugar de una amortización de un puesto de trabajo lo que se ha pretendido es sustituir empleo fijo por empleo temporal”.⁷²⁰ Para el Tribunal Supremo, es relevante la modalidad contractual temporal de que se trate. En este sentido, la misma STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997) señala que “para valorar el posible efecto de sustitución sería preciso determinar la modalidad contractual aplicada y su función real en la actividad empresarial, pues –desviaciones causales aparte– no es lo mismo un contrato de eventualidad que un contrato de interinidad”.

Por ejemplo, una práctica de estas características consistiría en afectar a trabajadores indefinidos para acto seguido contratar a trabajadores con contrato temporal o con contratos bonificados.⁷²¹

⁷¹⁶ BLASCO PELLICER (2009), p. 122.

⁷¹⁷ La STSJ Andalucía (Granada) de 17 de abril de 1995 (rec. 2360/1994) señala que es irrelevante que “en la empresa exista otro especialista, con contrato temporal que no resulta afectado por la amortización decretada, ya que en relación a tales contratos lo procedente no será la amortización de la plaza, sino la no renovación del contrato una vez finalizado el plazo pactado o cualquiera de sus prórrogas”.

⁷¹⁸ La STSJ Navarra de 31 de enero de 1996 (AS 683) señala que “teniendo en cuenta que tanto de la situación financiera y endeudamiento de [la empresa] como del grado de preparación de los empleados no se desprende que su intención sea destruir empleo fijo para crear empleo precario”.

⁷¹⁹ En el supuesto que abordaba dicha sentencia, se sustituía a la trabajadora indefinida despedida por una temporal, en una clara maniobra fraudulenta. En este sentido, la STSJ Cantabria de 20 de mayo de 1996 (rec. 719/1996) señala: “si la opción de extinguir se plantea entre una relación laboral indefinida, que data del año 1987, y otra de carácter temporal que, además, habrá finalizado antes del cierre del centro de trabajo [...], no cabe duda que la solución más razonable y equitativa hubiese sido la de no renovar el contrato de trabajo de la temporal y mantener el de la actora.”

⁷²⁰ Continúa con la argumentación: “porque, a diferencia del caso del titulado superior destinado a la sección de infraestructuras de carretera, no hay constancia alguna que los contratados temporales con categoría de titulados medios hayan sido contratados en fechas tan próximas al despido y en puestos directamente afectados por la necesidad de reducción de empleo”.

⁷²¹ Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 69.

En la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, comentada en el Capítulo III, sólo se veían afectados por los despidos los trabajadores fijos, frente a los no fijos o temporales. El tribunal consideró que ello era razonable, pues se espera que los contratos temporales se extingan en un breve período de tiempo por su propia naturaleza temporal. Por su parte, la STS de 9 de enero de 2019 (rec. 108/2018) admite que a los trabajadores con contrato temporal por obra o servicio determinado se les extinga individualmente su contrato con la indemnización de 12 días, sin incluirlos en el procedimiento de despido colectivo.

También es interesante comentar aquí el supuesto inverso, es decir, la afectación por el despido colectivo de trabajadores temporales frente a los que tienen contrato indefinido. En la STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013), asunto Agencia Pedro Laín Entralgo, se aborda la posible discriminación de trabajadores temporales, que eran los únicos a los que afectaba el despido colectivo, frente a los trabajadores indefinidos, que se veían excluidos. El tribunal considera que se trata de dos colectivos diferentes, por lo que no se vulnera el principio constitucional de igualdad y no discriminación, por lo que es posible aplicarles medidas diferentes. Además, considera que la diferencia de trato no es arbitraria y está justificada por razones objetivas.⁷²²

Ahora bien, los tribunales sí que han considerado fraudulenta la selección de trabajadores con contrato temporal cuya terminación tenía lugar de manera temprana, por ejemplo durante el desarrollo del procedimiento o en un momento inmediatamente posterior al de la ejecución de los despidos, si con ello se pretendía situarse de modo intencionado sobre los umbrales del ámbito de aplicación del art. 51 ET y el despido colectivo.⁷²³

1.2.5.- Respeto al principio de buena fe contractual: prohibición del abuso de derecho

La prohibición del abuso de derecho, que viene definida en el art. 7 CC,⁷²⁴ constituye otro de los límites generales que el ordenamiento jurídico impone también a la facultad

⁷²² La STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) señala que “al ser dos colectivos diferentes, no es contrario a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación que se les aplique distinta solución en el despido colectivo efectuado, es decir, que se proceda a la extinción de los contratos del personal temporal y no del personal fijo”. Sobre esta cuestión, vid. SEMPERE NAVARRO (2016), p. 716.

⁷²³ Vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 122; y STSJ Cataluña (CA) de 30 de julio de 2001 (rec. 3666/1996).

⁷²⁴ Art. 7 CC: “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites

empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo. El abuso de derecho tiene una configuración muy similar a la del fraude de ley. La STSJ Cantabria de 28 de junio de 2012 (proc. 367/2012) ha caracterizado el abuso de derecho a través de una serie de notas: en primer lugar, debe ejercitarse un derecho objetivo o externamente legal; y en segundo lugar, debe haber una intención de perjudicar a tercero y generar un daño antisocial como consecuencia del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

En el ámbito de la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, numerosas sentencias citan el abuso de derecho, pero precisamente para señalar que el mismo no se ha producido. Tal es el caso de la STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2018 (rec. 2531/2018), asunto Incasòl, que señala que “los criterios pactados se han aplicado, sin que consten fraude de ley o abuso de derecho, y menos violación de derechos fundamentales”.

1.2.6.- Principio de proporcionalidad

La decisión empresarial de seleccionar para su afectación a unos trabajadores frente a otros está sometida al principio general de proporcionalidad. Ello significa que la medida adoptada tiene que ser proporcional, lo que se traduce en que debe ser adecuada y coherente con la causa expresada, y no ir más allá de lo que sería necesario para soslayar la situación negativa por la que atraviesa la empresa, de modo que sea lo menos restrictiva posible. En este punto, la doctrina considera que el control judicial debe limitarse a la “valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada”.⁷²⁵

El Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente en la STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 1681/2014), en la que ha afirmado que “habrá que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo”.

normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

⁷²⁵ Así lo señala JURADO SEGOVIA (2012a), p. 12.

2.- PRIORIDAD DE PERMANENCIA DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS TRABAJADORES

2.1.- Definición y caracterización general

La selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo debe respetar las reglas de prioridad de permanencia, según las cuales determinados colectivos tienen preferencia o prioridad para permanecer en la empresa y, por tanto, no verse afectados por el despido colectivo. Dichas reglas de prioridad de permanencia operan como el principal límite a la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados, de modo que el empresario, a la hora de designar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, deberá respetar dichas reglas.

Además de las reglas de prioridad de permanencia que para determinados colectivos puedan establecerse vía convencional, el empresario viene a respetar la regla de prioridad de permanencia establecida legalmente para los representantes legales de los trabajadores. En este sentido, el art. 68 b) ET señala: “Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: [...] b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.”

Dicha referencia que señala “a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos” se refiere precisamente al hecho de que los convenios colectivos podrán establecer otras garantías para los representantes que vayan más allá de las establecidas legalmente, pero no podrán en ningún caso restringirlas. Por su parte, la prioridad se aplica con independencia de que en el período de consultas se haya alcanzado acuerdo o no, ya que la norma no distingue al respecto.⁷²⁶ Por tanto, el acuerdo alcanzado en período de consultas no puede soslayar la garantía de prioridad de permanencia reconocida legalmente.

La garantía de prioridad de permanencia viene expresamente contemplada para los despidos colectivos en el art. 51.5 ET, cuyo primer inciso señala que “los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo”. En el plano normativo, debe añadirse también la

⁷²⁶ Así lo señala la STS (3ª) de 23 de septiembre de 2008 (rec. 7678/2005).

previsión del art. 10.3 LOLS, que amplía la garantía para los delegados sindicales en los casos en que no formen parte del comité de empresa, así como la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que extiende la prioridad de permanencia a los delegados de prevención (art. 37.1 LPRL) y también a los “trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención” y miembros del servicio de prevención (art. 30 LPRL), tal y como se comenta en el Epígrafe 2.5.

La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores también se aplica en otros supuestos. Así, el art. 52 c) ET la contempla expresamente para los despidos objetivos por causas empresariales que no tengan carácter colectivo. La garantía aplicada en los supuestos de despido objetivo, debe entenderse con el mismo alcance que para la garantía contenida en el art. 51.5 ET para los despidos colectivos, en lo relativo a los titulares de la misma, las condiciones para beneficiarse de la misma, el ámbito de aplicación o alcance, y su carácter relativo y no absoluto.

También es aplicable la prioridad de permanencia en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales ex art. 47.1 ET, ya que el art. 68 b) ET se refiere también a los supuestos de “suspensión” del contrato. Del mismo modo, el art. 40.7 ET reconoce a los representantes legales de los trabajadores prioridad de permanencia en los puestos de trabajo en los supuestos de movilidad geográfica, y como no específica, cabe entender que se refiere tanto a los traslados definitivos como a los desplazamientos temporales.

En otras figuras jurídico-laborales no se reconoce, en cambio, ningún derecho a la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores. Tal es el caso de la sucesión o transmisión de empresa del art. 44 ET. Así lo ha recordado la SAN de 9 de octubre de 2017 (proc. 195/2017), al señalar que “la primera cuestión que hemos de descartar al respecto es que las garantías de permanencia que el art. 68 ET establece para los representantes unitarios de los trabajadores [...] puedan aplicarse a los supuestos de sucesión de empresas por transmisión de unidad productiva autónoma, donde la afectación a la sucesión viene determinada por la adscripción a la unidad que se trasmite, resultando irrelevante sobre este punto que el mandato representativo del trabajador en cuestión se extienda a toda la empresa o a un concreto centro de trabajo.”⁷²⁷

⁷²⁷ Además, la SAN de 9 de octubre de 2017 (proc. 195/2017) señala como argumento que el propio art. 44.5 ET se dedica a regular la situación de los representantes tras la transmisión, señalando que la misma “no extinguirá por sí mismo el mandato” de los representantes.

No obstante, el presente estudio se centra en la prioridad de permanencia en el despido colectivo.

Por su parte, cabe señalar que la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores es una cuestión extensamente tratada por la doctrina.⁷²⁸ La prioridad de permanencia que contempla la ley para los representantes legales de los trabajadores supone una de las pocas limitaciones expresas de la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el empresario en el despido colectivo, hecho por el cual ha merecido un tratamiento expreso por la doctrina.

ALBIOL MONTESINOS aborda la cuestión de la garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.⁷²⁹ Así, señala que esta garantía, además de en los procedimientos de despido colectivo, se aplica también en los supuestos de extinción o suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, ya que el art. 51.5 ET señala que la garantía se aplica “en los supuestos a que se refiere este artículo”. Por otro lado, también indica que la preferencia no es absoluta, como se abordará en el Epígrafe 2.3, ya que no opera respecto de cualesquiera trabajadores en la empresa, sino que opera sólo respecto de los trabajadores que resulten afectados por el despido, y dentro de los grupos profesionales a los que pertenezcan los representantes legales de los trabajadores. Así lo señaló desde un primer momento el Tribunal Supremo. En este sentido, la STS (3ª) de 19 de mayo de 1980 (RJ 1859), en un supuesto de cierre total de la empresa en el que no era posible que operase la garantía.⁷³⁰

El presupuesto, por tanto, que permite operar a la garantía de prioridad de permanencia es la existencia de varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta la causa extintiva alegada, de modo que el empresario deba realizar una selección o expresar una preferencia por un trabajador u otro, encontrándose éstos en una situación profesional equivalente. En ese supuesto, hay un trabajador que tiene prioridad para permanecer en la empresa: el representante legal de los trabajadores. De este modo, la prioridad de permanencia excluye de la selección al trabajador que goza de la garantía, determinando que la elección se haga con respecto a otro trabajador que no goza de dicha garantía. La prioridad de permanencia se traduce, pues, en un “sacrificio potencial” para los otros

⁷²⁸ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 329-332; RODRÍGUEZ RAMOS (2004), p. 531-533; PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 151-157.

⁷²⁹ ALBIOL MONTESINOS (1990), p. 165-166.

⁷³⁰ La STS (3ª) de 19 de mayo de 1980 (RJ 1859) señala: “otorga un derecho que lógicamente habrá de estar condicionado a aquellos supuestos motivos de expedientes no para la extinción de la relación laboral, sino de la modificación de esas relaciones o condiciones que hagan posible la preferencia dentro de una relación que subsiste.”

trabajadores incluidos en el ámbito de afectación de la garantía pero que no son titulares de la misma.⁷³¹ En tanto que limita la posibilidad de elegir a unos trabajadores u otros, constituye un límite a la facultad de selección del empresario, que dentro de su ámbito discrecional deberá respetar las reglas sobre prioridad de permanencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido delimitando desde los primeros años tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 cuáles son los parámetros de operatividad de dicha garantía. Así, la STS de 27 de julio de 1989 (RJ 5926) señala que el “presupuesto implícito” para que opere la garantía de prioridad de permanencia es que haya dos o más trabajadores respecto de los cuales pueda establecerse algún tipo de prioridad o preferencia, porque de lo contrario no hay prioridad alguna. En dicha Sentencia se establece que la prioridad de permanencia es en el “puesto de trabajo”, por lo que hay que atender al hecho de si la actividad realizada por el titular de la garantía es individualizada, o en cambio su actividad es indiferenciada o polivalente, pues sólo en el caso de que su actividad sea indiferenciada con respecto a las funciones desempeñadas por los trabajadores que ocupan otros puestos, podrá operar la garantía de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores a la hora de amortizar un puesto.

La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, y también cualquier otra regla sobre prioridad de permanencia que haya podido establecerse vía convencional, debido a su carácter no absoluto, es aplicable únicamente en supuestos de despido colectivo parcial, es decir, en supuestos en que se extinga una parte de los contratos de trabajo, no así en los supuestos de cierre total o cesación total de la actividad empresarial, como ya señaló la STS (3ª) de 19 de mayo de 1980 (RJ 1859).⁷³²

Por su parte, a diferencia de la regulación normativa predemocrática, que preveía en múltiples disposiciones reglamentarias una exhaustiva lista de prioridades para permanecer en la empresa aplicadas a diversos colectivos, llamadas “preferencias”, la actual regulación de las prioridades de permanencia de origen legal se ciñe a la mencionada de los representantes legales de los trabajadores. En este sentido, ya el Estatuto de los Trabajadores de 1980 dejó virtualmente sin aplicación dichas “preferencias” del período predemocrático al contemplar únicamente la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores.

⁷³¹ En la doctrina, así lo señalan BLASCO PELLICER (2009), p. 114; y SAMPER JUAN (2006), p. 248.

⁷³² ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 330.

El art. 51.5 ET, en conexión con el art. 68 b) ET, viene desarrollado reglamentariamente por el art. 13.1 del RPDC de 2012, que básicamente reitera las previsiones legales al respecto.⁷³³

2.2.- Justificación de la existencia de prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores

Que la regulación legal contemple, como única limitación expresa a la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, una regla de prioridad de permanencia, y que dicha regla beneficie expresamente a los representantes legales de los trabajadores, significa que el legislador ha querido proporcionar una especial protección a dicho colectivo y proteger su función representativa.

Precisamente, la razón de dicha protección radica en la “protección a las funciones” que desempeñan dichos representantes de los trabajadores, de modo que ante una reestructuración empresarial puedan permanecer en la empresa y continuar ejerciendo las mismas sin que se vean mermadas o afectadas por una reestructuración empresarial. En definitiva, se trata de evitar abusos por parte del poder empresarial, que podría tener un interés en penalizar a los trabajadores que ejercen funciones representativas.⁷³⁴ Del mismo modo, dicha prioridad pretende también evitar con carácter preventivo las posibles discriminaciones en las que el empresario puede estar tentado de incurrir en caso de seleccionar para su afectación por el despido colectivo a trabajadores en función de su cargo representativo o tareas sindicales.⁷³⁵

El razonamiento radica en que protegiendo las funciones representativas de los representantes legales de los trabajadores, se está protegiendo también los intereses de los trabajadores representados, aunque la existencia de la prioridad de los representantes supone un mayor riesgo de afectación potencial a los trabajadores que no lo son. En este sentido, existe en la doctrina cierto debate en torno a la conceptualización de la garantía de prioridad de permanencia como una prerrogativa o como un privilegio.⁷³⁶ La mayoría

⁷³³ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 151, señala que la aportación real del art. 13 RPDC es “casi nula”, pues sus previsiones son prácticamente idénticas a las del art. 51.5 ET.

⁷³⁴ Así lo señala PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 152.

⁷³⁵ Así lo expresa CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 188.

⁷³⁶ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 151-152, se refiere a la garantía como “privilegio”, aunque la concibe como una garantía protectora frente a los abusos del empresario, y en suma, como una prerrogativa.

de la doctrina la entiende como una prerrogativa, de la misma naturaleza que el resto de garantías que prevé el art. 68 ET, y que pretenden garantizar que las funciones representativas podrán ejercerse de manera efectiva. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que en la STC 191/1996 (recs. 1804/1994 y 483/1995) señala que “al conceder la garantía de ‘la prioridad de permanencia’ la ley no concede un privilegio, sino que se tutela con esa garantía la representación de los trabajadores”.⁷³⁷

También en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en jurisprudencia relativamente reciente. En este sentido, la STS (3ª) de 6 de mayo de 2003 (rec. 7034/1998); STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 3687/2001); STS de 3 de febrero de 2009 (rec. 101/2006); STS (3ª) de 18 de marzo de 2009 (rec. 879/2007); y STS (3ª) de 27 de noviembre de 2018 (rec. 1157/2016), lo expresan señalando que la garantía de prioridad de permanencia en la empresa de los representante legales de los trabajadores tiene un “carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas”. Dichas funciones y su garantía supone una manifestación del derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE, que protege a su vez la composición de los órganos de representación. Por ello, la garantía supone también un “medio de protección” del representante legal de los trabajadores frente a decisiones discriminatorias del empresario que pudieran afectar al derecho fundamental de libertad sindical. Además dicha protección actúa con carácter previo, excluyendo al representante de la posibilidad de selección, y por tanto de sufrir discriminación.⁷³⁸

Por lo tanto, la garantía de prioridad de permanencia tiene un carácter instrumental con respecto al desempeño de las funciones representativas, las cuales pretende garantizar, en tanto que son una manifestación del derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE.⁷³⁹ En definitiva, se trata de una manera de proteger con carácter previo

⁷³⁷ En sentido contrario, la STS (3ª) de 11 de junio de 1984 (RJ 3190), que consideró la prioridad de permanencia como un “beneficio” y hablaba de una “privilegiada continuidad” en la empresa que no podía en ningún caso tener un carácter absoluto.

⁷³⁸ La STSJ de 17 de junio de 2014 (rec. 21/2014) señala que la garantía de prioridad de permanencia “provoca que en la selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva, los representantes de los trabajadores sigan teniendo una posición diferenciada y preferente respecto del resto de trabajadores en plantilla, que aun cuando no es un privilegio, sino que tiene un carácter instrumental de protección reforzando garantías de independencia y desempeño de funciones representativas, pretende evitar restricciones, máxime cuando se integra en el derecho de libertad sindical completo.”

⁷³⁹ En tanto que derecho fundamental, la libertad sindical se ejerce principalmente a través de los órganos de representación en la empresa, y ello es así, especialmente, como señala la STC 191/1996, de 26 de noviembre (recs. 1804/1994 y 483/1995), F.J. 5º, cuando la empresa cuenta con un comité “sindicalizado”, es decir, cuando sus miembros están mayoritariamente afiliados a un sindicato y han accedido al comité de empresa a través de la candidatura presentada al efecto por dicho sindicato. La SAN de 12 de junio de 2013

a los representantes legales de los trabajadores frente a decisiones empresariales de carácter discriminatorio, y a su vez proteger a los órganos de representación de alteraciones en su composición.

2.2.1.- Relevancia constitucional: la prioridad de permanencia como garantía de la libertad sindical

La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores está conectada con el derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE. La STC 191/1996, de 26 de noviembre (recs. 1804/1994 y 483/1995) tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, reconociendo expresamente que la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores se integra en el derecho fundamental de libertad sindical.

El supuesto que se abordaba en dicho caso era el relativo a la inclusión de los representantes de los trabajadores en el listado de afectados que se presentaba en aquel momento a la autoridad laboral para solicitar la autorización para efectuar las extinciones. La inclusión de los representantes de los trabajadores se hacía haciendo constar su condición de tal, y además, en el anexo de la solicitud se señalaba expresamente que la inclusión de los mismos era “a reserva del ejercicio por cada uno de ellos de la garantía de prioridad de permanencia que establece el art. 68 b) ET”, de suerte que si ejercitaran dicha garantía, los representantes serían sustituidos por otros trabajadores no incluidos entre los afectados y que no disfrutaban de la garantía. Cuando posteriormente la empresa fue autorizada a efectuar las extinciones, los afectados recibieron una carta de despido que señalaba: “en el supuesto de que Vd. ostente la condición de representante de los trabajadores y siempre que decida hacer uso de la garantía otorgada por el art. 68 b) del Estatuto de los Trabajadores, deberá ponerlo en conocimiento de la Dirección de la Empresa por escrito, en el plazo máximo de cinco días, contados a partir de la recepción de la presente notificación. De no producirse su comunicación en el plazo indicado, se entenderá que no desea hacer uso de aquel derecho. Si, por el contrario hiciese uso de la garantía citada, será sustituido por otro trabajador de la plantilla de la empresa.”

(proc. 143/2013), y STS de 14 de octubre de 2014 (rec. 3054/2013), señalan que “la prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores [...] tiene, por otra parte, [...] un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas, como manifestación del derecho fundamental de libertad sindical que reconoce el artículo 28 de la Constitución.”

Tras la impugnación por parte de los representantes afectados, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, consideró, en Sentencia de 23 de noviembre de 1993, que la garantía de prioridad de permanencia no era absoluta, y por tanto era renunciable, por lo que no apreció que se vulnerase la libertad sindical de los representantes, destacando que se les dio opción a ejercitar la garantía de la que eran titulares. Consideraciones similares efectuó la STSJ Asturias de 29 de abril de 1994 (AS 1552), señalando que los representantes no alegaron la vulneración de sus derechos sindicales en su momento, haciendo una nítida “dejación voluntaria” de sus derechos.

Interpuesto recurso de amparo, los recurrentes alegaban el hecho de que “la actividad sindical también se ejerce en las empresas mediante la participación en los órganos de representación de los trabajadores”, doctrina establecida en la STC 9/1988, de 25 de enero (rec. 1174/1986); y STC 197/1990, de 29 de noviembre (rec. 738/1988). De hecho, los recurrentes califican la actuación de la empresa como la “trampa saducea tendida por la empresa”, pues, “la manifestación expresa de los recurrentes en favor de permanecer en la empresa conllevaba la inclusión en el expediente de otros trabajadores, lo que aparecería ante la plantilla como un privilegio abusivo y entrañaba un desprestigio para el Sindicato, y su silencio se toma como pretexto para despedir”.

La primera consideración del TC se refiere al hecho de que se trataba de un comité de empresa sindicalizado, es decir, que forman parte de organizaciones sindicales, por lo que gozan de una clara protección legal para el ejercicio de sus funciones representativas. De hecho, los representantes recurrentes eran todos afiliados al sindicato CCOO, y accedieron al comité de empresa por la candidatura que dicho sindicato presentó en las elecciones. De hecho, la STC 40/1985, de 13 de marzo (rec. 397/1984) reconoce que las garantías y facilidades de que gozan los representantes de los trabajadores “se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical”, y máxime cuando se está ante un comité de empresa sindicalizado.

La interpretación realizada por la empresa, según la cual puede incluir a los representantes de los trabajadores entre los afectados por el despido, y exigirles que expresen si desean ejercitar su garantía, admitiendo el silencio al respecto como una renuncia tácita a la misma, supone interpretar de la manera más restrictiva posible la mencionada garantía. De hecho, dicho planteamiento coloca “a los titulares del derecho en la situación límite de: o renunciar al mismo, para beneficiar a otros trabajadores sin representación alguna, o no renunciar, con perjuicio de ellos”.

La STC 191/1996 (recs. 1804/1994 y 483/1995) cuenta, no obstante, con un Voto particular formulado por el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, en el que considera que

no ha habido vulneración de la libertad sindical. En este sentido, señala que “la cuestión debe ser siempre reconducida a lo que es su extremo relevante, es decir, si los representantes fueron privados de su derecho a permanecer prioritariamente en la empresa”, y considera que es innegable que los representantes han tenido la opción de ejercitar la garantía de prioridad de permanencia.

En definitiva, el TC, con la STC 191/1996 (recs. 1804/1994 y 483/1995) precisa el alcance de la prioridad de permanencia, en particular respecto de los representantes legales de los trabajadores que han sido elegidos en tanto que integrantes por una lista presentada por un sindicato. Ello conlleva que la cuestión incida en el derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE. Para el TC, la inclusión de los representantes de los trabajadores en los planes iniciales del empresario, de modo que finalmente se vieron afectados por el despido, vulneraba el derecho fundamental a la libertad sindical y el Convenio de la OIT núm. 135, sobre los representantes de los trabajadores.⁷⁴⁰ Por lo tanto, aunque en el asunto se reconocía a los representantes incluidos la posibilidad de “ejercitar” la garantía de prioridad de permanencia, su inclusión en los planes iniciales del empresario implicaba que el ejercicio de dicha garantía supusiese la inclusión en los planes de despido de otro trabajador inicialmente no afectado, que sustituyera al representante de los trabajadores. De dicho modo, se colocaba a los representantes ante una disyuntiva de difícil solución y que ponía en juego su propia inclusión en los planes de despido o la de otros trabajadores cuyos intereses representaban y tenían la obligación de defender. Por lo tanto, la inclusión sin más de dichos representantes, y además sin justificar dicha inclusión, atenta contra la libertad sindical.⁷⁴¹

Pronunciamientos posteriores han confirmado esta interpretación. En este sentido, la SAN de 12 de junio de 2013 (proc. 143/2013) considera también una vulneración de la libertad sindical que se coloque a los representantes ante una “disyuntiva imposible”, como es la de imponer el despido de trabajadores no inicialmente afectados a cambio de salvar sus puestos de trabajo.

El juego de las reglas de preferencia entre los representantes que disfrutaban de esta garantía y los trabajadores concurrentes para verse afectados puede generar tensiones en el seno de la plantilla de trabajadores afectados por el despido colectivo. De este modo, la inicial inclusión en el listado de afectados de trabajadores que ostenten la condición de representantes de los trabajadores, y por tanto, disfruten de la garantía de permanencia en

⁷⁴⁰ Convenio de la OIT núm. 135, sobre los representantes de los trabajadores, de 1971 (C135).

⁷⁴¹ Al respecto, BLASCO PELLICER (2009), p. 113.

la empresa, puede suponer, según han señalado los Tribunales, una vulneración de su derecho a la libertad sindical, pues coloca a dichos representantes en la “tesitura” de pedir su exclusión de la lista de afectados para afectar a otro trabajador, o permanecer en la lista y verse afectado uno mismo. Es decir, el representante debe elegir entre hacer valer su garantía de prioridad de permanencia afectando a otro trabajador, y renunciar a su garantía de permanencia viéndose él mismo afectado por el despido.

2.3.- Alcance o ámbito de afectación de la garantía

La doctrina ha discutido extensamente sobre el ámbito de afectación o alcance de la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. En este sentido, llego a la conclusión de que la garantía de prioridad de permanencia tiene un alcance o carácter general, así como una naturaleza relativa o no absoluta.

El alcance de la garantía de permanencia en la empresa plantea numerosos interrogantes que la convierten en una cuestión harto compleja sobre la que se han pronunciado los tribunales ante la evidente indefinición del marco normativo. En este sentido, la SAN de 12 de junio de 2013 (proc. 143/2013), posteriormente confirmada por la STS de 21 de octubre de 2014 (rec. 59/2014) hace un recorrido por toda la doctrina en la materia.

En este sentido, la STSJ Cataluña de 22 de enero de 2013 (rec. 6055/2012), con referencia a la STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004), define la prioridad de permanencia como el “reconocimiento de una preferencia de conservación del empleo”, y recuerda que la normativa no fija el ámbito al que dicha garantía se extiende, con la consecuente problemática y casuística generada. Destaca que la garantía es “relativa”, lo que significa que “no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo”. La clave es que la desaparición de todos los puestos de trabajo implica la imposibilidad de efectuar una “alternativa de selección”, es decir, elegir entre qué trabajadores se prefiere. De modo que dicha posibilidad de seleccionar de modo alternativo a un trabajador u otro sólo existe cuando hay “varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva”.⁷⁴²

2.3.1.- Carácter general del alcance de la prioridad de permanencia

⁷⁴² En estos términos, BLASCO PELLICER (2013), p. 81.

El carácter general del alcance de la garantía de prioridad de permanencia implica un potencial perjuicio para otros trabajadores que en principio podrían no haber estado afectados por el despido colectivo, lo que el TS señala “lógica de sustitución”. De este modo, un trabajador inicialmente no afectado por el despido, puede verse afectado si su puesto resulta asignado al representante de los trabajadores en aplicación de la regla de prioridad de permanencia, lo que, en caso de no existir otra vacante, resultaría finalmente en la afectación del trabajador no priorizado. Ahora bien, es de destacar, y así lo señala el TS, que esta “lógica de sustitución” es consecuencia de la efectividad de la garantía misma, y que tiene lugar en cualquier caso, ya que una regla de prioridad de permanencia siempre va a implicar, con carácter general, un “sacrificio potencial” para otros trabajadores ocupados dentro del alcance de la garantía pero no beneficiados por la misma.⁷⁴³

El no reconocimiento del carácter general del alcance de la garantía de permanencia podría poner en riesgo la efectividad de la misma, ya que el empresario podría acudir a sus facultades relativas a la movilidad funcional para soslayarla, por ejemplo asignando a los trabajadores que desee despedir a la unidad productiva afectada por el despido. Los tribunales han reconocido el carácter general del alcance de la regla de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, aunque en la década de 1980 hubo algún pronunciamiento restrictivo.

2.3.1.a)- *Primeras interpretaciones restrictivas*

En los primeros años tras la aprobación del ET de 1980, hubo algún pronunciamiento judicial que acogía una interpretación restrictiva del alcance de la garantía de prioridad de permanencia, y que ya en su momento fue rechazado por la doctrina.⁷⁴⁴ Así, la STS (3ª) de 11 de junio de 1984 (RJ 3190) señaló que el “beneficio” de prioridad de permanencia es un derecho que “habrá de venir condicionado por la actividad o acción del trabajador en el ejercicio de su representación”, por lo que, ante causas empresariales que motiven el despido (las entonces llamadas causas económicas o tecnológicas) y que sean “ajenas” a la actividad representativa, “es claro que no tiene razón de subsistencia ni de privilegiada continuidad el mencionado beneficio”. Dicha interpretación sorprendentemente restrictiva se realiza, a mi modo de ver, *contra legem*, pues el tenor literal del art. 68 b) ET es (y era) muy claro al establecer una garantía de permanencia en

⁷⁴³ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 153.

⁷⁴⁴ Vid. en este sentido, ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 330.

supuestos de despido por causas empresariales, al margen de la actividad representativa. Con dicha interpretación, el TS confundía la garantía de prioridad de permanencia, que opera por ella misma otorgando al representante el “beneficio” de permanecer prioritariamente frente al resto de empleados en supuestos de despidos por causas empresariales, con otra garantía, cual es la referida a no ser despedido con motivo del ejercicio de su actividad representativa del art. 68 c) ET. Si por el mero hecho de concurrir causas económicas o empresariales, no vinculadas con las funciones representativas, pudiera afectarse a los representantes legales de los trabajadores en el despido colectivo, la garantía de prioridad de permanencia perdería su contenido y su virtualidad. En este sentido, dicha interpretación equivale a equiparar la prioridad de permanencia con una mera prohibición de despedir por razón del ejercicio de funciones representativas, que se enmarcaría dentro de la garantía de indemnidad. La prioridad de permanencia, en cambio, implica algo más, pues supone una tutela preventiva, que impide la afectación, en línea de principio, de los representantes de los trabajadores, a fin de proteger el ejercicio de sus funciones.

Dicha interpretación restrictiva fue pronto rechazada por la doctrina, que entendía la prioridad de permanencia circunscrita al ámbito de afectación del despido, con independencia de las causas, pero no a la totalidad de la plantilla.⁷⁴⁵

2.3.1.b)- La prioridad de permanencia y el ámbito de afectación del despido

Desde un punto de vista lógico, cabría pensar que la garantía de prioridad de permanencia se extiende, exclusivamente, al ámbito de afectación del despido colectivo. En este sentido, si el despido colectivo tiene como ámbito de afectación un determinado departamento, unidad productiva, o centro de trabajo, lo lógico sería que fuera en dicho ámbito en el que se proyectase la garantía; mientras que si el ámbito de afectación del despido fuese la empresa en su totalidad –por ejemplo por causas económicas de alcance general–, entonces sería la empresa el ámbito donde operaría la garantía. Ahora bien, dicha interpretación lógica llevaría a dejar desprotegidos a los representantes de los trabajadores en varios supuestos, de modo que la garantía de prioridad de permanencia quedaría vaciada de contenido y sería ineficaz. Así, en los supuestos en que el ámbito de afectación de las causas de despido no alcanzase a toda la empresa, sino al centro, unidad

⁷⁴⁵ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 330.

o departamento donde el representante preste servicios, éste podría más fácilmente afectado por el despido.

En consecuencia, tanto la doctrina como los tribunales han señalado que la operatividad de la garantía se produce en un marco superior al del ámbito de afectación del despido colectivo. De hecho, no hay ninguna norma que circunscriba el ámbito de operatividad de la garantía al ámbito de afectación de la causa extintiva en el despido colectivo.⁷⁴⁶ El art. 68 b) ET únicamente indica que la prioridad de permanencia operará “respecto de los demás trabajadores”, y habría que añadir demás trabajadores “de la empresa”.

En este sentido, hay cierto consenso en que la garantía se extiende “más allá del ámbito de afectación del despido colectivo”,⁷⁴⁷ no quedando circunscrita sólo al ámbito de afectación del despido colectivo o del concreto puesto de trabajo que ocupa el representante.

La STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004) aborda la cuestión del alcance relativo de la garantía de prioridad de permanencia, señalando que no hay motivo para pensar que la mencionada garantía deba quedar circunscrita al estricto ámbito de afectación de la causa de despido alegada. De hecho, el propio art. 68 b) ET señala que la garantía opera “en la empresa o centro de trabajo”, de lo que el TS señala que se trata de una conexión con el ámbito de representación que ostenta el representante de los trabajadores. De este modo, el TS considera que si el ámbito de representación del trabajador es el de toda la empresa, la garantía deberá extenderse al ámbito de la empresa en su totalidad; y, del mismo modo, si el ámbito de representación del trabajador se circunscribe al centro de trabajo, la garantía se limitará a dicho ámbito. En este sentido, el propio art. 68 b) ET, que regula con carácter general esta garantía, señala que la prioridad de permanencia será “en la empresa o centro de trabajo. La mención alternativa del art. 68 b) ET, referida a “la empresa o centro de trabajo”, se refiere al ámbito de representación que ostente el representante, que es al cual habrá de ceñirse la garantía.⁷⁴⁸

Así lo señala la STSJ Galicia de 9 de julio de 2012 (rec. 2021/2012), al afirmar que “no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva sino que, por el contrario, los preceptos

⁷⁴⁶ Así lo señala PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 153.

⁷⁴⁷ En este sentido, CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 189; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 152-153.

⁷⁴⁸ Vid. BLASCO PELLICER, TALÉNS VISCONTI (2018), p. 180. También, ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 331, quien señala que en tanto que el comité de empresa representa los intereses del conjunto de trabajadores de la empresa, y habiendo secciones o departamentos de la empresa que no se vean afectadas por el despido, todos los miembros del comité deben ser excluidos de los despidos.

legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación”. Con el mismo tenor literal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004).

En este sentido, el tenor literal del art. 68 b) ET señala que la garantía se refiere a la permanencia “en la empresa o centro de trabajo”, que debe interpretarse en función de cuál sea el ámbito de representación del representante, y que se comenta a continuación.

La operatividad de la garantía de prioridad de permanencia más allá del ámbito de afectación del despido colectivo conecta con la (no) limitación en el plano funcional de la misma, lo que significa que la garantía no circunscrita al concreto grupo profesional del que forma parte el representante o al puesto que ocupa, como se comentará también más adelante.

2.3.1.c)- Prioridad de permanencia y ámbito de representación del representante

El ámbito de representación de los representantes titulares de la garantía es otra cuestión a tener en cuenta a la hora de determinar el alcance de la prioridad de permanencia. En este sentido, la garantía de prioridad de permanencia está conectada con el ámbito de representación del representante, porque en función de cuál sea éste, ello incidirá en el alcance de aquella. Así, si el ámbito de representación del representante se extiende a toda la empresa, la prioridad de permanencia opera también dentro de dicho ámbito; mientras que si el ámbito de representación del representante se limita al centro de trabajo, la prioridad de permanencia quedará circunscrita a dicho ámbito.⁷⁴⁹

A dicha interpretación contribuye la redacción del art. 68 b) ET, que se refiere a la garantía de prioridad de permanencia “en la empresa o centro de trabajo”, disyuntiva que debe relacionarse precisamente con el ámbito de representación del cargo que ostente el representante.

La STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004) se pronuncia sobre esta cuestión, afirmando que el art. 51.5 ET y, en particular, el art. 68 b) ET, “señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa –empresa, centro de trabajo– juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador,

⁷⁴⁹ Así lo señala en la doctrina, BLASCO PELLICER (2009), p. 114.

de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste.” Lo cual viene a confirmar lo que se había comentado: el alcance de la garantía de prioridad de permanencia depende del ámbito de representación del cargo que ocupa el representante. En los mismos términos se pronuncia la SAN de 12 de junio de 2013 (proc. 143/2013), y la STSJ Madrid de 12 de marzo de 2012 (rec. 823/2012).

Precisamente en la STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004) se aborda el supuesto de un despido objetivo por cierre de un centro de trabajo, en el que el Tribunal apreció que la garantía debía extenderse al ámbito de la empresa en tanto que dicho era el ámbito de representación del titular de la garantía. En este sentido, la Sentencia señala que “el problema a decidir se plantea en [...] si afectando la causa extintiva a todos los trabajadores de un ámbito determinado de la empresa –sección o estación de servicio–, la garantía de permanencia queda agotada por esa afectación total en el ámbito, o debe ampliarse a otros ámbitos a los que se extienda la representación de los actores”, a lo que responde afirmativamente.

Por lo tanto, cuando el ámbito de representación del cargo que ostenta el representante se extiende más allá del ámbito de afectación (cerrado) de la causa, por ejemplo porque se extiende a toda la empresa, será éste –el de la empresa– el ámbito en el que opere la garantía de prioridad de permanencia. En los supuestos en que el ámbito de afectación de las causas del despido sea abierto o general, es decir, que afecte a toda la empresa, esta problemática no se plantea, porque es evidente que la garantía tendrá operatividad.⁷⁵⁰

Así lo han confirmado varias sentencias en sede de TSJ. La STSJ Madrid de 4 de mayo de 2007 (rec. 819/2007) señala expresamente que si el ámbito de representación se extiende a la empresa, “dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo, tendrá que limitarse a éste”. También otras, como la STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 de noviembre de 2012 (rec. 659/2012); y la STSJ Cataluña de 1 de abril de 2011 (rec. 7089/2010).

Por el contrario, cuando el ámbito de afectación (cerrado) de la causa coincide con el ámbito de representación del cargo que ostenta el representante, sin excederlo, como podría ser el caso de un centro de trabajo, la garantía limita su operatividad a dicho ámbito de representación, es decir, el del centro de trabajo. Ello se traduce en la necesaria

⁷⁵⁰ Así lo señala expresamente la STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004): “Este problema se presenta en ámbitos de afectación ‘cerrados’, como los que contemplan las sentencias comparadas, pues en los ámbitos ‘abiertos’ la capacidad de selección no queda acotada de esta forma y puede proyectarse en unidades más amplias incluida la empresa en su conjunto.”

afectación del representante de los trabajadores en los supuestos de cierre total del centro de trabajo, cuando su representación se circunscribe a dicho ámbito. Así lo han señalado varias sentencias, como la STSJ Galicia de 19 de octubre de 2016 (rec. 1924/2016), que citando la doctrina de la STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004), señala que “la garantía de permanencia se conecta con el ámbito de representación del trabajador, de modo que si en el caso de autos la representación de la trabajadora se extendía únicamente al centro de trabajo de Lugo, la garantía de ha de limitarse a éste”. También en un sentido similar se pronuncia la STSJ Andalucía de 27 de noviembre de 2014 (rec. 2557/2013), que señala que, limitándose el ámbito de representación del representante a un centro de trabajo que se cerraba por completo, en esos casos “huelga hablar de preferencia”. También cabe citar en el mismo sentido la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 29 de junio de 2011 (rec. 1019/2011), que señala que “ha quedado claro que la representación del actor se limita al centro de trabajo de León, con lo que la garantía de la prioridad de permanencia no puede extenderse a otro centro de trabajo distinto, como el de Oviedo, en el que no ha sido elegido representante de los trabajadores”.

Finalmente, la STSJ Galicia de 25 de septiembre de 2018 (rec. 1360/2018) señala expresamente que “la garantía del demandante recurrente queda limitada al centro de trabajo, pues este es el ámbito de representación del trabajador, como miembro del comité de empresa del mismo, y la garantía no puede operar por cuanto desaparecen todos los puestos de trabajo del centro de trabajo, ya que se produce su cierre”.

2.3.1.d)- La prioridad de permanencia y la clasificación profesional o funcional del representante: equivalencia de los puestos y homogeneidad de las funciones

La concurrencia entre dos puestos de trabajo sobre los que aplicar la garantía de prioridad de permanencia sólo puede darse cuando dichos puestos son funcionalmente equivalentes, es decir, cuando los trabajadores concurrentes realizan las mismas funciones, o bien realizan funciones homogéneas. Es decir, no tendría ninguna lógica y supondría un perjuicio para la empresa aplicar la prioridad en la afectación respecto de dos trabajadores cuyos puestos o funciones fueran totalmente diferentes. Por ello, la prioridad entra en juego respecto de dos o más trabajadores que desempeñan las mismas funciones o bien funciones equivalentes.

Por ello, siempre que exista idoneidad del trabajador para desempeñar las funciones del puesto asignado, la empresa puede acudir también a sus facultades en cuanto a la movilidad funcional, para así aplicar la garantía de prioridad de permanencia, en tanto

que a través de la misma se pretende garantizar el desempeño de las funciones representativas y, a su vez, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical, el cual debe prevalecer.⁷⁵¹

De este modo, la garantía de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores operará siempre que exista en el centro o empresa un “puesto de trabajo equivalente” al del representante, que en ese caso tendrá preferencia para permanecer en la empresa, y ello con independencia del grupo o clasificación profesional que ostente el representante.⁷⁵²

Así, la STSJ Galicia de 9 de julio de 2012 (rec. 2021/2012) señala que “la preferencia del representante de los trabajadores puede implicar por ello la aplicación de la movilidad funcional con la necesidad de extinguir (o suspender) el contrato de otro trabajador para preservar la permanencia del representante, pues la garantía opera cuando subsiste un puesto equivalente en el que se desempeñen las mismas funciones. Pero se exige que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes.” Precisamente en el asunto tratado en dicha Sentencia, el Tribunal consideró que no era factible que el representante continuase en la empresa y no pudo operar la regla de prioridad de permanencia, y ello “dada la muy diferente naturaleza y cualificación del puesto” en cuestión.

Con anterioridad a la reforma de 2012, cabía plantearse si la referencia en la documentación inicial al número y “categoría” profesional de los trabajadores hacía referencia a la operatividad de la garantía respecto a los trabajadores de la misma categoría profesional que el representante. Dicha interpretación fue claramente rechazada, ya que la garantía no está ni estaba restringida a una categoría profesional concreta (en la actualidad, grupo profesional), sino que opera, tal y como dice el art. 68 b) ET, “respecto de los demás trabajadores”, sin especificar su clasificación profesional ni el ámbito de afectación del despido.⁷⁵³

⁷⁵¹ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 153; y GOERLICH PESET (2014), p. 76-77. La SAN de 8 de julio de 2013 (proc. 180/2013) señala que es recomendable simultanear con los mismos interlocutores la negociación sobre el despido colectivo y otras medidas, fundamentalmente de flexibilidad interna, como las suspensiones de contratos, reducciones de jornada, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, etc., ya que con ello se consigue reducir los efectos de la flexibilidad externa.

⁷⁵² En este sentido, CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 189; PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 152.

⁷⁵³ Así, en la doctrina BLASCO PELLICER (2009), p. 114. De hecho, dicho autor señala que no hay ningún precepto que disponga que la prioridad de permanencia deba circunscribirse al estricto ámbito de la causa del despido colectivo, pues de hecho, el art. 68 b) ET reconoce la prioridad de permanencia “respecto de los demás trabajadores”. Por ello, cabe descartar interpretaciones que circunscriban el ámbito de

Ahora bien, el alcance de la garantía de prioridad de permanencia está estrechamente ligado con las características funcionales del puesto afectado. La STSJ Cantabria (CA) de 29 de febrero de 2000 (rec. 290/1999) lo señala afirmando que la garantía de prioridad de permanencia “implica conceptualmente la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo que subsiste, siendo inherente a ella la idoneidad profesional para su desempeño”.⁷⁵⁴

La doctrina ha defendido desde un principio que la garantía opere o bien con respecto a trabajadores del mismo grupo profesional;⁷⁵⁵ o, más recientemente y en la actualidad, respecto de trabajadores funcionalmente equivalentes, es decir, que realicen funciones o tareas similares, sin que existan límites relativos a la pertenencia a un grupo profesional.⁷⁵⁶

En este sentido, la prioridad de permanencia opera siempre que el representante pueda ser reubicado funcionalmente, por lo que habrá que estudiar qué posibilidades hay en la empresa, más allá del estricto ámbito de afectación del despido colectivo, siempre que se esté dentro del ámbito de representación del cargo que ostente el representante, pues es ahí donde tiene sentido la garantía. Ello va a implicar necesariamente que puedan darse situaciones en que, trabajadores que inicialmente no se veían afectados por el despido, es decir, que se encuentran fuera de su marco de afectación inmediato, se vean finalmente afectados debido a la reubicación funcional del representante legal de los trabajadores en cumplimiento de la regla de prioridad de permanencia.⁷⁵⁷ Dicha posibilidad genera cierta suspicacia entre los propios trabajadores y sus representantes, por lo que cabría plantearse si no sería más adecuado que la operatividad de la garantía se limitase al estricto ámbito de afectación de la causa del despido, cuando dicho ámbito no afecte a toda la empresa, lo cual tampoco parece viable, pues se pondría en riesgo el ejercicio de las funciones representativas en el correspondiente ámbito de representación.

operatividad de la garantía a la clasificación profesional (grupo, o antiguas categorías) del representante, o a su concreto puesto.

⁷⁵⁴ La misma Sentencia continúa señalando: “Incluso han sido tratados por la jurisprudencia supuestos en los que el ejercicio del derecho de permanencia implicaba una movilidad funcional descendente, lo que ha de llevar a la conclusión de que ese derecho de permanencia se produce cuando los puestos que subsisten, son de la misma equivalentes, o entre trabajadores que cumplen la misma función.”

⁷⁵⁵ En este sentido, BLASCO SEGURA (1992), p. 591.

⁷⁵⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993), p. 190-191; BLASCO PELLICER (2009), p. 115; NORES TORRES (2000), p. 261. PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 152.

⁷⁵⁷ Así lo señala CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 189.

La operatividad de la prioridad de permanencia respecto de trabajadores que desempeñen tareas o funciones equivalentes vino establecida por el TS en Sentencia (3ª) de 22 de abril de 2003 (rec. 687/1998), señalando que la “pluralidad o concurrencia de trabajadores” en el desempeño de “tareas de idéntica o análoga naturaleza” constituye el “requisito imprescindible” para poder ejercitar la garantía.

2.3.2.- Carácter no absoluto de la garantía de permanencia

Como corolario de lo anteriormente expuesto, existe un cierto consenso entre la doctrina de que la garantía de prioridad de permanencia no opera con carácter absoluto, es decir, el representante legal de los trabajadores no tiene derecho a permanecer en la empresa en cualquier circunstancia, ya que podría suceder que la empresa eliminara todos los puestos de trabajo, por lo que no habría prioridad posible. Por ello, cabe decir que la garantía de permanencia tiene un alcance relativo, por lo que debe ponerse en relación con otras circunstancias que pueden darse en el seno de la empresa durante el procedimiento de despido colectivo.

En este sentido, la garantía de prioridad de permanencia no es un derecho “esgrimible con carácter absoluto” *erga omnes*, es decir, frente a todos los trabajadores en cualquier circunstancia, tal y como ha señalado la STS (3ª) de 22 de abril de 2003 (rec. 687/1998), y STS (3ª) de 6 de mayo de 2003 (rec. 7034/1998), que recuerdan que la prioridad de permanencia es “relativa por su propia esencia”, por lo que resulta una exigencia razonable de organización empresarial que la prioridad de permanencia se entienda “vinculada a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto”, sin que ello afecte al núcleo esencial de la garantía misma.⁷⁵⁸

En este sentido, la STSJ Cataluña de 24 de julio de 2014 (rec. 2031/2014) se refiere a un supuesto de cierre del centro de trabajo en el que prestaba servicios el trabajador, considerando el Tribunal que no era aplicable la prioridad de permanencia ya que era imposible reubicar al trabajador en otros centros, que habían sido adquiridos por otra empresa. En este sentido, la misma Sentencia señala que “se trata únicamente de una prioridad, que no de un derecho total y absoluto sobre todos y cada uno de los demás trabajadores de la empresa”. En un sentido similar, la STSJ Andalucía (Granada) de 29 de abril de 2015 (rec. 275/2015) hace referencia a la polivalencia e intercambiabilidad de los puestos entre los que cabe aplicar la prioridad, precisamente para señalar que no es

⁷⁵⁸ Así lo señala también BLASCO PELLICER (2009), p. 115.

posible aplicar la prioridad de permanencia porque no existen otros puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por el representante.

En el mismo sentido, la STSJ Asturias de 16 de noviembre de 2012 (rec. 2065/2012) rechazó la posibilidad de aplicar la regla de prioridad de permanencia, pues no existía en la empresa ningún puesto “funcionalmente equivalente” al del representante. En este sentido, señala que la garantía no puede exigirse “de un modo absoluto”, pues, de lo contrario, se llegaría al absurdo de mantener al representante con unas funciones inexistentes. Remarca, y veo interesante destacar, que la prioridad de permanencia no obliga a la empresa a crear un nuevo puesto de trabajo acorde con la clasificación profesional del representante, ni tampoco atribuirle funciones distintas a las propias y que supongan una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En el asunto tratado, los únicos puestos a los que podría haber optado el representante pertenecían a un grupo profesional superior con mayor retribución, sin que constase que el representante tenía capacitación suficiente para el mismo.

De este modo, la existencia de otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente al afectado por la extinción y, por tanto, intercambiables, se convierte en un requisito indispensable para que pueda operar la preferencia o regla de prioridad de permanencia.⁷⁵⁹

En definitiva, la prioridad de permanencia opera cuando sea posible acudir a la movilidad funcional, siempre que el titular de la garantía de prioridad de permanencia sea idóneo para llevar a cabo las funciones correspondientes. Dado que el derecho fundamental a la libertad sindical debe prevalecer, y la garantía de prioridad de permanencia tiende a su salvaguarda, dicha garantía debe poder operar cuando para ello deba acudir a la movilidad funcional, respetando la idoneidad del trabajador para el puesto, como se ha señalado. Por ello, la garantía se aplica no sólo cuando concurren trabajadores de la misma clasificación profesional, sino que cabe estar a las amplias facultades empresariales en materia de movilidad funcional, ya que la garantía operará cuando haya puestos equivalentes, es decir, con funciones homogéneas, y por tanto de carácter intercambiable.

En este sentido, la STSJ Madrid de 12 de marzo de 2012 (rec. 823/2012), y en los mismos términos, la STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 3687/2001), señala expresamente que “no cabe descartar, dada la prevalencia como derecho fundamental de la libertad sindical, que el derecho de prioridad que tiende a su salvaguarda pueda ejercerse cuando es posible

⁷⁵⁹ En este sentido, en la STSJ Comunitat Valenciana de 11 de febrero de 2009 (rec. 3900/2008) se rechaza la aplicación de la prioridad de permanencia por inexistencia de puesto funcionalmente equivalente al que ocupaba el representante.

hacerlo efectivo acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes.”

Además, el incremento del margen de flexibilidad empresarial en torno a la movilidad funcional operado tras la reforma laboral de 2012, con la supresión de las categorías profesionales y dejando el grupo profesional como único parámetro para hacer de la movilidad funcional un mecanismo viable y eficaz, implica un mayor margen de operatividad para la garantía de prioridad de permanencia.

Aun así, existen, como se ha señalado, numerosas manifestaciones del carácter no absoluto, sino relativo, de la garantía. Dichas manifestaciones son, en primer lugar, que la garantía no opera cuando la medida afecta a todos los trabajadores de la empresa (cierre total de la empresa en despidos colectivos, o afectación de todos los trabajadores en supuestos de suspensión de contratos o de movilidad geográfica). Por otro lado, la garantía tampoco opera cuando se procede al cierre total del centro de trabajo en el que presta servicios el representante, si su ámbito de representación se limita al centro de trabajo y no se extiende a la empresa. Finalmente, la garantía de prioridad de permanencia no opera cuando los puestos no son funcionalmente equivalentes, es decir, intercambiables.

2.4.- La necesaria justificación de la afectación en el despido de trabajadores titulares de la garantía de prioridad de permanencia

La necesaria prevalencia del derecho fundamental a la libertad sindical, manifestado a través del ejercicio de las funciones representativas que la garantía de prioridad de permanencia pretende salvaguardar, imponen a la empresa durante el procedimiento de despido colectivo la obligación de expresar las razones que justifiquen la inclusión del representante de los trabajadores en la lista de afectados y la privación para el mismo de la garantía recogida legalmente. En definitiva, la empresa deberá justificar su decisión de incluir al representante legal de los trabajadores entre los afectados, a fin de evitar conflictos ante impugnaciones futuras.

Así, la STSJ Asturias de 16 de noviembre de 2012 (rec. 2065/2012), y la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012), señalan expresamente que el representante legal de los trabajadores tiene prioridad de permanencia sobre el resto de trabajadores “salvo que se acredite objetivamente que es su puesto entre los afectados y no otro –sobre el que pueda ejercerse la preferencia– el que se necesita amortizar”.

Por ello, el empresario deberá acreditar que concurren razones organizativas o productivas de entidad suficiente como para justificar la exclusión de la garantía y la consiguiente inclusión del representante titular de la garantía entre los afectados por el despido, en tanto que la garantía incide en el derecho fundamental a la libertad sindical.⁷⁶⁰

En este sentido, el art. 13.3 RPDC señala que la empresa “deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa”, de modo que la inclusión de un representante con prioridad de permanencia es posible, pero debe estar expresamente justificada.

La necesaria justificación de una hipotética afectación de los representantes legales de los trabajadores en el despido colectivo se refiere tanto a su afectación final (al concluir el período de consultas), como a su afectación inicial (en el escrito de iniciación del procedimiento). Aunque cabe señalar, que la afectación de los representantes, debido al alcance de la garantía de prioridad de permanencia, debe ser un supuesto excepcional que esté debidamente justificado por la imposibilidad de mantener al representante en su puesto. Por ello, resulta aconsejable no incluir en la medida de lo posible a los representantes entre los afectados, ya que su inclusión va a generar una discusión jurídico en torno al alcance de la garantía.

Además, la afectación inicial de los representantes, es decir, su inclusión en la solicitud inicial del procedimiento, antes de iniciar la negociación propia del período de consultas, y sobre todo en los casos en que dicha afectación no está justificada o lo está de manera parca, genera numerosos problemas. La doctrina por ello se muestra, en línea de principio, contraria a la afectación inicial de los representantes de los trabajadores.⁷⁶¹

Ahora bien, todo ello no impide, como se ha visto, que los representantes de los trabajadores, a pesar de la garantía de prioridad de permanencia, puedan verse afectados por el despido colectivo, siempre que se haya aplicado la garantía y concluido su no

⁷⁶⁰ Sobre esta cuestión, BLASCO PELLICER (2009), p. 115; y SSTS (3^a) de 6 de mayo de 2003 (rec. 7034/1998), y de 4 de mayo de 2004 (rec. 3687/2001).

⁷⁶¹ BLASCO PELLICER (2009), p. 113, señala que la prioridad de permanencia “impide que sean incluidos en la lista de afectados, caso de ser ésta nominativa, o que pudieran serlo”, en el supuesto de que se incluyan número y categoría profesional de los afectados. Ahora bien, el mismo autor señala que dicha imposibilidad no es total ni absoluta, por lo que habrá que delimitarla, pues en determinadas circunstancias, y si el empresario lo justifica adecuadamente, los representantes de los trabajadores beneficiarios de la garantía sí que podrían ser incluidos en el despido colectivo. CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 147, señala que “los listados iniciales de afectaciones posibles deben respetar la garantía de permanencia” de los representantes legales de los trabajadores. Todo ello conecta con lo ya señalado, pues la garantía de prioridad de permanencia tiene un alcance general, pero no es absoluta, sino relativa.

operatividad, de suerte que la selección de dichos trabajadores sea necesaria y, además, esté debidamente justificada. Por ello, el incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia no implica automáticamente una vulneración de las reglas relativas al período de consultas, sino que habrá que comprobar si “concorre efectivamente una actuación empresarial coactiva”, lo cual no ocurre si la empresa “flexibilizó desde el primer momento su posición y no bloqueó la negociación”, en los términos expresados por la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012).⁷⁶²

Por su parte, la incorrecta inclusión de los representantes legales de los trabajadores entre los afectados iniciales no conlleva la nulidad, sino que es objeto de impugnación individual por vía del art. 124.13 LRJS, como se estudia en el Capítulo V.

2.4.1.- Acreditación empresarial del carácter no discriminatorio de la afectación

El carácter preferente de la protección del derecho fundamental a la libertad sindical, del que se deriva la garantía de prioridad de permanencia como forma de proteger el desempeño de las funciones representativas, determina, además de la necesidad de que el empresario justifique la inclusión en la lista de afectados de un trabajador titular de la mencionada garantía, que se dé lugar a la distribución de la carga de la prueba o desplazamiento del *onus probando* respecto de las alegaciones que se refieran al carácter discriminatorio o antisindical, y, en suma, vulnerador de los derechos fundamentales del trabajador afectado titular de la garantía.⁷⁶³

De este modo, si el trabajador presenta indicios de entidad suficiente como para sospechar de la existencia de una práctica antisindical, discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales, corresponderá a la empresa acreditar las causas que justifiquen la procedente inclusión del trabajador entre los afectados.⁷⁶⁴

⁷⁶² SÁEZ LARA (2015), p. 188.

⁷⁶³ Sobre la doctrina constitucional sobre el desplazamiento del *onus probando* en supuestos de alegación de discriminación o vulneración de derechos fundamentales en materia laboral, vid. STC 17/2003, de 30 de enero (rec. 1150/1999), con cita a las SSTC 90/1997, de 6 de mayo (rec. 3309/1994); 66/2002, de 21 de marzo (rec. 2331/1998); y 207/2001, de 22 de octubre (rec. 1515/1998).

⁷⁶⁴ En este sentido, la doctrina constitucional contenida en la STC 38/1981, de 23 de noviembre (rec. 189/1981) señala que “cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate”. En el mismo sentido, STC 49/2003, de 17 de marzo (rec. 988/1999).

La STS (3^a) de 6 de mayo de 2003 (rec. 7034/1998), reiterada a su vez por la STS (3^a) de 18 de marzo de 2009 (rec. 879/2007), establece que la justificación facilitada por la empresa para incluir al trabajador titular de la garantía en el listado de afectados debe ser “convinciente y concreta”, señalando las circunstancias y situación particular y organizativa de la empresa que de verdad impidan la aplicación de la garantía de prioridad de permanencia. Por ello, no bastan argumentaciones apriorísticas o basadas en criterios generales de tipo jurídico o económico que se refieran a la imposibilidad en abstracto de dar virtualidad de la prioridad de permanencia, pues de lo contrario se estaría dejando sin efecto la mencionada garantía.

La doctrina constitucional establece los requisitos de la justificación que debe dar la empresa respecto de alegaciones de discriminación y vulneración de derechos fundamentales, y que resulta también aplicable a la justificación de la inclusión en el despido de trabajadores con garantía de prioridad de permanencia, a fin de evitar la nulidad del despido. En este sentido, las SSTC 29/2002, de 11 de febrero (rec. 198/1998); 30/2002, de 11 de febrero (rec. 1481/1998); y 49/2003, de 17 de marzo (rec. 988/1999), en materia de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, señalan que “es exigible una justificación causal de la decisión [de despido] en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada”.⁷⁶⁵

2.5.- Ámbito subjetivo de la prioridad de permanencia: los representantes legales de los trabajadores y otros sujetos⁷⁶⁶

En primer lugar, y de ello no cabe ninguna duda, la prioridad de permanencia beneficia a los representantes legales de los trabajadores, tal y como señala el art. 51.5 ET y 68 b) ET, y el art. 13.1 RPDC. Ahora bien, la noción de representante legal de los trabajadores a los efectos del disfrute de la prioridad de permanencia se entiende en un sentido amplio,⁷⁶⁷ de suerte que incluye a otros sujetos que también se beneficiarán de la garantía

⁷⁶⁵ En materia de nulidad por vulneración de la garantía de prioridad de permanencia, y su remisión a las impugnaciones individuales ex art. 124.13 LRJS, vid. SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 9 de diciembre de 2015 (rec. 1751/2015); País Vasco de 17 de junio de 2014 (rec. 21/2014); Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2014 (rec. 62/2014); y Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013).

⁷⁶⁶ Vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 113, BLASCO PELLICER (2013), p. 81.

⁷⁶⁷ PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 151.

de prioridad de permanencia. Por ello, una vez estudiado el alcance de dicha garantía, cabe hacer mención a quién va a beneficiarse de la misma.

2.5.1.- Representantes legales de los trabajadores: delegados de personal y miembros del comité de empresa⁷⁶⁸

Como representantes legales de los trabajadores cabe entender, en primer lugar, y según el art. 62.1 ET, a los delegados de personal elegidos en aquellas empresas o centros de trabajo con menos de 50 trabajadores y más de 10, y también a los delegados de personal en empresas o centros de entre 6 y 10 trabajadores cuando estos hayan decidido contar con dicho delegado.

En segundo lugar, en aquellos centros de trabajo que tengan 50 o más trabajadores, la prioridad de permanencia beneficia a los miembros del comité de empresa que se constituya ex art. 63.1 ET, y también en los casos de comité de empresa conjunto en aquellas empresas con varios centros de trabajo que no alcancen de por sí los 50 trabajadores pero los superen en su conjunto (art. 63.2 ET).

En cuanto al comité intercentros, en aquellos casos en que un convenio colectivo prevea su creación, no hay duda de que sus miembros también son beneficiarios de la prioridad de permanencia, pues sus integrantes, según el art. 63.3 ET, son designados de entre los miembros de los comités de centro.

2.5.2.- Delegados sindicales ex art. 10.3 LOLS

La prioridad de permanencia también alcanza a otro tipo de representantes de los trabajadores más allá de los que forman parte del esquema principal de representación legal de los trabajadores (delegados de personal y miembros del comité de empresa).

En este sentido, la prioridad de permanencia también alcanza a los delegados sindicales que no sean miembros del comité de empresa,⁷⁶⁹ en virtud de lo establecido en el art. 10.3

⁷⁶⁸ Sobre la representación legal de los trabajadores en la empresa, vid. ALBIOL MONTESINOS (1992); ESCUDERO RODRÍGUEZ, MERCADER UGUINA (2004).

⁷⁶⁹ Si fueran miembros del comité de empresa, la garantía les alcanza por su propia condición de representantes legales de los trabajadores, ex art. 68 b) ET y 51.5 ET.

LOLS.⁷⁷⁰ De hecho, dicho precepto señala expresamente que los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa tendrán las mismas garantías que los miembros del comité de empresa. Además, dicha garantía viene confirmada en el art. 13.1 RPDC.⁷⁷¹

Por delegados sindicales hay que entender los delegados sindicales “legales”, es decir, los del art. 10.1 LOLS, según el cual, en empresas o centros que ocupen más de 250 trabajadores, las secciones sindicales que se constituyan conforme a los estatutos del sindicato correspondiente estarán representadas por delegados sindicales elegidos por y entre los afiliados en la empresa o centro.

La garantía también se aplica cuando mediante la negociación colectiva se fije una regulación más ventajosa que la legal para obtener delegados sindicales. Así sucede, por ejemplo, en el art. 78 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad,⁷⁷² que permite la existencia de delegados sindicales en empresas a partir de 150 trabajadores.⁷⁷³

2.5.3.- Delegados de prevención

La garantía de prioridad de permanencia también alcanza a los delegados de prevención del art. 35 LPRL, es decir, los “los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo”, como señala el precepto. De hecho, el propio art. 37.1 LPRL extiende expresamente la aplicación de las garantías del art. 68 ET por su condición de representantes.⁷⁷⁴ La finalidad de la extensión de la

⁷⁷⁰ Así lo ha entendido sin ninguna duda la doctrina: ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 330; DURÁN LÓPEZ (1987), p. 87; GOERLICH PESET (1994b), p. 174; BLASCO PELLICER (2009), p. 113; ROQUETA BUJ (2015), p. 72.

⁷⁷¹ El art. 13.1 RPDC señala: “Conforme a lo establecido en el artículo 51.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.”

⁷⁷² Resolución de la Dirección General de Empleo de 19 de enero de 2018, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. BOE 01/02/2018.

⁷⁷³ Sobre la mejora de los requisitos para nombrar un delegado sindical en el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, vid. la STS de 24 de octubre de 2017 (rec. 100/2016), que declaró que cada sección sindical, con independencia de que se hubiera constituido a nivel de centro de trabajo o a nivel de empresa, tenía derecho a nombrar un delegado sindical si la empresa superaba el umbral de 150 trabajadores.

⁷⁷⁴ Art. 37.1 LPRL: “Lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los Delegados de Prevención en su condición de representantes de los trabajadores.”

garantía de prioridad de permanencia a los delegados de prevención es precisamente proteger sus funciones en materia preventiva.⁷⁷⁵

2.5.4.- Trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención

Del mismo modo, la garantía del art. 68 b) ET, se extiende también a los trabajadores designados por el empresario ex art. 30.1 LPRL para ocuparse de las tareas de prevención, así como a los miembros del servicio de prevención propio creado ex art. 31.1 LPRL.⁷⁷⁶ En este sentido, el art. 30.4 LPRL les extiende ciertas garantías del art. 68 ET, entre ellas la prioridad de permanencia del apartado b) del mismo artículo, y señala expresamente que los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio como consecuencia del ejercicio de sus tareas de prevención.

Así, la STSJ Asturias de 20 de diciembre de 2013 (rec. 1868/2013) confirma la nulidad del despido de un trabajador designado por la empresa para ocuparse de la actividad de prevención, ya que ocupaba el puesto de jefe de prevención, y censura la sentencia de instancia, que le niega la garantía “por entender, erróneamente, que sólo los Delegados de Prevención, esto es, los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (art. 35LPRL), tienen ese derecho”, cuando lo cierto es que el propio art. 30.4 LPRL reconoce expresamente la garantía para los trabajadores designados por la empresa.

El objetivo de dicha garantía es proteger la independencia de estos trabajadores frente al poder empresarial, extendiéndoles garantías propias de los representantes de los trabajadores, precisamente porque no tienen dicha condición.

La misma STSJ Asturias de 20 de diciembre de 2013 (rec. 1868/2013), reiterando la STSJ Asturias de 26 de julio de 2013 (rec. 1058/2013), señala que la extensión de la garantía de prioridad de permanencia ex art. 30.4 LPRL “alcanza a los trabajadores designados por la empresa y a los trabajadores integrantes del servicio de prevención cuando la empresa decida constituirlo, [...] y esos trabajadores gozan de la misma garantía de prioridad de permanencia que los representantes de los trabajadores.”

⁷⁷⁵ ROQUETA BUJ (2015), p. 72; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 156.

⁷⁷⁶ Sobre la designación de trabajadores encargados de tareas de prevención y sobre la constitución del servicio de prevención, vid. arts. 11, 12, 14, y 15 del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero. BOE 31/01/1997.

La consecuencia de despedir a uno de estos trabajadores sin respetar la garantía de prioridad de permanencia es la misma que en los supuestos referidos a representantes legales de los trabajadores: se declara la nulidad del despido ex art. 124.13 LRJS.

Algún pronunciamiento ha exceptuado la prioridad de permanencia de los miembros del servicio de prevención, como es el caso de la STSJ Comunitat Valenciana de 10 de septiembre de 2013 (rec. 1481/2013), que señala que dicha prioridad no puede operar en un supuesto en el que la reestructuración se fundamenta, entre otras, en causas organizativas que “afectan de forma específica al servicio de prevención”.

Ahora bien, por su parte, algún pronunciamiento parece haber realizado una interpretación más restrictiva. La STSJ Illes Balears de 23 de febrero de 2011 (rec. 244/2010) niega que la garantía alcance a un trabajador que fue contratado por la empresa como “experto”. También señala otra cuestión que considero discutible, y es la relativa a que “tampoco resulta acreditado en autos que la inclusión del actor en el ERE por parte de la empresa tenga relación alguna con el ejercicio de sus tareas de delegado de prevención”, y ello es porque la garantía opera con independencia de que la afectación en el despido colectivo se haya realizado o no con motivo del desempeño de las funciones encomendadas.⁷⁷⁷

Por su parte, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 10 de mayo de 2012 (rec. 1994/2011) niega la consideración de trabajador designado a estos efectos el denominado “recurso preventivo” del art. 32 bis LPRL.⁷⁷⁸ En este caso, la interpretación me parece correcta, pues la sentencia se refería a un trabajador que no ostentaba la condición de delegado de prevención, ni de trabajador designado para ocuparse de las tareas de prevención, ni de miembro del servicio de prevención, por lo que, de acuerdo con el tenor literal de la ley,

⁷⁷⁷ En este sentido, la STSJ Illes Balears de 23 de febrero de 2011 (rec. 244/2010) cita la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 30 de enero de 2004 (rec. 1664/2003), que adopta un interpretación restrictiva señalando que “incluso la doctrina estima que es excesivo igualar a estos trabajadores que tienen una relación laboral común, con los representantes legales y sindicales de los trabajadores, pues estos últimos actúan en representación de quien los ha nombrado y por ello debe garantizarse su independencia respecto al patrono, mientras que los trabajadores que forman parte del Servicio de Prevención realizan las funciones que les encomienda el empresario para cumplir su ineludible obligación de prevención, deber de cuyo cumplimiento sólo el empresario es responsable”.

⁷⁷⁸ Art. 32 bis LPRL, ap. 4: “No obstante lo señalado en los apartados anteriores, el empresario podrá asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios en las actividades o procesos a que se refiere el apartado 1 y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico.”

que limita la extensión de la garantía únicamente a los mencionados colectivos, no le correspondía ninguna prioridad de permanencia por el hecho de ser recurso preventivo.

2.5.5.- Miembros de la comisión ad hoc

La normativa guarda silencio sobre una eventual extensión de la garantía de prioridad de permanencia a los miembros de la comisión negociadora nombrada *ad hoc* en ausencia de representantes legales de los trabajadores. En estos supuestos, si bien hay dudas, la mayoría de la doctrina, o bien no se pronuncia al respecto, o bien se inclina por considerar que la garantía no se extiende a ellos.⁷⁷⁹

En este sentido, me muestro también partidario de considerar que la garantía no se extiende a los miembros de la comisión *ad hoc*, y ello por varios motivos. En primer lugar, la norma guarda absoluto silencio al respecto, a diferencia de lo que ocurre con otros sujetos, como los delegados sindicales o los delegados de prevención, para quienes la norma sí que prevé la aplicación extensiva de las garantías de los representantes de los trabajadores. En segundo lugar, el argumento más importante tiene que ver con las funciones que intenta proteger la garantía: en este sentido, la garantía de prioridad de permanencia tiene por objeto proteger a los representantes en el ejercicio de sus funciones representativas –y de sus funciones sindicales para los delegados sindicales, y sus funciones preventivas para los delegados de prevención–, lo cual justifica que la ley les proteja frente a situaciones de despido, ya que ello perjudicaría sus funciones y, por tanto, a los trabajadores. Por tanto, la garantía, al contemplar la prioridad de permanencia, pretende proteger las funciones representativas del representante con vistas a futuro, es decir, una vez finalizado el procedimiento de despido colectivo, a fin de que pueda continuar desempeñándolas.

Pues bien, en el caso de los miembros de la comisión *ad hoc*, este tipo de funciones no se da, ya que se está ante sujetos que intervienen en las negociaciones del despido colectivo, pero no ejercen ninguna función que la legislación considere que deba proteger con una proyección más allá de la finalización del procedimiento de despido colectivo, pues se tratará de trabajadores comunes, que no ejercen ninguna función representativa por la que merezcan una especial garantía frente al resto de trabajadores. En cualquier caso, si fueran despedidos como consecuencia de su actuación durante el procedimiento de despido

⁷⁷⁹ En este sentido, GOÑI SEIN (2012), p. 47; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 151.

colectivo, contarían con la tutela correspondiente a la protección del principio de no discriminación y a la garantía de indemnidad.

2.5.6.- Vigencia del mandato del representante para que opere la garantía

Los beneficiarios de la garantía de prioridad de permanencia son los representantes de los trabajadores. Por esa razón, resulta exigible que el mandato del representante se encuentre en vigor para que opere la garantía. Aun así, se han planteado algunos interrogantes respecto al momento de inicio y finalización del mandato.

En primer lugar, cabe comentar la figura de los candidatos proclamados pero no electos. Alguna sentencia ha reconocido la extensión de la garantía de prioridad de permanencia a quienes no sean representantes de los trabajadores, pero sí sean candidatos proclamados. Tal es el caso de la STSJ Galicia de 21 de julio de 1995 (rec. 2568/1995), que, a pesar de que la ley no extiende las garantías de los representantes a los candidatos, considera que se trata de una laguna jurídica que es necesario cubrir. En su argumentación, cita la Recomendación de la OIT núm. 143, sobre los representantes de los trabajadores (1971), que en el apartado 7 alude a la extensión a los candidatos –y a quienes hayan sido presentados como candidatos– de las garantías de que gozan los representantes de los trabajadores. Dicho argumento es discutible, pues el apartado 7 de la Recomendación se refiere a extender a los candidatos la garantía del apartado 5 de la misma, que es la relativa a la prohibición de despido por razón de su cargo o actividad. La prioridad de “continuación en el empleo” en supuestos de reducción de personal se reconoce, en cambio, en el apartado 6 de la Recomendación, que no hace ninguna referencia a los candidatos.

La STSJ Cataluña de 23 de septiembre de 2010 (rec. 3367/2010) niega la aplicación de la garantía de prioridad de permanencia a un trabajador precisamente por el hecho de que todavía no era candidato en el momento del despido, ya que la candidatura fue presentada inmediatamente después del momento de ser despedido. Con ello parece presuponer que los candidatos proclamados sí que se beneficiarían de la garantía de prioridad de permanencia. Al respecto, la argumentación gira en torno a la STS de 2 de diciembre de 2005 (rec. 6380/2003), que, con cita a más sentencias como la STS de 20 de junio de 2000 (rec. 3407/1999) y la STS de 22 de diciembre de 1989 (RJ 9258), reconoce a los candidatos la consideración de representantes de los trabajadores, pero no a efectos de cualquier garantía de la que se beneficien los mismos, sino específicamente a efectos de reconocerles el derecho de opción entre la readmisión y la extinción indemnizada del art.

56.4 ET en casos de despido declarado improcedente. Dicha garantía relativa al derecho de opción se extiende, además, bajo determinadas condiciones, que se refieren al hecho que el procedimiento electoral esté iniciado, la empresa conozca la candidatura del trabajador y además el mismo resulte elegido tras el cese. Dicha doctrina ha sido confirmada por pronunciamientos más recientes, como la STS de 28 de diciembre de 2010 (rec. 1596/2010) y la STS de 22 de febrero de 2018 (rec. 823/2016).⁷⁸⁰ Dicha interpretación, referida, como se ha señalado, al derecho de opción en casos de despido declarado improcedente, no es aplicable a las garantías de los representantes de los trabajadores del art. 68 ET.

En este sentido, se encuentran pronunciamientos que con acertado criterio niegan la aplicación de la garantía de prioridad de permanencia a los candidatos (no electos) a elecciones de representantes de los trabajadores. La STSJ Castilla y León de 11 de julio de 1995 (rec. 1382/1995) señala que “es indiferente [...] que determinados trabajadores hayan sido candidatos de un determinado sindicato para las elecciones en la empresa demandada, pues lo único que se protege [...] es a los trabajadores electos y no a los que no lo fueron”, por ello, deniega la aplicación de la garantía, pues “ninguno de los demandantes reúne la condición de Miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical, ni ha resultado elegido para esos cargos, ni como titular, ni como suplente”.

Numerosos pronunciamientos posteriores han seguido dicha interpretación: la garantía sólo alcanza a los representantes de los trabajadores desde el momento en el que resulten electos, con independencia de que hayan o no tomado posesión y empezado a ejercer su cargo, y no desde el momento en que fueron proclamados candidatos y no han sido todavía elegidos, ya que la garantía lo que pretende proteger es la representatividad de los cargos. En este sentido se pronuncia la STSJ Andalucía (Granada) de 4 de mayo de 2011 (rec. 631/2011), que niega la prioridad de permanencia a un candidato no electo; y también la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 18 de diciembre de 2014 (rec. 416/2014), que en un sentido similar señala que “el actor no es representante unitario de los trabajadores, ni delegado sindical *ad extra* [es decir, ex art. 10 LOLS], y tampoco su concurrencia al proceso electoral en el que no fue elegido fue coetánea al despido, de manera que, al mismo no le son aplicables las garantías que para los representantes legales y sindicales de los trabajadores, y por extensión a los candidatos en el proceso electoral que resultasen electos después de su cese, contemplan los arts. 68.1 b), 52 c) y 56.4 ET.”

⁷⁸⁰ Por su parte, la STS de 25 de junio de 2012 (rec. 2370/2011) deniega la extensión de la garantía de opción entre readmisión e indemnización a un trabajador que presentó su candidatura horas después de ser despedido y sin que la empresa tuviese conocimiento de la intención del trabajador de presentarse.

La referencia “y por extensión a los candidatos en el proceso electoral que resultasen electos después de su cese” resulta enigmática, pues introduce la duda de si la garantía de prioridad de permanencia en la empresa sería aplicable a candidatos que resultasen electos tras su cese, lo cual descarto por completo. No parece desprenderse ello del tenor legal de los preceptos correspondientes, además de los pronunciamientos de los tribunales que niegan la garantía a los candidatos en general, pues todavía no han adquirido la condición de representantes que les hace titulares de la garantía. Además, una vez cesados, dichos candidatos ya no serían trabajadores de la empresa y no podrían ser representantes, con lo que la única garantía relevante en estos casos sería la ya señalada al derecho de opción en supuestos de despido declarado improcedente.

Un acertado resumen de estas cuestiones se encuentra en la STSJ Galicia de 28 de septiembre de 2012 (rec. 2183/2012), que cita la STSJ Galicia de 16 de julio de 2012 (rec. 1894/2012), que señala que “al candidato formal no le son trasladables de forma automática todas las garantías que el art. 68 del ET reconoce al representante de los trabajadores, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto”. A este respecto, cita la mencionada doctrina del TS relativa al derecho de opción en casos de despido declarado improcedente, y destaca “que tal opción no se le reconoce al candidato de una forma automática, sino que se le reconoce tal garantía cuando fueron despedidos apresuradamente días antes de las elecciones, sin base alguna para ello, y siendo elegidos en dichas elecciones, y básicamente para evitar que la conducta empresarial suponga un fraude de ley tendente a evitar el acceso a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas”. Es decir, la extensión a los candidatos de la garantía del derecho de opción en supuestos de despido declarado improcedente, se aplica en supuestos en que se aprecia una posible motivación discriminatoria por parte del empresario o un fraude de ley, a fin de poner al candidato fuera de la empresa antes de que adquiera la condición de representante.

Por lo tanto, los candidatos no se benefician de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa, pero sí que les resulta aplicable la tutela antidiscriminatoria por motivo de su actividad sindical. Así lo señaló expresamente la STC 38/1981, de 23 de diciembre (rec. 189/1981), en el sentido que “la no inclusión en la literalidad de los preceptos reguladores actualmente de las garantías sindicales de aquellos que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores, no es obstáculo a la protección frente a despidos discriminatorios”, lo que confirma la interpretación de que los candidatos no son beneficiarios de la garantía

de prioridad de permanencia, pero sí que son objeto –como no podía ser de otro modo– de tutela antidiscriminatoria en materia sindical.⁷⁸¹

Volviendo a la STSJ Galicia de 28 de septiembre de 2012 (rec. 2183/2012), con cita a la STSJ Andalucía (Sevilla) de 17 de marzo de 2000 (rec. 4247/1999), señala que la garantía del derecho de opción en supuestos de despido declarado improcedente afecta sólo a dos partes (empresario y trabajador), pero la garantía de prioridad de permanencia afecta peyorativamente a un tercero (el trabajador despedido en vez del priorizado en la empresa), por lo que “la preferencia para ser adscrito a otros servicios y mantenerse en el puesto es prioridad que no puede reconocérsele –con trato peyorativo al otro trabajador– salvo mandato expreso de la ley, que sólo existe en los despidos colectivos u objetivos y para los representantes, no para los meros afiliados o candidatos”.⁷⁸²

Precisamente, la STSJ Madrid de 31 de mayo de 2018 (rec. 764/2017), en un supuesto de suspensión colectiva de contratos de trabajo, señala –a mi modo de ver equivocado– que los candidatos sí que son titulares de la garantía de prioridad de permanencia, pero el razonamiento acto seguido se desliza hacia consideraciones relativas a que “ha existido una voluntad de represaliar a los actores por la actividad sindical que habían desarrollado, [...] por lo que entendemos que efectivamente se han vulnerado los derechos fundamentales de los trabajadores y por ello la medida es nula”, por lo que en verdad lo que la sentencia hace es declarar la nulidad por conducta antisindical y discriminatoria por parte de la empresa.

En definitiva, los candidatos son objeto de protección en materia antidiscriminatoria y de garantía de su derecho fundamental a la libertad sindical, pero no son titulares de la garantía de prioridad de permanencia que establece el art. 68 b) ET.

De cualquier modo, la ausencia de reconocimiento legal a la extensión de las garantías de los representantes a los candidatos proclamados y no electos, puede paliarse vía negociación colectiva. En este sentido, y atendiendo al tenor literal del art. 68 y art. 51.5 ET, nada obsta a que por convenio colectivo se amplíe la garantía de prioridad de permanencia prevista legalmente, de suerte que dicha garantía tenga un mayor alcance y/o beneficie a otros colectivos. Es decir, cabe pactar en convenio colectivo que los

⁷⁸¹ La STC 38/1981, de 23 de diciembre (rec. 189/1981) señala: “los actos que se denuncian como discriminatorios afectan a los candidatos en curso el proceso electoral y se les imputa propósitos de interferir decisivamente en la libre dotación de la representación obrera”.

⁷⁸² Por su parte, en la STSJ Galicia de 16 de julio de 2012 (rec. 1894/2012), se discutía un asunto en el que la trabajadora adquirió la condición de candidata con posterioridad al momento de comunicación de la decisión extintiva.

candidatos proclamados y no electos se beneficien también de la garantía de prioridad de permanencia.

La STSJ Madrid de 3 de febrero de 2017 (rec. 1006/2016) aborda precisamente un supuesto en el que por convenio colectivo se habían ampliado las garantías de los representantes al momento de su proclamación como candidatos, y con proyección temporal adicional hasta tres años después de su cese en el cargo. En este sentido, señala: “La tesis [relativa a extender la garantía a los candidatos] no sería asumible desde la exclusiva perspectiva de aplicar el art. 68 b) ET, por cuanto la jurisprudencia ha interpretado que la garantía contenida en este precepto –prioridad de permanencia en casos de suspensión o extinción del contrato de trabajo por causas objetivas–, a diferencia del supuesto del párrafo c), incluye únicamente a los representantes de los trabajadores con mandato en vigor a la sazón de la decisión extintiva o suspensiva de que se trate.”

Por su parte, la STSJ Madrid de 21 de septiembre de 2015 (rec. 310/2015) hacía referencia a un supuesto en el que el convenio colectivo contemplaba una previsión similar que, sin embargo, no fue aplicada por el Tribunal. En consecuencia, la sentencia fue anulada por la STC 123/2018, de 12 de noviembre (rec. 6331/2016), que considera que el TSJ de Madrid ignoró la disposición convencional al respecto, obviando la fuerza vinculante de los convenios colectivos y vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical. En resumen: cabe ampliar vía convenio colectivo la garantía de prioridad de permanencia a los candidatos proclamados, en cuyo caso habrá que aplicar la garantía prevista en la disposición convencional.

Finalmente, otra cuestión que ha generado algún interrogante es la finalización del mandato del representante. En este sentido, la garantía de prioridad de permanencia deja de operar en el momento del cese del representante en su cargo, cuando expira su mandato, ya que al dejar de tener la condición de representante ya no se beneficia más de la garantía. Y ello a menos que por disposición convencional se pacte una extensión temporal de la garantía, como sucede en la citada STSJ Madrid de 3 de febrero de 2017 (rec. 1006/2016), que extendía la garantía hasta los tres años siguientes al cese.

Ahora bien, sobre la finalización del mandato cabe añadir una matización, y debe tenerse presente el art. 67 ET, que señala que, una vez transcurridos los 4 años de duración del mandato de representante, “se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y *de sus garantías* hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones”. Por lo tanto, aun transcurrido el período de mandato efectivo, el representante sigue beneficiándose de la garantía en tanto continúe en funciones, y hasta

el momento de celebrarse nuevas elecciones y definitivamente cesar en su cargo de representante.

En consecuencia, la garantía de prioridad de permanencia no se aplica “dentro del año siguiente a la expiración” del mandato. A este respecto, se ha planteado alguna confusión entre la garantía de prioridad de permanencia del apartado b) del art. 68 ET y la prohibición de despido o sanción con motivo del desempeño de las funciones representativas, del apartado c) del art. 68 ET. Éste último señala que el representante tiene la garantía de “no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones *ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato*, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación”. Pues bien, en algún momento se ha intentado, erróneamente, extender a la garantía de prioridad de permanencia del apartado b) del art. 68 ET dicha previsión referida al año siguiente a la expiración del mandato. Pues bien, a este respecto, cabe señalar que las garantías de los apartados b) y c) del art. 68 ET son garantías distintas, y su extensión temporal también lo es a tenor de la literalidad del precepto. Así, la garantía de prioridad de permanencia se aplica mientras esté vigente el mandato del representante, acabando la misma cuando el representante cese en el cargo. En cambio, la prohibición de despido y sanción con motivos del ejercicio de las funciones representativas, sí que se extiende hasta el año siguiente al cese en el cargo.

Así lo ha sentado con toda claridad el Tribunal Supremo en la STS de 16 de septiembre de 2013 (rec. 1636/2012). El TS señala que el precepto distingue entre las dos garantías, y señala que las diferencias entre las mismas “son evidentes”, al señalar que “la primera da la prioridad de permanencia mientras el representante esta en activo, como tal, mientras que la segunda extiende sus efectos a las decisiones empresariales tomadas, incluso, durante el año posterior a su cese en las funciones representativas”. En este sentido, la prioridad de permanencia se aplica en despidos fundados en causas objetivas, y pretende que los trabajadores no se queden privados de su representante en estos supuestos; en cambio, la prohibición de despido o sanción con motivo del ejercicio de las funciones representativas se aplica en despidos fundados en causas subjetivas, y pretende evitar que la empresa adopte represalias contra el representante, por lo que tiene sentido que la garantía se extienda durante el año posterior al cese en el cargo representativo. Además, el TS destaca que para que opere esta última garantía, la motivación de la decisión de despido debe estar conectada con el ejercicio de las funciones representativas. Pues bien, debido a dichas diferencias y la evidente distinta regulación y naturaleza de ambas

garantías, el TS considera que la garantía de prioridad de permanencia no puede extenderse al año posterior al cese del representante en el cargo.

A pesar de la claridad de los argumentos, es posible encontrar pronunciamientos posteriores en que alguna de las partes procesales reclamaba la extensión de la garantía de prioridad de permanencia al año posterior al cese. Así, cabe citar la STSJ Comunitat Valenciana de 15 de diciembre de 2015 (rec. 2800/2015), que señala que “no podemos estimar que exista una prioridad de permanencia en el caso de despido objetivo del representante que lo fue, pero ya no lo es en el momento del despido”, con cita a la STS de 16 de septiembre de 2013 (rec. 1636/2012). La STSJ Madrid de 3 de febrero de 2017 (rec. 1006/2016) recuerda que, “a diferencia del supuesto del párrafo c)” del art. 68 ET, la garantía de prioridad de permanencia “incluye únicamente a los representantes de los trabajadores con mandato en vigor a la sazón de la decisión extintiva o suspensiva de que se trate”.⁷⁸³

Por lo tanto, una vez sentado que para aplicar la garantía de prioridad de permanencia, el representante debe tener en vigor su mandato como tal, cabe comentar cuál es el momento del procedimiento de despido colectivo en el que debe apreciarse si el mandato del representante está en vigor. A este respecto, el momento a tener en cuenta para ver si el representante tenía la condición de tal, y podrá beneficiarse de la garantía, es el momento de efectuar el despido. En consecuencia, los tribunales han admitido que la garantía opere respecto de aquellos representantes que fueron elegidos durante el desarrollo del procedimiento de despido colectivo y que al inicio del mismo no tenían tal condición.

Así lo expresa la STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 7465), al señalar, refiriéndose a la antigua autorización administrativa, que “si en el tiempo transcurrido entre la resolución administrativa autorizante y la decisión empresarial que a su amparo la ejecuta o hace efectiva ocurre que los actores han sido elegidos representantes de los trabajadores, no ofrece duda que en ese segundo momento disfrutaban ya de pleno derecho de las garantías inherentes a tales nombramientos o designaciones, como depositarios de una voluntad colectiva que les ha investido de unas facultades representativas y de las prerrogativas que éstas llevan aneja, voluntad que se vería frustrada si estas últimas no fuesen reconocidas; sin que ello suponga en modo alguno aplicación retroactiva de los preceptos que las establecen, dado que éstos se aplican precisamente en el momento en que se lleva a efecto la extinción o suspensión de la relación laboral.”

⁷⁸³ También discute esta cuestión la STSJ Madrid de 31 de octubre de 2014 (rec. 550/2014).

En definitiva, la garantía opera si en el momento del despido el trabajador ostenta la condición de representante, como señala también la STS de 13 de septiembre de 1990 (RJ 7004), al recordar que “la preferencia únicamente opera respecto a quien está en la situación garantizada en el momento de acordarse la medida”.⁷⁸⁴ Además, los tribunales han exigido que el mandato del representante, a fin de que opere la garantía, esté vigente en el momento de comunicarse el despido, que es cuando el empresario adopta la decisión de despedir, y no en el momento de hacerse efectivo el mismo. Así se ha posicionado la STSJ Galicia de 28 de septiembre de 2012 (rec. 2183/2012), y también la STSJ Galicia de 16 de julio de 2012 (rec. 1894/2012), que señala que “ha de estarse al acto de comunicación del despido, y no al momento en el que el mismo es efectivo”.

⁷⁸⁴ Además, en el supuesto discutido en la STS de 13 de septiembre de 1990 (RJ 7004), el trabajador había sido objeto de una suspensión del contrato, y había adquirido la condición de representante una vez hecha efectiva la decisión suspensiva, por lo que el Tribunal considera que aplicar la prioridad de permanencia en un caso de dichas características sería retroactivo y afectaría a la seguridad jurídica.

CAPÍTULO V

CUESTIONES PROCEDIMENTALES: NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL E IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL

El presente Capítulo aborda las principales cuestiones procedimentales relativas a los criterios de selección en el marco del despido colectivo. En este sentido, se divide en dos secciones principales: una es la relativa a la comunicación individual de despido a los trabajadores afectados a través de la carta de despido, con el debate sobre hasta qué punto es necesario incluir en la misma los criterios de selección y con qué alcance; y otra es la relativa al control jurisdiccional o judicial de la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de las distintas vías de impugnación que para el despido colectivo prevé el art. 124 LRJS.

La fase colectiva del procedimiento de despido colectivo –cuyo eje central, tal y como se ha estudiado en el Capítulo III, lo constituye el período de consultas en el que el empresario y los representantes de los trabajadores negocian sobre los extremos que afectan al despido con vistas a alcanzar un acuerdo– finaliza bien alcanzando un acuerdo, o bien sin acuerdo, y por tanto con decisión final del empresario. En cualquiera de los casos, la aplicación del acuerdo o la adopción por el empresario de la decisión final da inicio a la llamada fase individual del despido. En ella, el empresario despide individualmente a cada uno de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Dicha fase se caracteriza por la existencia de un trámite procedimental de especial relevancia: la notificación o carta individual de despido, la cual, a su vez, será el presupuesto para la impugnación judicial posterior en vía individual.

1.- NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO A LOS TRABAJADORES AFECTADOS

La notificación individual del despido a los trabajadores concretamente afectados es indispensable para llevar a efecto los despidos. Del mismo modo a como acontecía antes de la reforma laboral de 2012, cuando la autorización administrativa previa no extinguía por sí misma los contratos, sino que tenía un carácter habilitante a fin de que el empresario procediera a ello, en la actualidad el acuerdo alcanzado en período de consultas o la decisión empresarial al final el mismo sin acuerdo tampoco extinguen por sí mismos los contratos de trabajo. En ese sentido, el empresario debe ejecutar individualmente los despidos a fin de extinguir el contrato de los trabajadores concretamente afectados, y dicho se despido se efectúa a través de la entrega de la carta o notificación individual de despido.⁷⁸⁵

Desde un punto de vista histórico, hay que remontarse a la regulación del despido colectivo previa a la reforma laboral de 2012, en la que los despidos eran autorizados por la autoridad laboral. El RPRE de 1996 introdujo la posibilidad de que la autorización fuera abierta, es decir, que en vez de incluir el listado nominativo de trabajadores afectados, dejase al empresario la concreta decisión de qué trabajadores se veían afectados.⁷⁸⁶ Pues bien, en esos supuestos en que la autorización administrativa tenía un carácter abierto, y dejaba al empresario la concreción de los trabajadores afectados, se hizo necesario que el empresario pusiera en conocimiento del trabajador las razones de su concreta afectación en el despido, y surgió la duda de qué contenido debía tener dicha comunicación.⁷⁸⁷

Ahora bien, sin entrar en detalles relativos al régimen jurídico existente con carácter previo a la reforma laboral de 2012, el régimen actual del despido colectivo es exclusivamente de ejecución empresarial, por decisión propia o según el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores. La ejecución se materializa a través de la notificación del despido mediante la entrega de la carta individual de despido, respecto de la que se genera el debate sobre cuál debe ser su contenido, en concreto si debe detallar los criterios de selección y las razones de la concreta afectación del trabajador. La notificación o ejecución individual del despido a los trabajadores afectados

⁷⁸⁵ Sobre esta cuestión, BLASCO PELLICER (2013), p. 82.

⁷⁸⁶ Sobre ello, AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 780.

⁷⁸⁷ Al respecto, vid. AZAGRA SOLANO (2016), p. 517-525.

se realiza conforme a las reglas y formalidades contenidas en el art. 53.1 ET para los despidos objetivos.⁷⁸⁸

El art. 51.4 ET señala que “alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario *podrá* notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1”. El verbo en futuro “podrá”, aunque expresado en modo confuso, no debe entenderse en el sentido de que la notificación individual del despido es potestativa para el empresario, sino que debe entenderse como una obligación que puede llevarse a cabo una vez alcanzado el acuerdo o comunicada por el empresario su decisión a los representantes, pero no antes.⁷⁸⁹

Dicha notificación individual se vehicula a través de la carta de despido, que, según el art. 51.4 ET, debe realizarse conforme a las formalidades establecidas en el art. 53.1 ET para los despidos objetivos. La remisión del art. 51.4 ET al art. 53.1 ET supone una asimilación plena entre el procedimiento a seguir en la fase individual del despido colectivo y el procedimiento a seguir en los despidos objetivos individuales o plurales, por lo que habrá que seguir las formalidades allí previstas.⁷⁹⁰

Ahora bien, los requisitos formales previstos en el art. 53.1 ET para los despidos objetivos, vienen modulados en el caso de los despidos derivados de un procedimiento de despido colectivo. Así, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha ido atenuando y matizando de una manera paulatina dichas formalidades cuando se aplican al despido colectivo, y en atención principalmente a las diferencias importantes de tramitación que presenta el despido colectivo con respecto al despido objetivo, principalmente la existencia de un período de consultas y negociación previa con los representantes de los trabajadores.⁷⁹¹ En este sentido, la STS de 15 de marzo de 2016 (rec.

⁷⁸⁸ Sobre la cuestión, GOERLICH PESET (2012), p. 363; PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 172-173. Por su parte, la STS de 20 de octubre de 2005 (rec. 4153/2004) señala: “El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en que tal empresario basa ese despido; el control de la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que éste ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el trabajador cesado impugnando ese despido objetivo; de ahí que, para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la Ley imponga como obligación esencial para la validez del despido objetivo que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas.”

⁷⁸⁹ Sobre ello, BLASCO PELLICER, GARCÍA TESTAL (2013), p. 853.

⁷⁹⁰ Así lo señala, BLASCO PELLICER (2013), p. 83. Sobre las formalidades del art. 53.1 ET para los despidos objetivos, ALTÉS TÁRREGA, BLASCO PELLICER, NORES TORRES (2010), p. 240-257.

⁷⁹¹ Vid. BLASCO PELLICER, TALÉNS VISCONTI (2018), p. 197.

2507/2014) señala que la carta individual de despido derivado de un despido colectivo “ha de revestir, *con carácter general*, las mismas formalidades que la comunicación del despido objetivo”.

El art. 51.4 ET también señala que “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”; lo cual para algunos autores produce una dilatación innecesaria de la reestructuración en aquellos casos en los que se haya alcanzado un acuerdo.⁷⁹²

1.1.- Contenido de la carta de despido: la causa

El contenido de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo constituye una cuestión en la que ha habido disparidad de criterios doctrinales y judiciales.⁷⁹³ La importancia del contenido de la carta individual de despido radica en su carácter delimitador del ámbito del proceso jurisdiccional posterior y su relevancia en cuanto a evitar la indefensión del trabajador despedido. En este sentido, la carta individual de despido es el presupuesto para la impugnación judicial posterior realizada por el trabajador en vía individual. Por ello, la carta debe permitir al trabajador despedido estar en condiciones de defenderse de la medida empresarial, en pos del derecho a la tutela judicial efectiva.⁷⁹⁴ Estas exigencias formales se aplican tanto en los despidos colectivos ejecutados por el empresario sin acuerdo, como en aquellos en que se haya alcanzado un acuerdo con los representantes, a pesar de que algún aspecto de la norma pudiera interpretarse en modo rigurosamente literal en el sentido de que sólo procede la notificación en despidos sin acuerdo.⁷⁹⁵

Una vez establecida legalmente la obligación de notificar o comunicar la decisión de despido a los trabajadores individualmente afectados, surge la duda sobre el alcance del contenido de la conocida como carta de despido, es decir, cuándo se considera

⁷⁹² PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 173.

⁷⁹³ Sobre el contenido de la carta individual de despido en procedimientos de despido colectivo, vid. AZAGRA SOLANO (2016), p. 527-557; SÁEZ LARA (2015), p. 203-208.

⁷⁹⁴ GOERLICH PESET (2012), p. 363.

⁷⁹⁵ Así lo señala GOERLICH PESET (2012), p. 363. De hecho, la doctrina ha señalado que es precisamente en los despidos realizados con acuerdo, es decir, en los que previsiblemente no habrá una impugnación colectiva, cuando entra en juego con más intensidad la protección de las garantías del trabajador individualmente afectado. En este sentido, BLASCO PELLICER (2012b), p. 180 y ss. Por lo tanto, la decisión de despido debe necesariamente notificarse individualmente al trabajador, haya o no acuerdo.

“suficiente” a efectos de garantizar al trabajador despedido la posibilidad de defender sus intereses ante los tribunales.⁷⁹⁶

El art. 124.13 LRJS, que regula la impugnación individual del despido colectivo, señala que “el trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta ley”, y a su vez el art. 122.3 LRJS señala que “la decisión extintiva se calificará como improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53” del ET, por lo que remite a las formalidades del despido objetivo del art. 53.1 ET. Dicho precepto, en el apartado a), se refiere a la “comunicación escrita al trabajador *expresando la causa*”.

De ello se deduce que en la carta de despido el empresario debe exponer y explicar en modo suficiente la causa, de modo que los trabajadores afectados, quienes no han participado directamente en el período de consultas, puedan conocer por qué se ven afectados. La doctrina considera que la carta de despido debe contener “algo más” que una mera referencia al despido colectivo tramitado,⁷⁹⁷ si bien es cierto que puede discutirse el grado de concreción que debe tener la misma.

En relación al contenido de la carta en los despidos objetivos, los tribunales han señalado que el empresario debe notificar individualmente al trabajador afectado su despido “expresando la causa”, lo que implica que el contenido de la carta o comunicación debe ser “claro e inequívoco”. Así lo han señalado las SSTS de 3 de noviembre de 1982 (RJ 6482), y de 7 de julio de 1986 (RJ 3961), que además se refieren al hecho de que los requisitos de la carta de despido objetivo deben equipararse a los de la carta de despido disciplinario, entendiendo la expresión “causa” como equivalente a los “hechos” a que se refiere el art. 55 ET para el despido disciplinario.⁷⁹⁸

Por ello, los tribunales no admiten “formulaciones genéricas” o abstractas al respecto, como señala la STS de 10 de marzo de 1987 (RJ 1371), o la STS de 30 de marzo de 2010 (rec. 1068/2009).⁷⁹⁹ Tampoco se admiten meras “invocaciones de preceptos estatutarios”,

⁷⁹⁶ AZAGRA SOLANO (2016), p. 527.

⁷⁹⁷ Así lo expresa GOERLICH PESET (2012), p. 364, quien se muestra partidario, por prudencia, de que la empresa aproxime el contenido de la carta lo máximo posible al contenido de la comunicación inicial del procedimiento, ya que a fin de cuentas dicha documentación está a disposición del empresario, siendo posible además acompañar la carta con documentación en soporte informático, como señala BLASCO PELLICER (2012b), p. 179.

⁷⁹⁸ En la doctrina de los TSJ, cabe citar las SSTSJ Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2007 (rec. 497/2007); Islas Canarias (Tenerife) de 8 de septiembre de 2006 (rec. 408/2006); Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006 (rec. 504/2006); y Navarra de 30 de septiembre de 2005 (rec. 295/2005).

⁷⁹⁹ En la doctrina de los TSJ, cabe citar las SSTSJ Cataluña de 13 de diciembre de 2006 (rec. 768/2005); País Vasco de 30 de mayo de 2006 (rec. 469/2006); Islas Canarias (Las Palmas) de 10 de marzo de 2005

como señala la STS de 9 de diciembre de 1998 (rec. 590/1997).⁸⁰⁰ Ahora bien, los tribunales tampoco exigen una “descripción exhaustiva y pormenorizada” de los hechos que determinan la decisión empresarial.⁸⁰¹

Una carta de despido cuyo contenido no cumpliera dichos requisitos por lo que respecta a la causa, provocaría indefensión en el trabajador despedido, así que da lugar a la declaración de improcedencia del despido por incumplimiento de las formalidades del art. 53.1 ET.⁸⁰²

Pronunciamentos más recientes también se han reiterado en la necesidad de expresar con claridad las causas del despido. La STS de 30 de marzo de 2010 (rec. 1068/2009) exige que en la carta se precise suficientemente la causa del despido,⁸⁰³ y a este respecto, señala que “el significado de la palabra ‘causa’ en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio de los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva”. Para acto seguido añadir que “son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET las ‘causas motivadoras’ que pueden justificar el acto de despido”.

En síntesis, el Tribunal Supremo distingue entre la causa genérica del despido o causa remota, es decir, aquella circunstancia general que da lugar a la reestructuración y al

(rec. 981/2004); País Vasco de 8 de marzo de 2005 (rec. 94/2005); y de 15 de febrero de 2005 (rec. 2992/2004). Sobre esta cuestión, vid. BODAS MARTÍN (2012), p. 540.

⁸⁰⁰ En la doctrina de los TSJ, cabe citar las SSTSJ Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2007 (rec. 497/2007); de 2 de noviembre de 2006 (rec. 843/2006); y Asturias de 11 de noviembre de 2010 (rec. 1888/2010).

⁸⁰¹ Así lo señala la STSJ Cataluña de 25 de abril de 2012 (rec. 658/2012): “Como es bien sabido, no puede reclamarse que la comunicación extintiva contenga una descripción exhaustiva y pormenorizada de los datos económicos y productivos de la demandada, pues un relato de este tipo va más allá de lo exigido en el art. 53.1 a) ET.” Al respecto, hay varios pronunciamientos en suplicación. Vid. SSTSJ Islas Canarias (Tenerife) de 8 de septiembre de 2006 (rec. 408/2006); Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006 (rec. 504/2006); Navarra de 30 de septiembre de 2005 (rec. 295/2005); Madrid de 30 de septiembre de 2005 (rec. 3038/2005).

⁸⁰² Téngase en cuenta que, tras la reforma operada por el RDL 10/2010, de 16 de junio, y la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, el incumplimiento de las formalidades del art. 53.1 ET no da lugar a la nulidad del despido, sino a la improcedencia.

⁸⁰³ Sobre esta Sentencia y el contenido de la carta de despido, vid. BODAS MARTÍN (2012), p. 540.

despido; y, por otro lado, la causa específica, concreta o próxima que relaciona la causa genérica con la extinción de un contrato de trabajo. Por ello, la citada STS de 30 de marzo de 2010 (rec. 1068/2009) señala que “no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota”.

En un sentido similar, se han pronunciado otras sentencias, como la STS de 1 de julio de 2010 (rec. 3439/2009), STS de 30 de septiembre de 2010 (rec. 2268/2009), STS de 19 de septiembre de 2011 (rec. 4056/2010), y STS de 10 de noviembre de 2011 (rec. 394/2011). En definitiva, se exige que la carta precise los hechos que conectan con la causa “concreta y próxima”, es decir, la causa motivadora de la decisión extintiva.

La STS de 1 de julio de 2010 (rec. 3439/2009) estableció la definición de “causa” a estos efectos. De este modo, cabe distinguir entre causa genérica, es decir, el motivo remoto que generó las dificultades en la empresa y el recurso al despido colectivo; y, por otro lado, la causa concreta, próxima o específica, es decir, la razón que justifica la afectación concreta del trabajador y la extinción de su contrato de trabajo. En otras palabras, la causa concreta o específica es la razón por la que causa genérica afecta particularmente al trabajador cuyo contrato se extingue.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido claramente la obligación de explicar la causa en la carta individual también en los casos de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo. Así lo ha señalado la STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014) en un supuesto en el que la empresa, en la carta individual de despido, había hecho una remisión al acuerdo adoptado con los representantes de los trabajadores.⁸⁰⁴ Dicha sentencia se refiere a “circunstancias especiales” que permitan integrar el contenido de la carta individual de despido, y ello no puede hacerse más que con referencia al eventual acuerdo suscrito durante el período de consultas. La STS de 2 de junio de 2014 (rec. 2534/2013) se refiere a una carta que se remitía al acuerdo alcanzado en un procedimiento en el que las secciones sindicales informaron a los trabajadores mediante reuniones informativas y hasta se les convocó a una votación para ratificar el acuerdo. En la STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) se entendía suficiente el contenido de la carta porque se integraba con el contenido de la

⁸⁰⁴ Por el contrario, la sentencia recurrida y casada, la STSJ Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2014 (rec. 919/2013), aceptó la remisión al acuerdo, pues consideró que la trabajadora afectada tuvo conocimiento de la situación de la empresa y pudo plantear sus pretensiones impugnatorias sin problemas.

documentación que acompañaba a la carta, y que incluía varios informes emitidos durante el período de consultas y documentación relativa al fin del mismo.⁸⁰⁵

Pues bien, para la citada STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014), la expresión de la causa “debe consistir en los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial”, y ello no sucedía en el supuesto enjuiciado, pues la carta de despido “se limitaba a remitirse al contenido del acuerdo (que ni transcribía ni acompañaba) alcanzado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores al finalizar el período de consultas”, e incluía expresiones genéricas que podían aplicarse a cualquier despido por causas objetivas.⁸⁰⁶ En consecuencia, no basta con que el empresario haga una remisión genérica al hipotético acuerdo alcanzado con la representación de los trabajadores, sino que debe explicar la causa por la que se produce la extinción del contrato.

La doctrina también se ha referido a esta cuestión, y ha señalado que no es admisible que el empresario haga una remisión a la comunicación o documentación entregada en su momento a los representantes de los trabajadores, pues la expresión de la causa resulta “insoslayable”.⁸⁰⁷ Del mismo modo, y más recientemente, la STS de 22 de marzo de 2017 (rec. 1487/2015) ha establecido como exigencias ineludibles de carácter formal en la ejecución individual de despidos derivados de un despido colectivo, la comunicación escrita “con indicación de la causa”, la puesta a disposición del trabajador de la indemnización, y la concesión del plazo de preaviso de 15 días.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013): “consideramos que el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza”.

⁸⁰⁶ El tribunal señala que la causa debe hacer referencia a los extremos fácticos que permitan la incardinación del despido en los presupuestos fácticos de aplicación del art. 51.1 ET: las causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción, según las definiciones y ejemplos que incluye el precepto.

⁸⁰⁷ En estos términos, BLASCO PELLICER (2013), p. 83. No obstante, señala que cuestión distinta es que junto a la notificación individual, se haga entrega al trabajador de manera simultánea de la decisión final de despido si en ella constan explicadas las causas, en cuyo caso cabría entender que dicha información integra el contenido de la carta de despido.

⁸⁰⁸ Precisamente para señalar que no cabe exigir formalidades del art. 53.1 ET que resulten “irrazonables” en un despido derivado de un procedimiento de despido colectivo, como es el caso de la notificación de la carta a los representantes legales de los trabajadores –cuestión que se comenta en el Epígrafe 1.3–, la STS de 22 de marzo de 2017 (rec. 1487/2015) señala como ineludible que en la carta de despido se indique la causa del mismo.

1.2.- Inclusión de los criterios de selección en la notificación individual de despido: evolución de la postura judicial

Una de las cuestiones que se ha planteado en torno al contenido de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo, y que ha dado lugar a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, es el relativo a la inclusión o no, y con qué alcance, de los criterios de selección para designar al trabajador afectado por el despido. La cuestión relativa a la indicación de la causa, junto con la matización realizada por los tribunales distinguiendo entre causa remota o genérica, y causa próxima o específica, afecta por lo general a todos los despidos fundados en causas económicas o empresariales, bien sean de carácter colectivo, o bien de carácter individual o plural. Ahora bien, la cuestión de la inclusión o no de los criterios de selección en la carta individual de despido afecta específicamente a los despidos derivados de un procedimiento de despido colectivo.

Las peculiaridades del procedimiento de despido colectivo, caracterizado por la negociación llevada a cabo en el período de consultas, hacen pensar que los requisitos de comunicación en este sentido deben interpretarse de un modo atenuado, o con alguna matización. También es cierto que el art. 53.1 ET, que está pensado para los despidos objetivos individuales o plurales, no se refiere a los criterios de selección. Por otro lado, la exigencia de comunicar al trabajador la causa específica de su despido debe interpretarse, desde mi punto de vista, como una llamada a exigir la indicación de los criterios de selección en la carta de despido, así como de justificar la aplicación de los mismos al trabajador concretamente afectado. Y ello con la misma finalidad que la señalada respecto al contenido de la carta en los despidos objetivos, que no es otra que permitir al trabajador despedido su defensa en vía jurisdiccional.

Como se ha apuntado, el debate incluye dos extremos, que son la inclusión o no de los criterios de selección tenidos en cuenta por el empresario a la hora de designar a los afectados; y, por otro lado, la inclusión o no de las pautas de aplicación de dichos criterios al concreto trabajador afectado, a fin de que resulte finalmente seleccionado y despedido.

La postura de los tribunales ha sido dispar sobre la eventual obligación de incluir los criterios de selección en la comunicación individual de despido, y ha ido evolucionando con el tiempo. Las dos posturas principales, en función del nivel de detalle del contenido de la carta son la postura rigorista o rígida, que exige la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido, e incluso los criterios de designación, es decir, la

aplicación de los criterios al concreto trabajador; y por otro lado, la postura flexible, que permite obviar este tipo de información en la carta de despido.⁸⁰⁹

1.2.1.- Postura rigorista o rígida

La postura rigorista que han adoptado varias resoluciones judiciales exige un mayor nivel de exhaustividad en la información proporcionada al trabajador afectado en la carta de despido, y en concreto, se muestra partidaria de informar al trabajador sobre los criterios que han determinado su inclusión en el despido colectivo e incluso de cuál ha sido su concreta aplicación.

La STSJ Castilla y León (Burgos) de 16 de enero de 2014 (rec. 693/2013) abre esta línea de interpretación judicial más rigorista. La Sentencia aborda un despido colectivo en la empresa Bankia, en el que se había pactado con la representación de los trabajadores que los trabajadores afectados iban a ser seleccionados conforme a una “valoración” llevada a cabo mediante un proceso de evaluación en el que se valoraban parámetros como el “perfil competencial”, los “indicadores de potencial” y el “cumplimiento de objetivos”.⁸¹⁰ La carta de despido informaba al trabajador afectado de que su selección se había efectuado “en aplicación de los criterios” que se han mencionado y de acuerdo con lo pactado en el acuerdo alcanzado en período de consultas, y “de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración realizada” por la entidad con carácter general, pero sin ninguna ulterior explicación al respecto.

En el caso comentado, el contenido de la carta remite, con carácter general, a los criterios acordados en el marco del período de consultas, pero omite la concreción o aplicación individualizada de dichos criterios, de suerte que no es posible conocer por qué dicho trabajador en concreto se ve afectado y cómo se le aplican los mencionados criterios. En este sentido, la STSJ Castilla y León (Burgos) de 16 de enero de 2014 (rec. 693/2013) confirma la sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido, al considerar que la notificación escrita era insuficiente, al no haber especificado los criterios de valoración de los criterios aplicados al trabajador, lo cual le impedía al trabajador tener conocimiento de todos los elementos relativos a su afectación por el despido, a fin de efectuar la correspondiente impugnación.

⁸⁰⁹ En la doctrina, esta división la señala AZAGRA SOLANO (2016), p. 527-557.

⁸¹⁰ Vid. AZAGRA SOLANO (2016), p. 528-529.

La sentencia se refiere a la doctrina sobre el contenido de la carta de despido en los despidos objetivos, señalando que “hay que exigir un plus de información y acreditación en la carta de despido objetivo, frente a la de despido disciplinario, de tal forma que de su sola lectura pueda deducirse en su caso la razonabilidad o no de la medida” [...], de suerte que “han de constar, pues en la carta todos los hechos que justifican la decisión y que permitan verificar la conexión funcional entre la causa y los despidos, limitándose el juicio a la demostración de tales hechos”.

Por lo tanto, la postura de la sentencia es que la carta de despido debiera haber incluido el detalle de los criterios de valoración y evaluación del trabajador que ha determinado su afectación en el despido colectivo, la ausencia de lo cual priva al trabajador del conocimiento suficiente necesario a fin de impugnar su despido.⁸¹¹

Un supuesto similar ha sido abordado en la STSJ Madrid de 22 de enero de 2014 (rec. 1857/2013), también referido a la empresa Bankia, y que señala que “la alusión genérica que se hace en la carta entregada al demandante de los motivos por los que se le ha afectado a la extinción de su contrato de trabajo es evidente que incumple las exigencias de concreción que exige la jurisprudencia para que no resulte gravemente perturbada la defensa del demandante que se ha visto colocado en situación de desigualdad al constituir esa inconcreción una posición de ventaja de la que se ha valido la empresa [...]”. En este punto, el Tribunal se refiere al art. 1258 CC y a la obligación de la empresa de cumplir con lo pactado y con todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, de suerte que el acuerdo alcanzado respecto a la selección de los trabajadores conforme a un baremo, obliga a la empresa a informar al trabajador con un nivel de precisión suficiente sobre la aplicación de dicho baremo.

También referida a la empresa Bankia, está la STSJ Madrid de 9 de abril de 2014 (rec. 1905/2013),⁸¹² que aborda un supuesto en el que la carta de despido no incluía la valoración que había obtenido cada trabajador en el baremo en cuestión, ni se les había notificado los resultados, ni la nota de corte, por lo que los afectados no podían conocer su valoración ni defenderse adecuadamente. Señala la Sentencia que si el acuerdo alcanzado en período de consultas incluye los criterios referidos al perfil competencial del afectado, la adecuación al puesto de trabajo y la valoración llevada a cabo por la entidad con carácter general, las extinciones sólo son válidas si se realizan conforme a

⁸¹¹ Otras sentencias de la misma Sala han confirmado esta posición: STSJ Castilla y León (Burgos) de 2 de julio de 2014 (rec. 452/2014); y de 10 de julio de 2014 (rec. 454/2014).

⁸¹² De la que trae causa la posterior STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014), asunto Bankia (Pleno), y que se comenta en el Epígrafe 1.2.3.

dichos criterios pactados; y en ese caso, es “preciso que en las cartas de despido se indique las puntuaciones obtenidas por los demandantes para que los mismos articulen su defensa, salvo que ya las supiesen con anterioridad”.

Una situación similar se plantea en la STSJ País Vasco de 15 de julio de 2014 (rec. 1189/2014), que señala que “la sola remisión al acuerdo obtenido en el despido colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores [...] constituye tan solo una parte de la exigencia comunicada, que debe aún y todo individualizarse respecto de la evaluación y circunstancias del trabajador afectado que permita su calificación, identificación y posibilidad suficiente de concretar sus circunstancias de selección, conocimiento del criterio y determinación en su afectación, así como el resultado final que le es sustancial y decisivo para poder amparar la posible revisión judicial y el contenido deseado de una tutela judicial efectiva”.

En consecuencia, la remisión genérica al contenido del acuerdo alcanzado en el período de consultas no es admisible, pues es necesaria la individualización de los criterios, es decir, la concreción de su aplicación particularizada al trabajador afectado, porque sólo así puede éste conocer las razones de su afectación, y plantear una eventual impugnación.⁸¹³

Las SSTSJ Cataluña de 27 de febrero de 2015 (rec. 7364/2014), y de 5 de junio de 2015 (rec. 1348/2015), en un sentido similar, sintetizan que los términos genéricos en que se expresa la carta, es decir, sin expresión de los criterios de selección, “privan al trabajador o trabajadora de la posibilidad de desvirtuar los criterios de selección aplicados, supuestamente dimanantes del acuerdo colectivo alcanzado”, resultando imposible para el trabajador afectado comprobar si la empresa se había ceñido o no a los límites fijados en el acuerdo, y en consecuencia, generándole indefensión.⁸¹⁴

Lo que exigen dichos pronunciamientos judiciales es que la empresa exprese en la carta datos relativos a los trabajadores afectados, como la “nota de corte” del proceso

⁸¹³ En el mismo sentido, otras sentencias de la misma sala: SSTSJ País Vasco de 17 de marzo de 2014 (rec. 364/2015); y de 10 de junio de 2015 (rec. 1021/2015). La STSJ Asturias de 22 de marzo de 2013 (rec. 266/2013) también censura que en la carta de despido se haga una mera referencia a la comunicación extintiva.

⁸¹⁴ Al respecto, vid. AZAGRA SOLANO (2016), p. 533-534. Por su parte, las ya citadas SSTSJ Madrid de 22 de enero de 2014 (rec. 1857/2013), y de 9 de abril de 2014 (rec. 1905/2013), confirman la improcedencia del despido del trabajador al considerar que la alusión genérica a los criterios de selección perturbaba el derecho de defensa. Ésta última señala que “al no conocer los demandantes su valoración no sólo no pueden defenderse adecuadamente, sino que se les ha privado de la posibilidad de adherirse a las bajas indemnizadas, lo que hubiesen realizado de saber que tenían una puntuación que les conduciría a una extinción”.

evaluador, el número de trabajadores afectados, “o cualesquiera de los que pudiera desprenderse la inclusión del mismo en la decisión empresarial”. Ello coherente con las posiciones doctrinales que conceptúan el contenido de la carta de despido como “instrumental del derecho de defensa del trabajador”.⁸¹⁵ En consecuencia, esta postura exige la plasmación en la carta de despido de los criterios tenidos en cuenta para designar a los afectados, así como, a mi modo de ver lo más importante, la explicación de las “razones de la aplicación de aquellos al trabajador concretamente despedido”, lo que se conoce como criterio de designación.⁸¹⁶

1.2.2.- Postura flexible

Otros autores mantienen posturas más matizadas, discrepando sobre la necesidad de incluir los criterios de selección en la comunicación individual de despido.⁸¹⁷ Esta postura se basa en la distinción entre los conceptos de “causa” y “criterios de selección”, de suerte que la inclusión de los criterios de selección dentro del concepto de “causa” supone una interpretación extensiva no amparada en el tenor literal de la norma, que exige únicamente comunicar al trabajador despedido la causa de la extinción. De este modo, sería incorrecto considerar los criterios de selección como la causa específica, subjetiva o próxima, en contraposición de la causa genérica, a fin de que como “causa” (específica o próxima) sean incluidos en la comunicación individual de despido.

Numerosos pronunciamientos judiciales han asumido esta interpretación más flexible y menos exigente, de manera que no exigen la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido, o la explicación sobre la aplicación de los mismos al trabajador.

Estas sentencias, más que un criterio flexible, lo que adoptan es una interpretación finalista, en el sentido que se centran en apreciar si la carta de despido, y el trabajador en todo el contexto del despido colectivo, contaba con información suficiente para plantear impugnación judicial frente a la decisión empresarial. Así, cabe citar las SSTSJ Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1891/2013), de 9 de enero de 2014 (rec. 1834/2013), y de

⁸¹⁵ Así lo señala AGUSTÍ MARAGALL (2014), quien adopta una postura rigorista al señalar que la comunicación individual ex art. 51.4 ET se realice “con la misma exigencia informativa” que la del art. 53.1 ET para el despido objetivo.

⁸¹⁶ AZAGRA SOLANO (2016), p. 534.

⁸¹⁷ Así, JIMÉNEZ BATISTA (2015), p. 25, considera que la selección de los trabajadores afectados por el despido es una facultad empresarial, por lo que considera que es suficiente con explicar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en las que se fundamenta el despido, sin necesidad de explicar la razón por la que se ha seleccionado a un trabajador y no a otro.

22 de abril de 2014 (rec. 2121/2013), en las que el Tribunal considera que se respetaron los criterios objetivos pactados durante el período de consultas, y además destaca que los representantes de los trabajadores conocían dichos criterios, por lo que es razonable suponer que los trabajadores tenían también conocimiento de los mismos.

Ante la disparidad de pronunciamientos, la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014), dictada por el Pleno de la Sala, trató de unificar criterios, concluyendo que no era necesaria la inclusión de los criterios de selección del trabajador afectado en su carta de despido.⁸¹⁸ El Tribunal incide en el hecho de que los criterios, a pesar de su complejidad y de que podían prestarse a un cierto subjetivismo, fueron acordados entre la empresa y la representación de los trabajadores, lo que determina que la empresa estaba “expresamente facultada” para seleccionar a los trabajadores de acuerdo con dichos criterios, por lo que no cabía alegar falta de información en la carta individual de despido. La sentencia se apoya en la ya citada STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1891/2013), que señala que “aunque [la carta] podría haber sido más explícita e ilustrativa de los criterios concretos que se aplicaron a la demandante para su inclusión en la relación de afectados, lo cierto es que se siguieron los criterios objetivos previstos en el acuerdo, que esos criterios eran conocidos por los representantes de los trabajadores y que es razonable suponer [...] que el personal conocía los términos del acuerdo”, y vuelve a incidir en el hecho de que el trabajador afectado no ha discutido la aplicación de los criterios de selección previstos en el acuerdo. Por su parte, y con referencia a la STSJ

⁸¹⁸ La carta de despido, en el marco de un procedimiento de despido colectivo llevado a cabo en Bankia, señalaba lo siguiente: “Como consecuencia del referido proceso de negociación, con fecha [...] se ha suscrito con casi la totalidad de la representación de los trabajadores de Bankia un acuerdo para la reestructuración de Bankia que prevé la adopción de diferentes medidas, entre ellas la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas hasta un máximo de 4.500 empleados. Asimismo, dicho acuerdo establece la aplicación de un conjunto de criterios a la hora de determinar aquellos trabajadores que resulten afectados como consecuencia del proceso de reestructuración. En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo. De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día [...].” El Tribunal admite que el escrito podría haber sido “más completo”, pero se centra en el hecho de que los trabajadores demandantes no alegaron la arbitrariedad en la selección, la vulneración de derechos fundamentales, o el incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia, sino que su denuncia se centraba únicamente en la falta de información relativa a la puntuación obtenida en la correspondiente evaluación, de modo que consideraban que ello les generaba indefensión de cara a una eventual impugnación individual.

Madrid de 22 de abril de 2014 (rec. 2121/2013), señala que “no existe precepto alguno que imponga la obligación a la empresa de expresar qué concretas razones han determinado la elección del trabajador afectado”.

En definitiva, la posición de la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014), en línea con la STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1891/2013), y STSJ Madrid de 22 de abril de 2014 (rec. 2121/2013), es que “la empresa debe realizar la explicitación del criterio de selección en orden a evitar la tacha de arbitrariedad o desviación, pero basta una determinación de sus criterios generales siempre que posibiliten su identificación, máxime cuando se está en condiciones de conocerlos al ser consecuencia de un ERE que los detalla”.

A pesar de todo, la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014) cuenta con un voto particular suscrito por dos magistrados y al que se adhieren cinco más, que rechaza dicha interpretación y considera que “aunque no sea precisa una pormenorización exhaustiva [de los criterios de selección en la carta], sí es necesario un relato suficientemente claro y expresivo que impida la indefensión del demandante, indicando, con base en el Acuerdo, cuáles son las razones por las que se ha elegido a aquél, sin que sea suficiente reflejar el criterio general de valoración que ya debe conocer el trabajador”.

En el mismo sentido flexibilizador que la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014) se ha expresado la STSJ Madrid de 22 de enero de 2015 (rec. 527/2014), que incide de nuevo en el hecho de que no existe ningún precepto legal que imponga a la empresa la obligación de informar sobre las concretas razones que la han llevado a seleccionar a un trabajador y no a otro, cuando lo cierto es que el art. 53 ET sólo exige la expresión de la “causa”.⁸¹⁹ En definitiva, la postura flexible sobre el contenido de la carta de despido sólo admite que el trabajador afectado alegue la posible inaplicación de los criterios acordados, o la aplicación incorrecta de los mismos, así como otras infracciones como pueden ser la vulneración de derechos fundamentales o la existencia de indicios de discriminación, el incumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia, etc., pero no la insuficiencia de la carta de despido por no detallar los criterios y su aplicación.

Por su parte, la STSJ Illes Balears de 11 de febrero de 2015 (rec. 430/2014) señala que los criterios de selección no forman parte del “contenido mínimo” de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo, sino que dichos criterios deben incluirse en el eventual acuerdo alcanzado tras el período de consultas o, en su

⁸¹⁹ En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTSJ Navarra de 8 de octubre de 2014 (rec. 396/2014); Comunitat Valenciana de 9 de septiembre de 2015 (rec. 1816/2015); y Cataluña de 30 de noviembre de 2015 (rec. 5191/2015).

ausencia, en la decisión final empresarial, por lo que basta que en la carta de despido se haga una “remisión” al mismo.⁸²⁰ Ahora bien, el Tribunal matiza que ello siempre que en el acuerdo alcanzado en período de consultas o en la decisión de despido colectivo se incluyan dichos criterios en cumplimiento del requisito de suficiencia que analizo en el Capítulo III.

Una síntesis de dicha postura flexible se encuentra en la STSJ Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2015 (rec. 1581/2015), que viene a señalar que la “expresión de la causa” en la carta de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo incluye los criterios de selección, pero no exige una “comunicación exhaustiva de la ficha de evaluación personal” del trabajador afectado, sino que “basta con que provea de elementos suficientes para que el trabajador tenga un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los criterios por los ha sido seleccionado”. En definitiva, la Sentencia señala que no es necesario la concreción de los criterios de selección del trabajador ni explicar las razones de la designación del mismo. A este respecto, sólo añade como excepción el hecho de que se afecten las reglas de prioridad de permanencia, en cuyo caso sí que es necesario explicar las razones de la afectación, tal y como se estudia en el Epígrafe 3.4 del Capítulo IV.

Algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo también han sostenido la interpretación flexible sobre el contenido de la carta de despido. En este sentido, la STS de 2 de junio de 2014 (rec. 2534/2013), asunto Capgemini, consideró suficiente que en la carta de despido se hiciese una mera remisión al acuerdo alcanzado en período de consultas, en el que se habían pactado los criterios.⁸²¹ A diferencia de otros supuestos comentados, en el asunto Capgemini la carta de despido ni siquiera hacía mención a los criterios, sino que se remitía al (“de conformidad con”) acuerdo que se había alcanzado en el período de consultas. El Tribunal considera que la plantilla había sido debidamente informada del contenido del acuerdo, a través de sucesivas reuniones con sus representantes a lo largo del proceso negociador, incluso convocándoles a una votación para ratificar el acuerdo, por lo que estima que el contenido de la carta era suficiente.⁸²²

⁸²⁰ En el mismo sentido se han pronunciado las SSTSJ Islas Canarias de 29 de junio de 2015 (rec. 436/2015); y de 10 de marzo de 2015 (rec. 426/2014).

⁸²¹ La carta de despido rezaba lo siguiente: “Por medio de la presente, esta Dirección le comunica la extinción de su contrato de trabajo con fecha de efectos del próximo 9 de abril de 2012, de conformidad con el Acuerdo alcanzado con las Secciones Sindicales dentro del Expediente de Regulación de Empleo presentado ante la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.”

⁸²² AZAGRA SOLANO (2016), p. 545, señala que con esta Sentencia, el Tribunal Supremo asume una postura flexible en relación al contenido de la carta de despido, y no sólo con respecto a la expresión de los criterios de selección, sino también con respecto al resto de datos de la carta, en particular la causa del despido, ya

Esta postura ha sido objeto de una importante aclaración a través de la STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013), asunto Agencia Pedro Laín Entralgo, en la que se hace referencia a la necesidad de que el contenido de la carta de despido se integre con la documentación que la acompañe. Adopta, pues, una postura favorable a la suficiencia contextualizada de la carta.⁸²³ Así, la Sentencia señala que “el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza”, por lo que su contenido debe ser integrado con la documentación que se acompaña a la carta, que en el asunto tratado la práctica totalidad de la documentación e informes del procedimiento de despido colectivo, en formato electrónico.⁸²⁴ Sobre ello, cabe señalar que resulta discutible la utilidad de dicha información, debido a su enorme complejidad y volumen, de suerte que hacen al trabajador prácticamente imposible extraer conclusiones sobre su afectación en el despido.

Es destacable citar la STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014), que consideró que el contenido de la carta de despido no era suficiente, pues hacía una remisión al contenido del acuerdo alcanzado en período de consultas, pero no transcribía el contenido de dicho acuerdo ni adjuntaba la documentación relativa al mismo.⁸²⁵ La carta tenía un contenido absolutamente genérico, por lo que no era posible apreciar la suficiencia del mismo, ya que en la carta de despido faltaban “los datos mínimos exigibles en la descripción de ‘la causa’ que lo motiva”.⁸²⁶ Por lo tanto, la mera remisión al acuerdo suscrito sólo puede ser válida si se dan especiales circunstancias (reuniones informativas con los trabajadores) o si la remisión puede ser debidamente integrada mediante documentación aportada al efecto.

que, como se ha podido observar, la carta se remitía únicamente al acuerdo alcanzado en período de consultas, sin mayor concreción.

⁸²³ Sobre ello, AZAGRA SOLANO (2016), p. 545.

⁸²⁴ Dicha documentación se refería a la relación definitiva de trabajadores afectados, al informe de los órganos administrativos correspondientes al caso, las medidas sociales de acompañamiento, el plan de recolocación externa, e incluso las copias de las actas de las reuniones mantenidas durante el período de consultas, así como la llamada “documentación fin del período de consultas”.

⁸²⁵ En la ya citada STS de 2 de junio de 2014 (rec. 2534/2013), el Tribunal apreció suficiente el contenido de la carta de despido que meramente hacía una remisión al acuerdo alcanzado durante el período de consultas, pero considera que concurrían “especiales circunstancias que permiten integrar el contenido de la carta de despido”, ya que los representantes habían celebrado numerosas reuniones con los trabajadores para informarles del contenido del acuerdo.

⁸²⁶ La carta señalaba: “de acuerdo con lo expuesto en el acta de la reunión final con acuerdo entre la representación de la empresa y los trabajadores realizada el pasado día [...]”, y “estudiado el expediente por los representantes de los trabajadores y analizadas las causas expuestas por la empresa causantes del mismo [...]”.

Ahora bien, el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido de la carta de despido, en relación con los criterios de selección del trabajador afectado, en aquellos despidos objetivos de carácter individual o plural del art. 52 c) ET. Tal ha sido el caso de la STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 1681/2014), que viene a señalar que, ya que es facultad del empresario decidir, ante una pluralidad de trabajadores potencialmente afectados, cuál de ellos será efectivamente despedido, dicha facultad no puede ser objeto de control judicial, y en definitiva, no cabe exigir a la empresa más allá que los requisitos que para la carta de despido exige el art. 53.1 ET, es decir, principalmente la expresión de la causa. En consecuencia, considera que no es necesario incluir en la carta las razones por las que el trabajador despedido se ha visto afectado en lugar de otros. Dicha Sentencia cuenta, no obstante, con dos votos particulares, uno de los cuales⁸²⁷ defiende que la carta de despido debe incluir los criterios de selección, también en despido objetivos individuales o plurales, a fin de que los trabajadores afectados los conozcan y el juzgador los pueda someter a control.

1.2.3.- La doctrina Bankia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha unificado la doctrina respecto al contenido de la carta individual de despido derivado de procedimiento de despido colectivo a través de la conocida doctrina Bankia, contenida en la STS de 8 de marzo de 2016 (rec. 832/2015), asunto Bankia, y en la STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014), asunto Bankia (Pleno), ésta última dictada por el Pleno de la Sala Cuarta. Dicha Sentencia ha supuesto el “espaldarazo definitivo”⁸²⁸ a la interpretación flexible en torno al contenido de la carta de despido, en el sentido que no es necesario reproducir en la carta de despido los criterios de selección para determinar la afectación del trabajador finalmente despedido.⁸²⁹

⁸²⁷ Formulado conjuntamente por los Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Viroles Piñol y Don Jordi Agustí Julià.

⁸²⁸ AZAGRA SOLANO (2016), p. 550-552. Puede leerse un comentario crítico a la sentencia en ROJO TORRECILLA (2016a).

⁸²⁹ Las cartas de despido en el asunto Bankia eran todas del siguiente tenor literal: “Como consecuencia del referido proceso de negociación con fecha 8 de febrero de 2013 se ha suscrito con casi la totalidad de la representación de los trabajadores de Bankia un acuerdo para la reestructuración de Bankia, que prevé la adopción de diferentes medidas, entre ellas la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas hasta un máximo de 4.500 empleados.- Asimismo, dicho acuerdo establece la aplicación de un conjunto de criterios a la hora de determinar aquellos trabajadores que resulten afectados como consecuencia del proceso de reestructuración. En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter

El Tribunal Supremo comienza su argumentación recordando que con carácter previo a la Ley 3/2012, de 6 de julio, la regulación del despido colectivo no exigía la notificación individual a los trabajadores afectados, por lo que la doctrina no entendía aplicable al despido colectivo las exigencias que el art. 53.1 ET contemplaba para los despidos objetivos, pues se trataba de medidas distintas. Ahora bien, con la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, el art. 51.4 ET señala expresamente que el empresario podrá notificar a los afectados la decisión, de conformidad con lo previsto en el art. 53.1 ET, que exige que al trabajador se le comunique la “causa” del despido. Pues bien, en la STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) se señala que “causa” debe entenderse en el sentido de causa económica, técnica, organizativa o de producción que da lugar al despido.

Por su parte, el Tribunal Supremo incide en la diferencia procedimental entre el despido colectivo y el despido objetivo. Así, destaca la importancia del procedimiento negociador en el despido colectivo, de suerte que dicha negociación va a condicionar necesariamente las formalidades en cuanto a la comunicación del cese. Si en el despido objetivo, derivado de una decisión unilateral del empresario, se hace necesaria la comunicación y expresión de la causa, en el despido colectivo, en cambio, “aquella necesidad de formal comunicación de la causa al trabajador afectado queda atemperada precisamente por la existencia de la propia negociación”, por lo que es necesario “conectar” lo acontecido durante el período de consultas con el contenido de la carta de despido. En consecuencia, considera que no cabe hacer el “injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo”.

En definitiva, para el Tribunal Supremo resulta innecesario la inclusión o reproducción en la carta de despido de los criterios de selección pactados durante el período de consultas, así como la aplicación de los mismos a los trabajadores afectados. Es decir, el TS distingue entre la inclusión o reproducción de los criterios de selección en sí, y por otro lado la aplicación concreta (o explicación) de los mismos a los concretos trabajadores afectados, para concluir en ambos casos que no son necesarios.

En primer lugar, por lo que respecta a la innecesaria inclusión o reproducción de los criterios de selección, el Tribunal acude a un argumento estrictamente legal, según el cual,

general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo.- De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 11 de mayo de 2013.”

del tenor literal de los preceptos en cuestión no se deduce la obligación de incluir los criterios de selección en la carta de despido. Así, ni el art. 53.1 ET ni el art. 51.4 ET hacen ninguna referencia que vaya más allá de la causa, y el propio art. 122.1 LRJS se refiere a la necesidad por parte de la empresa de acreditar la “causa legal”. Por otro lado, el Tribunal se refiere, desde una óptica finalista, al formalismo innecesario que supondría incluir los criterios de selección en la carta de despido, cuando lo cierto es que los representantes de los trabajadores los han negociado en el período de consultas y cabe entender que los trabajadores los conocen en virtud del principio de mandato representativo. Finalmente, el Tribunal alega razones de carácter práctico que hacen irrazonable hacer constar la “prolija” relación de criterios de selección propios de un despido colectivo en grandes empresas, lo que podría hacer la extensión de la carta desmesurada.

Por otro lado, en relación a la no concreción de la aplicación de los criterios a los trabajadores afectados, se refiere a los argumentos ya esgrimidos, pero también a otros, como que incluir dicho extremo “supondría no sólo relatar la valoración individual del concreto trabajador notificado, sino también la de sus restantes compañeros con los que precisamente habría de realizarse el juicio de comparación”, lo que lleva de nuevo al argumento de la extensión desmesurada de la carta. Finalmente, el Tribunal se refiere a la hipotética indefensión del trabajador, respecto de lo que señala que, si el mismo considera que los criterios de selección no son acordes a lo que establece la ley o no han sido debidamente aplicados, entonces puede acudir a los actos previos y diligencias preliminares de los arts. 76 y 77 LRJS, y art. 256 LEC, así como la solicitud de aportación documental.

En definitiva, para el Tribunal Supremo, la carta de despido debe expresar la “causa motivadora” del mismo, entendida como causa económica, técnica, organizativa o de producción, siendo además posible su contextualización con lo acontecido en el período de consultas. En consecuencia, los criterios de selección y la aplicación de los mismos al trabajador considerado, no deben constar en la carta de despido, y sólo cobrarán protagonismo en el supuesto de que un trabajador impugne mediante demanda los propios criterios o su aplicación, para lo cual puede servirse de los actos preparatorios, las diligencias previas, o la solicitud de aportación documental.

Otra cuestión que se plantea es la de la innecesaria inclusión en la carta de los baremos, evaluaciones, nota de corte, puntuación o similar, obtenida por cada trabajador en aquellos procedimientos de despido colectivo en los que se recurra a criterios basados en la evaluación de distintos aspectos como el rendimiento, las competencias, etc. La

comentada STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) reitera el carácter innecesario de dichos extremos, ya que pueden obtenerse procesalmente mediante los mecanismos que prevé la LRJS y que se han señalado, además de no resultar creíble que los trabajadores no los conociesen, máxime cuando se trataba de un despido con una importante repercusión social.⁸³⁰

En suma, la STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) considera innecesaria en la carta individual de despido “la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones”, así como “la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados”.

La STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) cuenta con un voto particular discrepante⁸³¹ en el que se sostiene que el órgano juzgador no va a poder controlar la elección del concreto trabajador despedido si los criterios de selección no constan en la carta de despido. Entienden los Magistrados discrepantes que no es posible considerar cumplidas las obligaciones formales de la carta de despido cuando la misma ha sido enviada con exactamente el mismo texto a todos los trabajadores afectados, por lo que es imposible que conozcan cuál es el motivo por el que han sido despedidos, caso en el que la carta de despido pierde cualquier utilidad.⁸³²

1.2.4.- Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo e incidencia de la doctrina Porrás Guisado

⁸³⁰ La STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) trae causa de la STSJ Madrid de 9 de abril de 2014 (rec. 1905/2013), que anula.

⁸³¹ Suscrito por los Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Virolés Piñol y Don Jordi Agustí Julià.

⁸³² AZAGRA SOLANO (2016), p. 552, señala que el voto particular considera la postura sostenida por la STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) como un “importante retroceso en las facultades de control judicial”. Los Magistrados discrepantes discuten cada uno de los argumentos planteados por la mayoría de la Sala. En cualquier caso, como señala AZAGRA SOLANO (2016), p. 553, el marco normativo existente ha dado lugar a “situaciones ciertamente anómalas”, como aquellas en las que, pese a existir un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores sobre el despido colectivo, las extinciones individuales pueden declararse improcedentes por incumplimiento de los requisitos formales en la notificación individual de despido. El mismo autor, en p. 556, considera que “no parece descabellado” que la notificación individual de despido incluya los “datos y circunstancias que, en aplicación de los criterios de selección acordados”, permiten la afectación del concreto trabajador despedido, y no se limite únicamente a expresar la causa económica, técnica, organizativa o de la producción determinante del despido colectivo, ya que esa es la única forma de conocer si la empresa ha aplicado convenientemente los criterios de selección acordados con los representantes.

Tras la STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014), asunto Bankia, se han sucedido varios pronunciamientos en la misma materia. Así, cabe citar las SSTs de 12 de septiembre de 2017 (rec. 3683/2015); de 24 de enero de 2018 (rec. 413/2016); de 8 de febrero de 2018 (rec. 760/2016); de 27 de febrero 2018 (rec. 3220/2015) y (rec. 3936/2015); de 8 de marzo de 2018 (rec. 360/2016); de 4 de abril de 2018 (rec. 1354/2016); de 16 de abril de 2018 (rec. 1796/2016); de 18 de mayo de 2018 (rec. 2843/2016); de 11 de julio de 2018 (rec. 1758/2016); y de 12 de julio de 2018 (rec. 3611/2016). Todas ellas mantienen la doctrina sentada en el caso Bankia, en la que se efectúa una interpretación finalista a este tipo de exigencias formales, por lo que no se exige expresar en la carta de despido ni los criterios de selección ni la razón de la concreta afectación del trabajador en cuestión.⁸³³ Por ello, la omisión de tales extremos en la carta de despido no da lugar a la declaración de improcedencia.⁸³⁴

La reflexión que planteo sobre esta cuestión es que la capacidad del trabajador de conocer su concreta afectación dependerá del nivel de objetividad y precisión del criterio o criterios empleados, así como de si existen uno o varios criterios a aplicar que hagan la selección de afectados medianamente compleja. Como consecuencia de todo ello, me muestro crítico con la presente doctrina, ya que negar la expresión de los criterios de selección en la carta de despido impide al trabajador en concreto conocer las razones de su afectación. Piénsese por ejemplo en criterios evaluables a través de una baremación, lo que implica que, con independencia de la libre facultad del empresario de escoger a los afectados, el trabajador tenga derecho a conocer los resultados de la misma, ni que sea someramente. Acudir a argumentos relativos a la labor de comunicación que deben realizar los representantes con sus representados en función de su mandato, no parece ser suficientemente convincente, al menos para un sector doctrinal y para los magistrados que formularon voto particular discrepante en el asunto Bankia.

En este sentido, cabe plantear un debate sobre la inadecuación del art. 53 ET, que está pensado para los despidos objetivos, con respecto a los despidos derivados de procedimiento colectivo, por lo que sería interesante debatir sobre la necesidad de aprobar un precepto específico sobre notificación del despido derivado de procedimiento colectivo. Además, dicha propuesta no puede desmarcarse de la reflexión en torno al significado de “causa”, que evidentemente debe incluir la causa remota y también la causa inmediata o próxima del despido, que en este caso no es sino los criterios de selección.

⁸³³ Vid .BLASCO PELLICER, TALÉNS VISCONTI (2018), p. 213-214.

⁸³⁴ SEMPERE NAVARRO (2016), p. 683; y CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016), p. 157.

De hecho, la doctrina Bankia se muestra inapropiada cuando entre los afectados se encuentran determinados colectivos de trabajadores especialmente vulnerables, y en particular me refiero al colectivo de trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia o similar. En esta línea, y como ya se ha anticipado en el Capítulo IV, el TJUE dictó una relevante sentencia en el asunto *Porras Guisado*,⁸³⁵ que se refiere en particular al contenido de la carta de despido cuando resulte afectada por el despido colectivo una trabajadora que se encuentre en estas circunstancias.

La STJUE 22 de febrero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:99], asunto *Porras Guisado*, lo expresa con claridad: “corresponde al empresario indicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”, y ello porque sólo así podrá el empresario enervar la declaración de nulidad, mediante la aportación de unos criterios claros y objetivos que han afectado a la trabajadora embarazada por razones ajenas a su estado. En esa línea se manifestó el tribunal de origen de la cuestión prejudicial, en la STSJ Cataluña de 26 de abril de 2018 (rec. 3002/2015), y validando la procedencia del despido por suficiencia de la carta.⁸³⁶

Pues bien, como consecuencia del pronunciamiento del TJUE, el Tribunal Supremo ha terminado “matizando” la doctrina Bankia, a través de la STS de 20 de julio de 2018 (rec. 2708/2016).⁸³⁷ Dicha sentencia, en línea con la doctrina *Porras Guisado*, exige que en la carta de despido de la trabajadora embarazada se explique el criterio seguido (obviamente objetivo y no atinente al estado de la trabajadora) para su afectación, a fin de que conozca las razones que han determinado el despido por una causa (económica, técnica, organizativa o de producción) ajena a su embarazo.⁸³⁸

⁸³⁵ STJUE 22 de febrero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:99], asunto *Porras Guisado*.

⁸³⁶ El contenido de la carta de despido rezaba como sigue: “En este sentido como resultado del proceso de valoración realizado en la entidad, que fue tratado en el período de consultas, siendo un elemento relevante para la adopción del Acuerdo de 08/02/13, del que fue incorporado como parte del mismo, su valoración es de 6 puntos, que se encuentra entre las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, en la que Ud. presta servicios. Por todo ello, en aplicación de los criterios de afectación expuestos y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 10/12/13.”

⁸³⁷ ROJO TORRECILLA (2018), en su comentario a la STS de 20 de julio de 2018 (rec. 2708/2016), señala que, a su modo de ver, dicha sentencia retoca la doctrina Bankia, pues “mantiene la protección reforzada para la trabajadora embarazada en punto a la obligación de justificar la empresa las razones que justifican la extinción”.

⁸³⁸ En el caso en cuestión, se declaró la nulidad del despido, pues la carta hacía referencia a que su afectación se debía “a las nuevas responsabilidades de acuerdo con la nueva estructura necesaria en la fábrica”, una información claramente insuficiente.

En definitiva, el Tribunal Supremo mantiene, en general, la doctrina Bankia sobre la no necesidad de incluir en la carta de despido los criterios de selección y los motivos de concreta afectación, pero lo matiza con la doctrina Porras Guisado aplicada al colectivo de las trabajadoras embarazadas, a fin de evitar la nulidad.⁸³⁹ Esta cuestión viene reforzada además por la reciente reforma del art. 53.4 ET, a través del RDL 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; el cual, además de extender la protección post embarazo de los 9 a los 12 meses, incorpora con mayor énfasis la previsión relativa a que “para considerarse [la extinción] procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”. No cabe duda de que dicho requisito sólo puede cumplirse mediante la incorporación en la carta de despido de los criterios de selección y un razonamiento de la concreta afectación de la trabajadora embarazada.

1.3.- Breve referencia a otra formalidad: entrega de la copia de la carta de despido a los representantes legales de los trabajadores

Cabe referirse a otra formalidad mucho menos importante y que, por tanto, ha sido mucho menos discutida por la doctrina y que ya ha sido resuelta por los tribunales. Se trata de la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes legales de los trabajadores, una obligación prevista para el despido objetivo por causas empresariales en el art. 53.1 c) ET.⁸⁴⁰

El Tribunal Supremo ha rechazado claramente la aplicación en el despido colectivo del requisito previsto en el art. 53.1 ET referido a la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes legales de los trabajadores. La STS de 8 de marzo de 2016 (rec. 832/2015) establece que el requisito de entrega de la copia de la carta de despido a la representación de los trabajadores se circunscribe únicamente a los supuestos de despido objetivo del art. 52 c) ET, y ello precisamente porque dichas formalidades previstas para el despido objetivo “no se trasladan de manera absoluta” al despido colectivo, sino que

⁸³⁹ Desde mi punto de vista, dicha doctrina más garantista debe aplicarse también en supuestos de afectación de otros trabajadores cuyo despido pueda ser determinante de nulidad por alguna causa de discriminación o nulidad objetiva, a fin de que el empresario acredite las razones objetivas y ajenas a la situación del trabajador que motivan la extinción de su contrato.

⁸⁴⁰ El art. 53.1 c) ET señala: “[...] En el supuesto contemplado en el artículo 52 c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.”

en este último caso hay distintos “matices” a tener en cuenta.⁸⁴¹ Por lo tanto, la conclusión es que en los despidos colectivos no es necesario remitir copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores.⁸⁴²

La STS de 16 de marzo de 2016 (rec. 832/2015) se pronuncia en la misma línea, señalando que en las extinciones derivadas de un despido colectivo no se requiere la entrega de la copia de la carta a la representación de los trabajadores, por lo que su no entrega no da lugar a la declaración de improcedencia del despido.⁸⁴³ En el mismo sentido se ha pronunciado la STS de 7 de febrero 2018 (rec. 1899/2016); así como las SSTS de 18 de enero 2018 (rec. 2180/2015); y de 11 de octubre 2017 (rec. 861/2015).

Los argumentos para defender la innecesaria entrega a los representantes de la copia de la carta de despido son de distinta índole. Además de la literalidad del precepto, que se limita a los supuestos del art. 52 c) ET, también prima una interpretación finalista de la exigencia de entregar copia de dicha carta, que no es otra que informar a los representantes de la decisión empresarial. Pues bien, precisamente en el contexto del despido colectivo, los representantes entablan una negociación con el empresario en el marco del período de consultas, por lo que, en consecuencia, ya son conocedores de las medidas que quiere adoptar la empresa. Además, los representantes de los trabajadores son conocedores de estas medidas no sólo en el supuesto que se alcance un acuerdo en el período de consultas, sino también en ausencia del mismo, pues en todo caso el empresario debe comunicarles la decisión final ex art. 51.2 ET.⁸⁴⁴

En conclusión, los argumentos señalados son contundentes, y se trata de una cuestión ya resuelta por el Tribunal Supremo. En consecuencia, en los despidos colectivos no es necesaria la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, pues se trata de una formalidad contemplada expresamente para los despidos

⁸⁴¹ La STS de 30 de marzo de 2016 (rec. 2797/2014) también circunscribe dicha formalidad exclusivamente al despido objetivo. Señala que el tenor literal del art. 53.1 ET es claro, pues se refiere “en el supuesto contemplado en el artículo 52 c)”. Sobre dicha sentencia puede leerse un comentario en ROJO TORRECILLA (2016b). En la misma línea se han pronunciado las SSTS de 20 de diciembre de 2016 (rec. 964/2015), de 21 de diciembre de 2016 (rec. 52/2015), de 22 de marzo de 2017 (rec. 1487/2015), de 5 de mayo de 2017 (rec. 2596/2015).

⁸⁴² Anteriormente, el TS había mantenido una postura opuesta. Así, por ejemplo, la STS de 18 de abril de 2007 (rec. 4781/2005), que señalaba la obligación de cumplir con la formalidad del art. 53.1 ET relativa a entregar copia del preaviso a los representantes de los trabajadores, es decir, entregar copia de la comunicación de cese o carta de despido, so pena de declararse improcedente la extinción.

⁸⁴³ Sobre esta cuestión, SEMPERE NAVARRO (2016), p. 684. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. 2097/2015); STS de 7 de abril de 2017 (rec. 1580/2015); y STS de 7 de febrero de 2018 (rec. 1899/2016).

⁸⁴⁴ Así lo señala BLASCO PELLICER, TALÉNS VISCONTI (2018), p. 207.

objetivos del art. 52 c) ET, y los propios representantes ya son conocedores bien de la decisión empresarial o bien del acuerdo suscrito por ellos mismos con la empresa.

2.- IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DEL DESPIDO COLECTIVO: EL CONTROL JUDICIAL

El art. 51.6 ET prevé la posibilidad de impugnar judicialmente el despido colectivo conforme a la modalidad procesal de despido colectivo prevista en el art. 124 LRJS. Así, concluida la fase colectiva del despido colectivo, los representantes de los trabajadores pueden impugnar la decisión empresarial de despido, como más adelante se analiza. Por su parte, finalizada la fase individual del despido colectivo, en la que el empresario notifica individualmente a los trabajadores afectados, dichos trabajadores también podrán impugnar individualmente su despido, con las particularidades que más adelante también se analizan. Se trata, pues, de la fase de control del despido colectivo, más en concreto de control judicial, llevado a cabo por parte de los tribunales, que tienen que determinar si el despido colectivo en general, y los criterios de selección y su aplicación en particular, se ajustan a lo señalado en el ordenamiento jurídico. La cuestión plantea numerosos interrogantes, pues el carácter de libre facultad empresarial de que goza la determinación y aplicación de los criterios de selección plantea la duda de hasta qué punto es posible un control judicial sobre la materia, y con qué parámetros. En este punto, es evidente que el control judicial se encargará también de controlar que el ejercicio de dicha facultad respeta los límites que prevé el ordenamiento jurídico, tanto los generales como los específicos relativos a los criterios de selección, como es el respeto a las reglas de prioridad de permanencia.

2.1.- Problemática en torno a la impugnación previa a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y a la reforma laboral de 2012

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y la reforma laboral de 2012, la impugnación de los despidos colectivos y, en particular, de la aplicación de los criterios de selección de los trabajadores

afectados, resultaba una cuestión compleja que suscitó numerosos problemas interpretativos.⁸⁴⁵

En primer lugar, la legislación no concretaba mayores detalles sobre la impugnación de los despidos colectivos, por lo que surgían dudas sobre cuál era el orden jurisdiccional competente para resolver las controversias relativas a la designación de unos trabajadores frente a otros.⁸⁴⁶

La doctrina clásica entendía que la competencia de las impugnaciones relativas a la selección de los trabajadores correspondía en todo caso al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción.⁸⁴⁷ Así lo entendía el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y posteriormente la Sala de Conflictos de Competencia del TS, que consideraba que la revisión de la afectación de unos trabajadores u otros afectaba no sólo a dichos trabajadores, sino también al alcance de las causas motivadoras de la autorización administrativa.⁸⁴⁸ Así lo confirmó posteriormente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se consideró incompetente para conocer de las pretensiones relativas a la inclusión de un trabajador en el listado de afectados contenido en la autorización administrativa.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ Sobre la cuestión, vid. ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 320-323; BLASCO PELLICER (2009), p. 396 y ss.; NORES TORRES (2005b); AGUSTÍ MARAGALL (1999); OLMEDA FREIRE (2000); y OLMEDA FREIRE (2004), p. 2820-2821.

⁸⁴⁶ El art. 124 del derogado Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RDLEG 2/1995, de 7 de abril (BOE 11/04/1995) tan sólo preveía la declaración de nulidad del despido colectivo realizado sin la preceptiva autorización administrativa.

⁸⁴⁷ Vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 397. En contra, sin embargo, algunos autores entendían que los litigios que versasen sobre la selección de los trabajadores afectados debían ser conocidos, únicamente, por la jurisdicción social. Así, MARÍN CORREA (1993), p. 771; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (1993).

⁸⁴⁸ En este sentido, STCJ de 26 de diciembre de 1988 (RJ 10314), con votos particulares discrepantes, y STCJ de 25 de junio de 1996 (RJ 4979).

⁸⁴⁹ Así, STS de 18 de enero de 1999 (rec. 2254/1998), y STSJ Cataluña de 8 de julio de 2002 (rec. 3578/2002). En cambio, sobre la apreciación de los vicios de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, de conformidad con el art. 51.5 ET en la redacción entonces dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el orden jurisdiccional competente para conocer de la impugnación planteada por los trabajadores afectados era el social, tal y como señala la STS (3ª) de 14 de marzo de 1986 (RJ 1088). Así lo ha señalado GARCÍA BLASCO (1993), p. 58, con cita en GOERLICH PESET (1994b), p. 157, al señalar que “los trabajadores afectados [...] por el acuerdo pueden interponer la acción de nulidad correspondiente ante la Jurisdicción social si estiman que éste fue concertado concurriendo algunos de los vicios mencionados” en la entonces vigente redacción del art. 51.5 ET, mientras que la impugnación articulada por otros motivos correspondía al orden contencioso-administrativo. Se trata, ciertamente, de unas reglas de considerable complejidad, en un panorama normativo felizmente superado por las reformas más recientes en materia laboral y procesal.

No obstante, en los años sucesivos a la aprobación del ET de 1980, la cuestión fue muy polémica. ALBIOL MONTESINOS señala que la concurrencia entre los órdenes social y contencioso-administrativo de la jurisdicción resulta “un tema que viene siendo endémico” en varias instituciones del ordenamiento laboral,⁸⁵⁰ y cita resoluciones de la Audiencia Nacional en las que se estima la competencia del orden jurisdiccional social.⁸⁵¹

Finalmente, quedó establecido que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sería el competente para conocer de la impugnación relativa a la inclusión de los trabajadores en el listado de trabajadores afectados, cuando dicho listado formara parte de la autorización administrativa.⁸⁵² En sentido contrario, si la autorización administrativa no incluía una lista nominal de trabajadores afectados, la competencia para conocer de la afectación del trabajador correspondería al orden social de la jurisdicción, dejando al orden jurisdiccional contencioso-administrativo únicamente aquellos extremos sobre los que se hubiera pronunciado la autorización administrativa.⁸⁵³

Téngase en cuenta que el RPRE de 1996, que exigía la indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, pero no la relación nominal de los mismos, así como los criterios de selección, permitía que la autoridad laboral autorizase únicamente la extinción de un determinado número de contratos, sin especificar cuáles. Por lo que la autorización administrativa podía incluir la relación nominativa de afectados, o en cambio autorizar al empresario a extinguir un número de contratos según su clasificación profesional y conforme a unos criterios de selección.⁸⁵⁴

⁸⁵⁰ ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 320.

⁸⁵¹ En este sentido, el mismo autor cita el Auto de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 1988, con referencias a las SSAN de 24 de febrero de 1986 (rec. 44635) y de 24 de enero de 1986 (rec. 43545), que apreciaban la competencia del orden jurisdiccional social, atendiendo al hecho de que la autorización administrativa no efectúa por ella misma los despidos, sino que “crea las condiciones para el ejercicio de un derecho” que, en definitiva, corresponde al empresario. Llegados a este punto, las resoluciones citadas señalan dos argumentos clave: el primero, que la “preferencia de unos trabajadores sobre otros es una cuestión que viene resuelta por las normas laborales y constituye, en consecuencia, una controversia típicamente laboral”; y el segundo, que el “hecho de que la relación de admitidos se incluya en la resolución no significa que tenga la misma naturaleza que ésta”.

⁸⁵² Auto TS (Sala Conflictos de Competencia) de 20 de diciembre de 2000 (conflicto de competencia 20/2000).

⁸⁵³ Así lo señalaron las SSTs de 17 de marzo de 1999 (rec. 2240/1998), de 5 de junio de 1999 (rec. 2237/1998), de 13 de julio de 1999 (rec. 4417/1998), y de 23 de julio de 1999 (rec. 4139/1998); y la STS (3ª) de 26 de abril de 2002 (rec. 1053/1997). También, SSTSJ Andalucía (Granada) de 7 de enero de 2004 (rec. 2528/2003), Madrid de 27 de noviembre de 2001 (rec. 3601/2001), y de 16 de enero de 2001 (rec. 4583/2000).

⁸⁵⁴ BLASCO PELLICER (2009), p. 398-399.

De este modo, se establecía una división competencial compartida y ciertamente compleja según la cual el orden jurisdiccional competente para conocer de las impugnaciones relativas a la inclusión de los trabajadores afectados venía condicionado por el contenido de la resolución administrativa autorizadora del despido: es decir, según la autorización fuese nominada o innominada.⁸⁵⁵

La doctrina se mostró crítica con esta distribución de la competencia jurisdiccional.⁸⁵⁶ Dicha configuración suponía dejar en manos del empresario y de los representantes que suscribiesen un eventual acuerdo la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las impugnaciones planteadas frente a la decisión extintiva. En este sentido, el hecho de que la autorización administrativa incluyera o no un listado nominal de trabajadores afectados, no significaba que dicho listado lo hubiera confeccionado la administración, pues a la postre la función de la autoridad laboral se limitaba a realizar un control de legalidad y de concurrencia de la causa respecto de las medidas propuestas por el empresario y, en su caso, los representantes que suscribían un eventual acuerdo.⁸⁵⁷

Un reparto competencial de tal estilo, podía conducir a situaciones absurdas, ya que el hecho de que el orden contencioso-administrativo debiera conocer de las impugnaciones en los casos en que hubiera listado nominal de afectados, podía provocar que dicho orden tuviese conocimiento de materias que son propiamente del orden jurisdiccional social. Así, cuestiones como vulneraciones del derecho fundamental a la libertad sindical, motivaciones discriminatorias en la afectación, o incluso las reglas sobre prioridad de permanencia, podían ser conocidas por el orden contencioso-administrativo si la autorización administrativa incluía el listado nominal de afectados.⁸⁵⁸

Se trataba, en suma, de un esquema competencial ciertamente problemático y que requería de una adecuación por vía normativa.

⁸⁵⁵ BLASCO PELLICER (2009), p. 400. Vid. un estudio al respecto en PÉREZ CAPITÁN (2009), p. 129-136.

⁸⁵⁶ Vid. BLASCO PELLICER (2009), p. 396 y ss.; NORES TORRES (2005b); y OLMEDA FREIRE (2004), p. 2820-2821, quien califica la solución aportada por la jurisprudencia en la materia como “íngrata labor de parcheo”.

⁸⁵⁷ BLASCO PELLICER (2009), p. 401; NORES TORRES (2000), p. 325-326; NORES TORRES (2005b), p. 88. En el mismo sentido, vid. ALBIOL MONTESINOS (1989), p. 320; y Auto de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) de 21 de marzo de 1988, y SSAN de 24 de febrero de 1986 (rec. 44635), y de 24 de enero de 1986 (rec. 43545), citadas *supra*.

⁸⁵⁸ Tal situación ocurría en la STS (3ª) de 23 de octubre de 2008 (rec. 667/2006), en la que se discutía sobre la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, en un despido cuya autorización administrativa contenía el listado nominal de afectados, entre ellos los representantes.

2.2.- La aprobación de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social

Tras la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, el control de legalidad de los despidos colectivos pasó a ser competencia exclusivamente de los juzgados y tribunales del orden social de la jurisdicción.⁸⁵⁹

La DA 15ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, encomendaba al Gobierno la aprobación de un proyecto de ley que atribuyese al orden jurisdiccional social el conocimiento de las impugnaciones de las resoluciones administrativas en materia, entre otras, de despido colectivo. Esta cuestión se materializó con la aprobación de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social, que en el art. 151 y ss. preveía una modalidad procesal relativa a la impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales, ya que cabe recordar que hasta la reforma laboral de 2012 no se suprimió la autorización administrativa en los despidos colectivos.

Con ello, quedó superada la compleja división competencial entre el orden social de la jurisdicción y el orden contencioso-administrativo, a la que se ha hecho referencia. La propia LRJS preveía expresamente en el art. 2 n) la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la “impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del ET”.⁸⁶⁰

El art. 151.11 LRJS en el momento de su aprobación regulaba los efectos de la sentencia “que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo”, señalando que la misma declarararía el derecho de los trabajadores a reincorporarse a su puesto de trabajo. Gran parte de la doctrina consideró “decepcionante” dicha regulación por la pobreza de su contenido.⁸⁶¹

2.3.- El modelo de impugnación tras la reforma laboral de 2012

El art. 51.6 ET contempla, desde el año 2012, una previsions en materia de impugnación judicial, que se caracteriza por la existencia de dos vías impugnatorias: una colectiva por parte de los representantes de los trabajadores, y una individual por parte de cada uno de

⁸⁵⁹ BLASCO PELLICER (2013), p. 101. Sobre la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social vid. RODRÍGUEZ PASTOR, ALFONSO MELLADO (2012).

⁸⁶⁰ Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 6 y 9.

⁸⁶¹ Así lo considera BLASCO PELLICER (2013), p. 101. Vid. también BLASCO PELLICER (2012c), p. 360 y ss.

los trabajadores afectados, así como la posibilidad de que la autoridad laboral impugne los acuerdos alcanzados en el período de consultas.⁸⁶²

El nuevo modelo de despido colectivo surgido tras la aprobación de la reforma laboral de 2012 hizo necesaria la creación de una nueva modalidad procesal, atendiendo al hecho de que la autorización administrativa previa a los despidos había desaparecido del ordenamiento. Por ello, tanto el RDL 3/2012 (art. 23) como la Ley 3/2012 (art. 23) incluyeron disposiciones para reformar varios aspectos de la LRJS, creando y desarrollando una nueva modalidad procesal de impugnación de despido colectivo. En este sentido, el art. 124 LRJS regula una modalidad procesal de impugnación de despido colectivo. Se trata de una modificación importante, ya que se trata de la traslación al plano procesal de las modificaciones operadas por la reforma laboral de 2012 en relación al despido colectivo. Como consecuencia de ello, la modalidad procesal de impugnación de despidos colectivos prevista en el art. 124 LRJS, tras las reformas operadas en la LRJS por el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el posterior RDL 11/2013, ha suscitado interesantes debates y ha sido ampliamente comentada por la doctrina.⁸⁶³

La reforma laboral de 2012, al suprimir la autorización administrativa previa al despido colectivo, supone el paso de un control administrativo y *ex ante* de los supuestos de regulación de empleo, a un control judicial y *ex post* previa decisión unilateral del empresario, como en el resto de supuestos de despido.⁸⁶⁴ No obstante, es cambio de modelo no ha traído consigo una mayor simplificación del control de los despidos colectivos. El modelo de impugnación judicial del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012 reviste una considerable complejidad, y está compuesto por una

⁸⁶² El art. 51.6 ET señala: “La decisión empresarial podrá impugnarse a través de las acciones previstas para este despido. La interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella.

La autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.”

⁸⁶³ Sobre esta cuestión, PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 5 y ss.; AGUSTÍ MARAGALL (2012); TASCÓN LÓPEZ (2012); TASCÓN LÓPEZ (2013); MOLERO MARAÑÓN (2012); GIL PLANA (2012c). específicamente sobre la evolución de la regulación de la LRJS y los cambios introducidos por el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el RDL11/2013, vid. SEMPERE NAVARRO (2016), p. 684-688; y BODAS MARTÍN (2012).

⁸⁶⁴ Así lo ha remarcado en la doctrina GOERLICH PESET (2012), p. 357.

“amalgama” de impugnaciones que dan lugar a no pocos problemas jurídicos y de articulación, como bien ha apreciado la doctrina.⁸⁶⁵

El modelo de impugnación judicial del despido colectivo contemplado en el art. 124 LRJS con posterioridad a la reforma laboral de 2012 contempla cuatro formas distintas de impugnación o acciones frente a la decisión empresarial.⁸⁶⁶ Dichas acciones o impugnaciones son:

- Acción de despido colectivo a instancia de los representantes legales de los trabajadores, o de los representantes sindicales que tengan implantación suficiente, contemplada en el art. 124.1 y 124.2 LRJS y art. 51.6 ET.
- Acción individual de despido a instancias del trabajador afectado, contemplada en el art. 124.13 LRJS en relación con el art. 120-123 LRJS, y cuya tramitación queda paralizada por la interposición de la demanda colectiva por los representantes de los trabajadores (art. 51.6 ET).
- Impugnación de oficio por la autoridad laboral respecto del acuerdo alcanzado en el período de consultas, de conformidad con el art. 148 b) LRJS.
- Acción declarativa a instancias del empresario, contemplada en el art. 124.3 LRJS, en ausencia de impugnación colectiva e impugnación de oficio, con la finalidad de que se declare el carácter ajustado a derecho de la decisión extintiva.

Las dos principales modalidades de impugnación, y que se corresponden con las dos fases del despido colectivo (colectiva e individual), son la modalidad de impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores, por un lado, y la modalidad de impugnación individual por parte del trabajador afectado por otro. La impugnación colectiva pretende efectuar un control sobre la legalidad de la fase colectiva del despido colectivo, mientras que la impugnación individual controla la ejecución individual de dicho despido colectivo. Las otras dos modalidades de impugnación (de oficio por la autoridad laboral y la acción declarativa empresarial) revisten un carácter subsidiario y, a pesar de algunas dudas, una naturaleza eminentemente colectiva. Las distintas

⁸⁶⁵ BLASCO PELLICER (2016), p. 559-561, quien señala que hay que estar, de manera especial, a las relaciones o articulación entre las distintas impugnaciones. La doctrina ha criticado la regulación de todas estas vías de impugnación, ya que el legislador no ha resuelto con detalle cómo se coordinan entre ellas, lo cual genera el riesgo de que, sobre un mismo procedimiento de despido colectivo, recaigan resoluciones judiciales contradictorias, como también destaca DESDENTADO BONETE (2015b), p. 804.

⁸⁶⁶ Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 7.

modalidades de impugnación dan lugar a un complejo sistema en el que la articulación de las distintas acciones no ha sido convenientemente resuelta por el legislador.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este modelo de control judicial del despido colectivo. La STS de 20 de octubre de 2013 (rec. 11/2013) ha interpretado los aspectos procesales en materia de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012.⁸⁶⁷ Así, califica el modelo de impugnación del despido colectivo como una “compleja maquinaria procesal”, en la que el legislador ha buscado dos finalidades: evitar la disparidad de resoluciones judiciales individuales en caso de que se les permitiera analizar todos los aspectos del procedimiento de despido colectivo, y simplificar el control judicial mediante un reparto competencial entre las Salas de lo Social de los TSJ (cuestiones colectivas) y los Juzgados de lo Social (cuestiones individuales).⁸⁶⁸

2.3.1.- Impugnación de oficio por la autoridad laboral⁸⁶⁹

Tras la reforma laboral de 2012, la LRJS sigue manteniendo el proceso de impugnación de oficio del art. 148 b) LRJS, que permite a la autoridad laboral impugnar los eventuales acuerdos alcanzados en período de consultas si estima que se han alcanzado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo –es decir, el SEPE o Servicio Público de Empleo Estatal–, hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera esconder la obtención indebida de prestaciones.⁸⁷⁰

⁸⁶⁷ Aunque dicha Sentencia ha sido posteriormente anulada por el Auto TS de 26 de marzo de 2014 (incidente de nulidad de actuaciones 11/2013) por incongruencia *extra petita*, la doctrina contenida sobre la reforma laboral resulta de gran interés.

⁸⁶⁸ La STS de 20 de octubre de 2013 (rec. 11/2013) señala: “La diferenciación de las vías procesales del artículo 124 LRJS se apoya en último término en la distinción de los respectivos objetos de las acciones correspondientes. La acción del artículo 124.1 LRJS [...] tiene por objeto la decisión extintiva colectiva (“despido colectivo”). La acción del actual artículo 124.13 (124.11 en el RDL 3/2012) LRJS tiene por objeto los actos subsiguientes de despido formalizados por carta que se comunican a los trabajadores despedidos.” Estas mismas reflexiones han sido también traídas a colación en las SSTSJ Madrid de 13 de enero de 2014 (rec. 1263/2013); de 17 de febrero de 2014 (rec. 1594/2013) y (rec. 1702/2013); de 24 de febrero de 2014 (rec. 1384/2013); de 14 de julio de 2014 (rec. 457/2014); de 22 de mayo de 2017 (rec. 861/2016); y Cataluña de 22 de septiembre de 2014 (rec. 33/2014).

⁸⁶⁹ Sobre esta modalidad de impugnación, vid. en la doctrina las obras de BLASCO PELLICER (2016), p. 582-585; BODAS MARTÍN (2012), p. 523; y SÁEZ LARA (2015), p. 290-293.

⁸⁷⁰ Por lo tanto, y a diferencia de lo que ocurriría con la redacción dada por el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 permite la impugnación tanto en los casos en que se haya alcanzado acuerdo, como en los casos en que no se haya alcanzado, y medie una decisión extintiva empresarial.

Se trata pues de un control que la autoridad laboral realiza de forma indirecta sobre el procedimiento de despido colectivo, una vez que ha desaparecido su anterior potestad de autorizar o no los despidos.⁸⁷¹ En los supuestos previstos en dicho precepto, la sentencia declarará la nulidad del despido colectivo.⁸⁷² La impugnación de oficio por la autoridad laboral tiene un cierto carácter subordinado a la impugnación colectiva que eventualmente puedan interponer los representantes de los trabajadores, tal y como lo demuestra el art. 124.7 LRJS, al señalar que la impugnación de oficio quedará en suspenso cuando se haya iniciado una impugnación colectiva. Por su parte, la referencia del art. 124.3 LRJS a que la acción declarativa empresarial sólo podrá plantearse cuando no haya habido impugnación colectiva ni impugnación de oficio por la autoridad laboral, viene a conferir a ésta última efectos de carácter colectivo y de cosa juzgada sobre los procesos individuales que pudieran plantearse.

Ciertamente, no es frecuente encontrar supuestos de despido colectivo en que se incurra en alguno de los vicios mencionados, pero la razón de ser de esta acción impugnatoria es que los poderes públicos se defiendan de posibles acuerdos o decisiones empresariales que puedan suponer una carga para el Estado, por ejemplo por implicar fraude a las prestaciones de desempleo. En este sentido, es necesario que la autoridad laboral aporte indicios suficientes relativos a que el acuerdo o decisión incurre en alguno de los vicios mencionados.⁸⁷³

2.3.2.- Acción declarativa a instancias del empresario

El art. 124.3 LRJS prevé la posibilidad de que el empresario interponga demanda a fin de que la decisión adoptada sea declarada ajustada a derecho, únicamente en los supuestos

⁸⁷¹ Así lo aprecia en la doctrina GOERLICH PESET (2012), p. 361. Sobre el dolo, fraude de ley, coacción o abuso de derecho, cabe citar la STS de 15 de julio de 1994 (rec. 2321/1991), que define los conceptos de dolo, coacción o intimidación, y abuso de derecho; y la STSJ Cataluña de 12 de diciembre de 2003 (rec. 2168/2002), que define el fraude de ley. Vid. Capítulo IV.

⁸⁷² Así lo entiende PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 45. El argumento principal atiende al hecho de que los supuestos de fraude de ley, abuso de derecho, dolo o coacción atentan contra los derechos fundamentales, además de que en la normativa laboral se encuentran otros supuestos de fraude a las normas procedimentales mediante acuerdo colectivo cuya sanción es también la nulidad, como el caso del art. 51.1 *in fine* ET, sobre los despidos objetivos en períodos sucesivos de 90 días, y el art. 138.7 LRJS, sobre procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada.

⁸⁷³ Así lo señala PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 275-276. La STS (3ª) de 26 de enero de 2004 (rec. 6769/2000) señala que “la concurrencia de conductas susceptibles de ser encuadradas en tales vicios del consentimiento [coacciones, dolo y abuso de derecho] no ha sido acreditada”, por lo que desestima el recurso de los representantes de los trabajadores.

en que ni los representantes legales o sindicales de los trabajadores, ni la autoridad laboral hayan impugnado el procedimiento, y transcurridos los 20 días de plazo de caducidad que los representantes tienen para impugnar.⁸⁷⁴ Se trata, pues, de una acción de carácter subsidiario o de segundo grado.⁸⁷⁵

El objetivo de esta acción declarativa introducida tras la reforma laboral de 2012 es evitar la dispersión que generarían los múltiples procesos individuales posteriores en aquellos supuestos en que no haya habido una impugnación colectiva, de modo que pueda haber un control judicial único y mayor seguridad jurídica.⁸⁷⁶ Por ello, la sentencia declarativa que se dicte tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que se insten sobre idéntico objeto o en relación con él, en el sentido del art. 160.5 LRJS en materia de conflictos colectivos.⁸⁷⁷ Es precisamente en este efecto de cosa juzgada donde se encuentra la razón de ser de la regulación de esta forma de impugnación, que no es otra que evitar que las ulteriores impugnaciones individuales entren a discutir sobre el carácter eventualmente no ajustado a derecho o nulo de la decisión empresarial, en aquellos supuestos en que no haya habido impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores ni impugnación de oficio por parte de la autoridad laboral.⁸⁷⁸

Con anterioridad a la reforma operada por el RDL 11/2013, la doctrina ha discutido acerca de si esta acción declarativa empresarial –o la planteada de oficio a instancias de la autoridad laboral– suspende el plazo de caducidad de las acciones individuales. Considero que, con independencia de la posterior aclaración vía legislativa, había que considerar

⁸⁷⁴ Aunque algunas ocasiones se la ha denominado inapropiadamente “acción de jactancia”, la mayoría de la doctrina ha admitido la legitimidad de la presente acción impugnatoria, que atiende un interés legítimo del empresario, cual es que su decisión colectiva no sea enjuiciada de modo dispar en innumerables procesos individuales en aquellos casos en que no haya sido impugnada por la vía colectiva. Así, la acción surge de un interés real y efectivo del empresario de lograr el efecto positivo de cosa juzgada respecto del despido colectivo, y así protegerse frente a futuras impugnaciones individuales, como acertadamente señalan DESDENTADO BONETE (2015b), p. 818; y BLASCO PELLICER (2016), p. 577. Por su parte, BLASCO PELLICER (2016), p. 577-582, la califica de pretensión “extraña”; PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 277, la califica de “peculiar” acción judicial; y ORELLANA CANO (2012), p. 6, la denomina “acción de convalidación del despido colectivo”. Vid. sobre esta acción GARCÍA PIÑEIRO (2012), p. 334; y SÁEZ LARA (2015), p. 293-299.

⁸⁷⁵ Así lo destacan en la doctrina BLASCO PELLICER (2016), p. 577; y BODAS MARTÍN (2012), p. 536-537.

⁸⁷⁶ Así lo aprecian BLASCO PELLICER (2013), p. 105; BLASCO PELLICER (2016), p. 581; FOLGUERA CRESPO (2015), p. 374; y TASCÓN LÓPEZ (2012), p. 24.

⁸⁷⁷ El art. 160.5 LRJS señala: “La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo.”

⁸⁷⁸ Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 7-8.

que sí, debido a la naturaleza colectiva de la acción, que la asimila al proceso de impugnación instado por los representantes de los trabajadores.⁸⁷⁹ El RDL 11/2013 resolvió las dudas, al incorporar un inciso final al art. 124.3 LRJS que señala que “la presentación de la demanda por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido”.

La doctrina entiende que la naturaleza jurídica de esta acción es la de un proceso colectivo que plantea el empresario como titular del interés general de la empresa.⁸⁸⁰ Su finalidad es, al igual que en la impugnación colectiva planteada a instancias de la representación de los trabajadores, obtener una respuesta judicial única y válida para todo el procedimiento de despido colectivo, evitando así ulteriores demandas individuales en ausencia de demanda colectiva.

2.3.3.- La modalidad procesal colectiva de impugnación del despido colectivo⁸⁸¹

El art. 124 LRJS regula la modalidad procesal de impugnación del despido colectivo, la cual está basada en los principios de celeridad, preferencia y urgencia, a fin de homogeneizar el resultado de los despidos individuales.⁸⁸²

Tras la reforma laboral de 2012 y la supresión de la antigua autorización administrativa, la decisión empresarial de despido y la comunicación de la misma a los trabajadores afectados cobra un papel de vital importancia, ya que en cierto modo viene a sustituir la anterior autorización administrativa como acto “habilitante” del despido. Como ha señalado la doctrina, constituye la “premisa ontológica” que permite la extinción de los contratos de trabajo afectados por la causa de despido. De este modo, la decisión empresarial –bien unilateral, o bien acordada con los representantes– constituye el objeto de impugnación judicial a efectos del art. 51.6 ET y art. 124 LRJS.⁸⁸³

El objeto de esta modalidad es, exclusivamente, la impugnación de la decisión colectiva adoptada por el empresario al final del procedimiento de despido. En consecuencia,

⁸⁷⁹ Esta misma postura adopta MOLERO MARAÑÓN (2012). Por el contrario, ORELLANA CANO (2012), p. 5, mostraba dudas a la hora de considerar que se suspendía el plazo de caducidad de las acciones individuales –bien es cierto que se trata de una posición expresada con anterioridad a que el RDL 11/2013 resolviera la cuestión–.

⁸⁸⁰ Así lo señala BALLESTER LAGUNA (2013), p. 138.

⁸⁸¹ Sobre esta modalidad procesal, vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 102 y ss.; BLASCO PELLICER (2016), p. 562; BODAS MARTÍN (2012), p. 508 y ss.; y LOUSADA AROCHENA, RON LATAS (2012).

⁸⁸² Así lo señala BODAS MARTÍN (2012), p. 509.

⁸⁸³ Vid. sobre esta cuestión BLASCO PELLICER (2016), p. 562-563.

ninguna cuestión atinente a la posterior fase individual del despido podrá ser objeto de esta modalidad procesal, en particular las cuestiones que se refieran a la afectación individual del trabajador en la medida extintiva. En este sentido, y así lo señala expresamente la ley, no podrán ser objeto de este proceso “las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas” (art. 124.2 LRJS *in fine*), ya que dichas impugnaciones se residencian en la modalidad individual de despido objetivo del art. 124.13 LRJS, como luego se estudiará.⁸⁸⁴

En consecuencia, el proceso de impugnación colectiva tiene una “innegable naturaleza” de conflicto colectivo.⁸⁸⁵ Ello se manifiesta en distintos aspectos: en cuanto al objeto, el proceso colectivo excluye expresamente de su objeto pretensiones de carácter individual, como la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia legal o convencionalmente establecidas (art. 124.2 LRJS); en cuanto a la legitimación, ésta se confiere únicamente a los representantes de los trabajadores y al empresario; y en cuanto a sus efectos, la tramitación del mismo producirá la suspensión de las impugnaciones individuales ya presentadas o que puedan presentarse, así como la suspensión del plazo de caducidad de las mismas (art. 124.6 LRJS). Además, la sentencia recaída en el proceso de impugnación de despido colectivo tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, de conformidad con el art. 124.13 b)-2º LRJS. En definitiva, se trata de un proceso que afecta a “intereses generales de un grupo genérico de trabajadores” y su objeto es una decisión empresarial de carácter colectivo.⁸⁸⁶

2.3.3.a)- *Motivos de impugnación por la vía del art. 124 LRJS*⁸⁸⁷

⁸⁸⁴ Así lo señaló la Audiencia Nacional en sus primeros pronunciamientos tras la reforma laboral de 2012, como por ejemplo en la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012), que señala: “Parece claro, por tanto, que la empresa no respetó, al iniciar el período de consultas, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, exigida por los arts. 51.5 y 68 b) ET [...], pero dicha infracción no constituye per se causa de nulidad del despido colectivo, puesto que el art. 124.2 LRJS dispone que en ningún caso podrán ser objeto del proceso de despido colectivo las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia, previstas legal, convencionalmente, o en el propio proceso de negociación del período de consultas, que deberán plantearse en los procedimientos individuales correspondientes.”

⁸⁸⁵ En estos términos lo señala PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 9.

⁸⁸⁶ Vid. sobre esta cuestión PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 9, y art. 153.1 LRJS sobre procesos de conflicto colectivo. Por su parte, MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 45, señala que la sentencia posee un efecto “normativo” o “cuasi normativo”.

⁸⁸⁷ Sobre ello, en más detalle, vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 44.

La demanda de impugnación del despido colectivo ex art. 124.2 LRJS puede fundarse en los siguientes motivos:

- No concurrencia de la causa legal alegada en la comunicación inicial, de conformidad con el marco causal expresado en el art. 51.1 ET.
- No realización del período de consultas o no entrega de la documentación prevista en el art. 51.2 ET. Este motivo de impugnación pretende controlar la “regularidad procedimental” de la fase colectiva del despido colectivo,⁸⁸⁸ es decir, si existen vicios en el desarrollo del período de consultas o en la documentación entregada a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral junto con la comunicación de inicio.
- Existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de la decisión extintiva, lo cual cabe entender relativo a la regularidad del acuerdo alcanzado en período de consultas.
- Vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas en la adopción de la decisión extintiva, motivo común a todas las formas de extinción del contrato.

A todo ello, el art. 124.2 LRJS añade la previsión ya señalada de que en ningún caso podrá impugnarse por vía colectiva la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia. Se trata, pues, de una modalidad procesal que permite la impugnación de todos aquellos aspectos que afecten colectivamente al procedimiento. Como se estudia en el Epígrafe 2.4, la modalidad de impugnación colectiva es la adecuada para discutir la regularidad y suficiencia de los criterios de selección pactados o adoptados por el empresario.

Por otro lado, y sobre el ámbito subjetivo del proceso, hay que tener en cuenta que el proceso de impugnación colectiva del art. 124 LRJS es también de aplicación a la extinción de contratos de trabajo del personal laboral del sector público, al cual sin ninguna duda se le aplica las normas de despido colectivo ex D.A. 16ª ET. A ese respecto, habrá que estar a las especialidades que la D.A. 16ª ET y los arts. 34-48 RPDC establecen para el despido colectivo en el sector público, como es en particular la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que haya adquirido tal condición mediante un proceso selectivo convocado al efecto basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 41 RPDC), materia estudiada en el Capítulo III.⁸⁸⁹

⁸⁸⁸ En estos términos se pronuncia BLASCO PELLICER (2013), p. 103.

⁸⁸⁹ Vid. AGUSTÍ MARAGALL (2012), p. 17.

2.3.3.b)- Otras cuestiones procesales: legitimación y competencia

Si bien no se trata aquí de estudiar en profundidad la modalidad procesal de impugnación de despido colectivo, sí que es interesante mencionar algunos aspectos que configuran esta modalidad procesal, en particular las cuestiones atinentes a la legitimación.⁸⁹⁰

Por lo que respecta a la legitimación activa, ésta corresponde a los “representantes legales o sindicales de los trabajadores”. En el caso de los representantes sindicales, la jurisprudencia les exige una implantación suficiente en el ámbito en el que se lleve a cabo el despido colectivo. Por otro lado, por representantes de los trabajadores hay que entender también la eventual comisión nombrada *ad hoc* para negociar en el período de consultas en ausencia de otra forma de representación.⁸⁹¹

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, no cabe duda de que corresponde a quien adopta la decisión de despido colectivo impugnada: el empresario. Siguiendo la misma lógica, y de acuerdo con lo establecido en el art. 124.4 LRJS, en caso de que el procedimiento de despido finalice con acuerdo, se establece un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, pues junto con el empresario habrá que demandar también a la representación de los trabajadores que haya suscrito dicho acuerdo.

En cuanto a la competencia, será competente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente cuando el despido colectivo no despliegue sus efectos más allá de ésta (art. 7 LRJS);⁸⁹² y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (art. 8.1 LRJS) cuando el despido colectivo despliegue sus efectos más allá del ámbito de una comunidad autónoma.⁸⁹³ La sentencia que se dicte será recurrible en casación ordinaria (art. 124.11 LRJS). El reparto competencial en materia de impugnación colectiva excluye, pues, a los Juzgados de lo Social (art. 6 LRJS), que en ningún caso serán competentes para el conocimiento de impugnaciones de despidos

⁸⁹⁰ Sobre legitimación activa y legitimación pasiva en el proceso de impugnación de despido colectivo, vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2016); AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 783; BODAS MARTÍN (2012), p. 524-526; y PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 29 y ss.

⁸⁹¹ Así lo señala BLASCO PELLICER (2013), p. 104, y STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012).

⁸⁹² Sobre ello, vid. AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 783; BODAS MARTÍN (2012), p. 497; y STS de 2 de julio de 2001 (rec. 3815/2000) sobre la noción de “ámbito inferior al de una comunidad autónoma”.

⁸⁹³ Sobre ello, vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 7 y 23; y BODAS MARTÍN (2012), p. 499. Sobre la competencia de la Audiencia Nacional, vid. STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2012 (proc. 31/2012), sobre la extensión de los efectos del despido colectivo a un “ámbito superior al de una comunidad autónoma”, y SAN de 25 de noviembre de 2011 (proc. 201/2011).

colectivos, reservando para su conocimiento las impugnaciones de carácter individual, según el modelo de reparto competencial configurado en la reforma laboral de 2012.

Para muchos autores, no es casual que la competencia se haya asignado a los Tribunales Superiores de Justicia.⁸⁹⁴ En este sentido, el conocimiento directamente por los TSJ con posibilidad directa de recurso de casación ordinaria ante el TS, refuerza la idea de que la intención del legislador era que los asuntos llegasen pronto a la máxima instancia jurisdiccional y se sentase jurisprudencia que clarificase la aplicación de las normas en materia de despido colectivo, contribuyendo así al propósito de una mayor objetivación de la normativa laboral en la materia.⁸⁹⁵ Se trata, en suma, de acentuar su carácter urgente y preferente, permitiendo respuestas homogéneas a los despidos.⁸⁹⁶

2.4.- Contenido de la sentencia de impugnación del despido colectivo⁸⁹⁷

El art. 124.11 LRJS regula el contenido de la sentencia de impugnación del despido colectivo en su modalidad colectiva, señalando que la misma podrá declarar el carácter ajustado a derecho, el carácter no ajustado a derecho, o el carácter nulo de la decisión empresarial extintiva.

2.4.1.- Declaración del carácter ajustado a derecho de la decisión extintiva

La sentencia declarará el carácter ajustado a derecho de la decisión extintiva cuando, habiéndose cumplido las formalidades del art. 51.2 ET, hayan quedado acreditadas las causas justificadoras del despido. Por lo tanto, tres aspectos son los relevantes en este punto: acreditar la regularidad del período de consultas, acreditar la regularidad de la entrega de la documentación pertinente, y acreditar la concurrencia de las causas invocadas.⁸⁹⁸

⁸⁹⁴ Así, GOERLICH PESET (2012), p. 356.

⁸⁹⁵ Así lo señala TASCÓN LÓPEZ (2012), p. 22, quien cree que el objetivo es la celeridad procesal y conseguir resoluciones homogéneas. Algunos autores, no obstante, han criticado la atribución de competencia a los TSJ, como MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 6, que considera que ello quiebra el principio de “correspondencia entre la circunscripción a que alcanza el órgano judicial competente con el ámbito territorial de la controversia”.

⁸⁹⁶ En estos términos, BODAS MARTÍN (2012), p. 498.

⁸⁹⁷ Sobre ello, vid. BODAS MARTÍN (2012), p. 533-535.

⁸⁹⁸ Sobre el despido ajustado a derecho, vid. SEMPERE NAVARRO (2016), p. 689-694.

2.4.2.- Declaración del carácter no ajustado a derecho de la decisión extintiva

La sentencia declarará el carácter no ajustado a derecho de la decisión empresarial cuando, habiendo respetado las formalidades del art. 51.2 ET y no concurriendo vulneración de derechos fundamentales o discriminaciones ni ninguna causa que pudiera motivar la declaración de nulidad, el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa alegada.⁸⁹⁹

Cabe citar la STSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 2013 (proc. 11/2012), que a pesar de apreciar incumplimiento del deber de negociar de buena fe por parte del empresario, declara el carácter no ajustado a derecho de la decisión extintiva. En el supuesto enjuiciado, la empresa facilitó a la representación de los trabajadores un listado nominal de trabajadores afectados por el despido colectivo que difería de los criterios de selección que el empresario había comunicado en el escrito de inicio del procedimiento y en la memoria explicativa. Dicha infracción del deber de negociar de buena fe debiera conllevar la nulidad del procedimiento de despido colectivo, pero a pesar de ello, el tribunal declara, en cambio, el carácter no ajustado a derecho de la decisión, pues aprecia que ha habido negociación, se ha reducido el número de afectados y se han adoptado medidas para atenuar los efectos de los despidos, como un plan de recolocación y de formación. Por ello, el tribunal considera que la infracción del deber de buena fe es sólo parcial, en uno de los aspectos del procedimiento, pero no afecta a su conjunto.⁹⁰⁰

Ahora bien, dicha sentencia fue anulada y casada por la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 198/2013), que precisamente consideró que las circunstancias mencionadas (existencia de negociación, reducción del número de afectados, adopción de medidas paliativas) demuestran que no se incumplió el deber de negociar de buena fe, por lo que declara el carácter ajustado a derecho del despido.

2.4.3.- Declaración de nulidad de la decisión extintiva

⁸⁹⁹ Sobre el despido no ajustado a derecho, vid. SEMPERE NAVARRO (2016), p. 695-698.

⁹⁰⁰ Algún autor critica esta postura, y la califica de “sorpresiva”, como PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 265-266.

La sentencia declarará la nulidad del procedimiento de despido cuando no se haya respetado el procedimiento del art. 51.2 ET o cuando la medida se haya adoptado con vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores.⁹⁰¹

Por lo tanto, el precepto agrupa las causas de nulidad en tres categorías:

- No haber realizado el período de consultas (art. 51.2 ET).
- No haber entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET.
- Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

La configuración de las causas de nulidad, con especial énfasis en las cuestiones procedimentales del art. 51.2 ET (período de consultas y documentación), muestra la importancia que tiene el procedimiento en el despido colectivo, y en particular la realización del período de consultas y la aportación de la documentación e información pertinente a los representantes de los trabajadores.

Ahora bien, no cualquier defecto procedimental debe conducir a la declaración de nulidad del despido. De hecho, el propio art. 124.11 LRJS señala que la nulidad se declarará “cuando el empresario no haya realizado las consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET”, por lo que únicamente conducirá a la nulidad el incumplimiento del deber de abrir y llevar a cabo un período de consultas, o el incumplimiento del principio de plenitud informativa. La referencia a la documentación fue introducida por la Ley 3/2012.

Así, respecto del resto de defectos procedimentales, habrá que analizar su trascendencia en cuanto a que se haya imposibilitado negociar y alcanzar un acuerdo. La nulidad sólo es predicable de los defectos formales que impliquen indefensión para los representantes de los trabajadores, ya que otra interpretación excesivamente formalista podría llevar a la declaración de nulidad de casi cualquier procedimiento de despido colectivo en el que haya habido meras omisiones formales que no hayan afectado al derecho de los representantes a negociar con vistas a alcanzar un acuerdo.⁹⁰²

⁹⁰¹ Sobre la nulidad del despido colectivo, vid. SEMPERE NAVARRO (2016), p. 698-719.

⁹⁰² Sobre esta cuestión, BLASCO PELLICER (2013), p. 110. La SAN de 28 de septiembre de 2012 (proc. 152/2012), confirmada por la STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 96/2013), señala que sólo conducen a la nulidad las vulneraciones del período de consultas de carácter material y que hayan ocasionado una merma a las garantías y derechos de los trabajadores y sus representantes, pero no las vulneraciones meramente formales, y ello precisamente porque el objetivo de la ley y de las formalidades allí reguladas es el de proteger las garantías de los trabajadores y sus representantes. Por su parte, MOLERO MARAÑÓN (2012), p.

2.4.3.a)- Aportación insuficiente o defectuosa de la documentación pertinente⁹⁰³

Como ha señalado la STS de 19 de noviembre de 2013 (rec. 78/2013), la falta de aportación de la documentación e información pertinente provoca en los representantes de los trabajadores una situación de desinformación que afecta a la “existencia de un verdadero período de consultas”, de modo que cabe afirmarse que, sin la documentación e información pertinente, no hay período de consultas propiamente dicho.⁹⁰⁴

2.4.3.a) i)- Aportación de la documentación legal y reglamentaria

En cuanto a la documentación a aportar, hay que estar a la que señala el art. 51.2 ET y también a la que recoge el RPDC, ya que el Estatuto de los Trabajadores hace una remisión expresa al mismo.⁹⁰⁵

Antes de la aprobación del RPDC por el RD 1483/2012, alguna sentencia aislada entendió que la nulidad la determinaba la falta, únicamente, de la documentación referida en el art. 51.2 ET, y no aquella que pudiera ser objeto de desarrollo reglamentario.⁹⁰⁶ No obstante, la Ley 3/2012 modificó el art. 51.2 ET, introduciendo la referencia al desarrollo reglamentario, extendiendo la nulidad a los incumplimientos documentales contenidos en el posterior RPDC aprobado por RD 1483/2012.⁹⁰⁷

Un sector doctrinal ha criticado esta remisión al Reglamento que efectúa el art. 51.2 ET, pues supone dejar en manos gubernamentales el alcance de la presente causa de nulidad relativa al cumplimiento de las obligaciones documentales, de modo que una mayor o

32, lo expresa señalando que sólo es motivo de impugnación el “incumplimiento total” del período de consultas.

⁹⁰³ Sobre esta cuestión en mayor profundidad, vid. PUEBLA PINILLA (2012); GARCÍA PAREDES (2013); ESCASSI DE LA ROSA (2013); ARASTEY SAHÚN (2016), p. 290; y POSE VIDAL (2016), p. 269-272. Sobre la documentación relativa a los despidos colectivos por causa económica, técnica, organizativa o de la producción, vid. BODAS MARTÍN (2017).

⁹⁰⁴ Así lo señala ARASTEY SAHÚN (2016), p. 290.

⁹⁰⁵ Así lo considera BLASCO PELLICER (2013), p. 110. También, ORELLANA CANO (2012), p. 5; y MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 32.

⁹⁰⁶ En este sentido, STSJ Galicia de 19 de julio de 2012 (rec. 8/2012) señala que “la nulidad de la decisión extintiva sólo cabe cuando se incumplen las exigencias contenidas en el art. 51 ET; es factible para un mejor desarrollo de aquel período de consultas acudir a las exigencias del RD 801/2011 [RPRE de 2011], pero su incumplimiento no puede derivar en nulidad si al menos las del art. 51 han sido cumplidas.”

⁹⁰⁷ Así lo ha señalado claramente PUEBLA PINILLA (2012), p. 4-5.

menor concreción reglamentaria sobre los requisitos de documentación va a poder incidir en la causa de nulidad.⁹⁰⁸

El propio Tribunal Supremo, en STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014), ha señalado que “la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor *ad solemnitatem*, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad”.⁹⁰⁹ En materia de criterios de selección, esta consideración es de escasa virtualidad, atendiendo al hecho de que, en relación a los mismos, no hay ninguna disposición reglamentaria que exija la aportación de nuevos documentos no previstos legalmente. El RPDC tan solo matiza y desarrolla las exigencias contenidas en el art. 51.2 ET, y añade otros documentos que nada tienen que ver con los criterios de selección (documentación contable, informes técnicos, etc.). A ellos habrá que aplicar las consideraciones ya señaladas por el TS sobre su carácter no siempre trascendente.

Algún pronunciamiento en sede de TSJ se ha pronunciado al respecto. Así, la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 5 de noviembre de 2015 (proc. 2/2015) señala que “el listado de documentación mencionado en la norma reglamentaria goza de presunción de necesidad para la negociación, pero esa presunción puede ser desvirtuada, por ejemplo cuando, no habiendo sido entregada, los trabajadores no la reclaman a lo largo del período de consultas”.⁹¹⁰

En definitiva, la documentación cuya aportación sí que reviste especial trascendencia es la enumerada en el art. 51.2 ET, y que ha sido estudiada en el Capítulo III.

2.4.3.a) ii)- Aportación de los extremos del art. 51.2 ET: interpretación finalista

La ausencia de alguno de los extremos del art. 51.2 ET determina la calificación de nulidad del despido colectivo. Por lo tanto, si el escrito de inicio del período de consultas no contiene las causas del despido, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el período previsto para realizar los despidos, o los criterios de selección a tener en cuenta en la designación de los afectados, la calificación que corresponde al despido colectivo es la de nulidad. Además de la constancia de los documentos exigidos por la norma, también habrá que estar al hecho de

⁹⁰⁸ En este sentido, PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 56.

⁹⁰⁹ También sobre esta cuestión, SEMPERE NAVARRO (2016), p. 709.

⁹¹⁰ Vid. ARASTEY SAHÚN (2016), p. 291.

que dichos documentos reúnan los requisitos formales que requiere la norma, de modo que la exigencia pueda entenderse cumplida en modo suficiente.

Las anteriores aseveraciones se derivan de la interpretación literal del art. 51.2 ET y art. 124.2 LRJS. Ahora bien, hay algunas matizaciones a comentar. El Tribunal Supremo ha fijado una interpretación finalista de los requisitos documentales en el despido colectivo, por lo que “no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”.⁹¹¹ En consecuencia, “de tan drástica consecuencia [la nulidad] han de excluirse aquellos documentos que se revelen *intranscendentes* a los efectos que la norma persigue”.⁹¹² Dicha finalidad no es sino “la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva de las causas de los despidos, de suerte que puedan afrontar el período de consultas adecuadamente”.⁹¹³

De este modo, los deberes de información y documentación tienen un carácter “instrumental” al cumplimiento de su finalidad, que es la de proporcionar a la representación de los trabajadores la información relevante y suficiente para poder entablar una negociación efectiva durante el período de consultas, como han señalado las SSTs de 21 de mayo de 2014 (rec. 182/2013), y de 20 de noviembre de 2014 (rec. 114/2014).⁹¹⁴

En definitiva, dicha interpretación implica la posibilidad de establecer una gradación sobre el nivel de incumplimiento de las obligaciones empresariales de información y documentación, lo que determina la posibilidad de que ello suponga distintas

⁹¹¹ STS de 20 de marzo de 2013 (rec. 81/2012), y STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012). También, ARASTEY SAHÚN (2016), p. 289-291, quien señala que la STS de 20 de marzo de 2013 (rec. 81/2012) fue la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo referida a un despido colectivo tras la aprobación del RDL 3/2012. En materia de apreciación finalista del cumplimiento de las obligaciones documentales durante el período de consulta, se han pronunciado en un sentido similar las SSTs de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013); de 7 de julio de 2014 (rec. 32/2014); de 20 de noviembre de 2014 (rec. 114/2014); de 3 de diciembre de 2014 (rec. 201/2013); de 25 de marzo de 2015 (rec. 295/2014); de 16 de junio de 2015 (rec. 273/2014); de 29 de septiembre de 2015 (rec. 1/2015); de 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014); y de 24 de noviembre de 2015 (rec. 86/2015). También, SEMPERE NAVARRO (2016), p. 710.

⁹¹² STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014); y SEMPERE NAVARRO (2016), p. 709.

⁹¹³ STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013).

⁹¹⁴ Sobre el carácter instrumental de la aportación de documentación en el despido colectivo, vid. en la doctrina BLASCO PELLICER (2016), p. 569; SEMPERE NAVARRO (2016), p. 709; y SÁEZ LARA (2015), p. 267-271.

consecuencias por lo que respecta a la calificación del despido, de suerte que sólo aquellos incumplimientos que resulten trascendentes determinarán la nulidad del despido.⁹¹⁵

En cuanto a la documentación, no hay duda de que la falta de aportación de la memoria explicativa o su insuficiencia manifiesta determina la nulidad de la decisión extintiva. En este sentido, numerosas sentencias han apreciado la nulidad por la “notable insuficiencia” de la memoria explicativa, que se limitaba a meras alegaciones y una descripción general de la situación de la empresa.⁹¹⁶

Por lo que respecta a los concretos extremos del art. 51.2 ET, y en particular los relativos al número y clasificación profesional de los afectados, de los empleados en el último año, del período previsto para efectuar los despidos, así como de los criterios de selección, habrá que estar al caso concreto y tener presente la interpretación finalista e instrumental que de las obligaciones documentales han realizado los tribunales. Dichos extremos han sido estudiados en profundidad en el Capítulo III, aunque ello no obsta para comentar en el presente apartado algunas cuestiones con especial relevancia en sede de impugnación colectiva por la posible calificación de nulidad a que pueden dar lugar.

2.4.3.a) iii)- No aportación del desglose de los afectados por clasificación profesional y/o por centros, provincia o comunidad autónoma

Se han planteado numerosos interrogantes en torno al extremo relativo al número y clasificación profesional de los trabajadores afectados. Así, se han planteado procedimientos de despido colectivo en los que la empresa no informó de la clasificación profesional de los trabajadores afectados. Del mismo modo, ello conecta con la cuestión del desglose de los afectados por centros de trabajo, provincia y/o comunidad autónoma cuando corresponda, que es un requisito que viene establecido por vía reglamentaria en el RPRC. Según la interpretación finalista e instrumental proporcionada por los tribunales, y en función de las circunstancias en que se desenvuelva el período de consultas, la falta de alguno de los elementos señalados (clasificación profesional o desglose territorial de los afectados) no necesariamente lleva aparejada la declaración de nulidad del despido colectivo.

⁹¹⁵ En la doctrina, SEMPERE NAVARRO (2016), p. 709, señala que la posición del TS en estos supuestos responde más bien a razones lógicas que a la estricta literalidad impuesta por el legislador, lo cual conecta con mi anterior afirmación: según el tenor de los preceptos legales, la no aportación de alguno de los extremos del art. 51.2 ET debiera llevar aparejada la declaración de nulidad.

⁹¹⁶ Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 64; y STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (proc. 17/2012).

Ejemplificativo es el supuesto abordado en la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013), que confirma la SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013), en el que la empresa había designado a toda la plantilla como potencialmente afectada por el despido y había omitido la información relativa al desglose de la clasificación profesional, el desglose por centros de trabajo, y provincia o comunidad autónoma. El TS rechazó la calificación de nulidad, señalando que “si bien la empresa inicialmente incluía a toda la plantilla, afectándola de modo genérico, partía de una justificación –la incertidumbre sobre la continuidad de los trabajos– que fue asumida sin dificultad por el banco social, por cuanto, pese a la inicial imprecisión, permitió que se desarrollara el proceso negociador y se produjera la sucesiva concreción de los afectados”, llegándose a alcanzar un acuerdo.⁹¹⁷

En definitiva, a pesar de no aportar la clasificación profesional de los trabajadores afectados, se entiende que la información global aportada por el empresario cumple su finalidad cuando el empresario sí que aporta otros datos, como puede ser el número de afectados, y también los criterios de selección para su designación, pues permite a los representantes entablar una negociación.

2.4.3.a) iv)- Aportación suficiente de los criterios de selección: nivel de concreción

La aportación del extremo documental referido a los criterios de selección debe cumplir, con carácter general, con los caracteres de objetividad, coherencia, suficiencia o precisión, proporcionalidad o adecuación al fin perseguido, y respeto a los derechos fundamentales, estudiados en el Capítulo III. Ahora bien, la interpretación finalista o instrumental proporcionada por los tribunales, debe servir para “analizar el alcance de los defectos en la expresión de los criterios” de selección, en términos expresados por la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013). En otras palabras, a la hora de determinar el nivel de suficiencia de los criterios de selección a efectos de una eventual declaración de nulidad del despido colectivo, habrá que tener presente hasta qué punto el nivel de concreción de los criterios influye en el correcto desarrollo del período de consultas. Dicho análisis lo realizan los tribunales valorando la exigencia de aportar los criterios de

⁹¹⁷ En cambio, la STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012) declara la nulidad del despido colectivo por falta de aportación de la clasificación profesional y por aportar criterios de selección genéricos. También, STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012). Se trataba de unas circunstancias muy distintas, en la que la empresa sólo había ejecutado una parte de los despidos proyectados y los representantes no sabían ni tenían modo de saber cuáles iban a ser los trabajadores afectados.

selección “en relación con las circunstancias concretas sobre las que se proyecta en cada caso”.⁹¹⁸

En materia de suficiencia de la documentación aportada relativa a los criterios de selección, hay numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo.⁹¹⁹ La STS de 22 de mayo de 2014 (rec. 17/2014) aplica el criterio flexible y finalista respecto del nivel de suficiencia de los criterios de selección expresados por el empresario al inicio y durante el período de consultas. El TS reconoce que la información que facilitó la empresa “podría haber sido más concreta”, pero valora diversas circunstancias: que la empresa tenía “sólo” 32 trabajadores; que los representantes no formularon ninguna objeción al respecto; y que consta que los mismos tuvieron “conocimiento” de los trabajadores afectados y excluidos así como de los motivos de inclusión o exclusión de los mismos en el despido colectivo, es decir, de los criterios de selección. En definitiva, el TS considera que no podía considerarse que la información y documentación fuera defectuosa.

Por su parte, la STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013) hace referencia a la necesidad de atender a las circunstancias concretas del caso, y señala que las particularidades específicas de la empresa⁹²⁰ hacían difícil una mayor concreción de los criterios, cosa que sí aconteció a lo largo de la negociación en el período de consultas.⁹²¹

En la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, se señala que la reducción del número de afectados en la decisión final con respecto a la propuesta inicialmente planteada, no puede dar lugar a “exigir mayor documentación sobre los criterios y el método de selección”, cuando ello ya ha sido explicitado durante el período de consultas.⁹²² En relación a esta cuestión, y como ya se ha comentado en el Capítulo III, la empresa no puede aumentar el número de trabajadores afectados, pues ese aumento

⁹¹⁸ STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013) y STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013).

⁹¹⁹ SSTs de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013); de 20 de mayo de 2014 (rec. 276/2013); de 22 de mayo de 2014 (rec. 17/2014); de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013); de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014); de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013); de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013); de 25 de marzo de 2015 (rec. 295/2014); de 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014); y de 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014).

⁹²⁰ Instituto Técnico Agronómico Provincial S.A.

⁹²¹ Sobre el nivel de concreción de los criterios y las circunstancias concretas del caso, vid. SÁEZ LARA (2015), p. 271.

⁹²² Vid. ARASTEY SAHÚN (2016), p. 301-302. La STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) señala: “aunque el número de afectados en ese estudio [que proporcionó la empresa a la representación de los trabajadores] era inferior al finalmente fijado en la decisión extintiva, no es menos cierto que también resultó ser notablemente menor que el inicialmente propuesto”, por lo que se señala que “razonablemente no se puede acusar de carente de explicación la cifra que media entre dos explicaciones técnicas, la máxima de la propuesta inicial y la mínima de la propuesta de acuerdo; y aún menos para deducir de tal pretendido defecto formal –con rigor que rechazamos– que la decisión adoptada es nula.”

supondría una medida de nueva propuesta respecto de la cual no habría habido período de consultas.⁹²³ En cambio, nada obsta a que, de acuerdo con el desarrollo del período de consultas y con los motivos alegados al inicio del procedimiento, el empresario adopte finalmente una decisión de despido que mejore los planes inicialmente propuestos, pues ello redundaría en beneficio de los trabajadores, sin necesidad de aportar documentación complementaria. En este sentido, la propia STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) lo señala expresamente, al afirmar que “la decisión empresarial puede atender –al menos en parte– las pretensiones de la parte social y mejorar numéricamente –reduciéndolo– el número de trabajadores afectados, y, ello no implica que tales mejoras deban ir acompañadas de memoria explicativa o informe técnico algunos”. En consecuencia, una reducción del número de afectados no necesariamente implica la necesidad de aportar documentación adicional en torno a los criterios de selección.⁹²⁴

Como corolario, los pronunciamientos judiciales apenas mencionados dan pie a analizar los distintos parámetros a los que acude el Tribunal Supremo a la hora de establecer el nivel de insuficiencia o irregularidad informativa y/o documental a efectos de nulidad del despido colectivo. Dichos parámetros son los siguientes:

- Las hipotéticas irregularidades documentales o informativas deben analizarse a la luz del criterio finalista, según el cual sólo merecen la calificación de nulidad aquellas irregularidades en materia documental o informativa que sean trascendentes a efectos de conseguir el fin del período de consultas, que no es otro que permitir que los representantes de los trabajadores estén pertinentemente informados a fin de negociar con vistas a alcanzar un acuerdo.
- Las exigencias documentales contenidas en disposiciones reglamentarias, como el RPDC, no tienen carácter *ad solemnitatem*, por lo que sólo serán exigibles aquellos documentos que sean trascendentes.
- El órgano juzgador, para valorar la posible nulidad, debe tener presentes las circunstancias concretas del caso en el que se ha planteado la supuesta

⁹²³ Así lo aprecia GOERLICH PESET (2014), p. 126. La SAN de 29 de julio de 2014 (proc. 145/2014) declara la nulidad del procedimiento de despido colectivo porque en la decisión final la empresa incrementó notablemente el número de afectados con respecto a la comunicación inicial. Se trata de una nulidad por actualización *in peius* de la propuesta de despido, ya que sobre el exceso de extinciones previstas, no se ha realizado período de consultas alguno.

⁹²⁴ No obstante, sí que considero que cabría hacer alguna matización a esta cuestión, y es la relativa a que dicha mejora final adoptada por el empresario debe guardar cierta coherencia con los motivos de despido indicados al inicio del período de consultas y con las propuestas y contrapropuestas discutidas en el período de consultas, lo cual denomino en la presente investigación principio de congruencia con la comunicación inicial y de “razonable conexión” con el contenido del período de consultas. Vid. Capítulo III.

irregularidad, procediendo a un análisis casuístico, sin ser posible extraer conclusiones generales con carácter apriorístico. Dentro del análisis caso por caso que debe realizar el órgano juzgador, son varias las circunstancias que puede tener presentes:

- El volumen de la plantilla. El TS considera que no es equiparable el despido colectivo llevado a cabo en una plantilla con un elevado número de trabajadores que en una plantilla reducida. En este sentido, en empresas con una plantilla reducida se deduce que para los representantes es más fácil inferir lógicamente qué trabajadores van a ser afectados y cómo se aplican los criterios de selección. De hecho, es habitual que en empresas con plantillas reducidas, los representantes conozcan directamente qué trabajadores van a resultar afectados, con lo que se cumple el objetivo por el que la norma impone al empresario el deber de informar sobre los criterios de selección. Por otro lado, puede darse la paradoja de que se permita la expresión genérica de los criterios de selección en empresas con grandes plantillas, debido a la complejidad de la misma.
- El efectivo conocimiento por parte de los representantes de los trabajadores de qué trabajadores van a ser afectados o cuáles son los motivos o criterios para incluirlos. En este sentido, el efectivo conocimiento por parte de los representantes cumple la finalidad de la expresión de los criterios de selección, por lo que habrá que tenerse presente ante una eventual pretensión de nulidad. Carecería de toda lógica sancionar con la nulidad un despido colectivo por falta de expresión de un extremo informativo cuando los representantes de los trabajadores sí que tenían efectivo conocimiento del mismo.
- La progresiva concreción de la información a lo largo del período de consultas. Si la información aportada inicialmente se completa a lo largo del período de consultas, se cumple también con la finalidad establecida, especialmente en procedimientos complejos en los que sea difícil concretar toda la información desde el inicio.
- La final adopción de un acuerdo. Se trata, a mi modo de ver, de la circunstancia que en modo más evidente permite determinar que no se ha impedido que el período de consultas cumpliera su finalidad. Si la supuesta falta de información no impide que finalmente se alcance un acuerdo

válido, no tendría sentido sancionar todo el procedimiento con la declaración de nulidad.

- Inexistencia de alegación alguna por parte de los representantes de los trabajadores en el momento de darse la pretendida insuficiencia informativa o documental, o aceptación táctica por los propios actos. Reviste especial importancia la actitud de la representación de los trabajadores durante el período de consultas. Se trata de otro de los criterios valorados por los tribunales, y que se refiere al hecho de que los representantes de los trabajadores no aleguen la pretendida irregularidad documental en el momento pertinente mientras se lleva a cabo el período de consultas. Si bien no es una circunstancia determinante que impida alegar la nulidad en un posterior proceso jurisdiccional, sí que es cierto que los tribunales lo han tenido muy en cuenta a la hora de valorar el grado de afectación de la irregularidad documental respecto del desarrollo del período de consultas. En este sentido, la actitud de los representantes en el período de consultas, que tuvieron ocasión de alegar la irregularidad documental, y no lo hicieron, es una circunstancia que contribuye a que el órgano juzgador se cree la convicción de que la pretendida irregularidad no ha impedido que el período de consultas cumpliera los fines que la ley le atribuye. De este modo, un sector de la doctrina ha criticado que se esté otorgando un efecto vinculante como consentimiento al mero silencio o aceptación tácita por parte de los representantes.⁹²⁵ A mi modo de ver, los tribunales no establecen una obligación para los representantes de alegar cualquier insuficiencia documental en las negociaciones, sino que simplemente lo contemplan como una de las circunstancias a valorar en el caso concreto a la hora de establecer si se ha infringido alguna obligación procedimental. Y en estos supuestos, es evidente que la falta de alegación por parte de los representantes de los presuntos incumplimientos documentales durante el período de consultas es una circunstancia muy relevante a tener en cuenta a la hora de determinar si ha habido o no negociación. Algunos autores han criticado que los tribunales valoren la actitud de los representantes durante la negociación.

⁹²⁵ Así lo señala FOLGUERA CRESPO (2016), p. 642. MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 29, señala que una actitud pasiva por parte de los representantes “podría impedir a posteriori la nulidad del despido colectivo, si la representación de los trabajadores no muestra una actitud diligente durante la negociación”.

El Tribunal Supremo ha asumido plenamente el parámetro interpretativo mencionado. Así, la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) señala que “la exigible coherencia entre la fase de consultas y la reclamación judicial es consecuencia obligada de la buena fe y componente determinante para la apreciación de defectos en el período de consultas, como una manifestación en definitiva de la doctrina de los propios actos, que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad –de significación jurídica inequívoca– al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla”.⁹²⁶

Finalmente, otra cuestión a la que se han referido los tribunales es la declaración de nulidad únicamente en los supuestos en que haya una ausencia absoluta de criterios de selección, es decir, que no se hayan aportado en absoluto. La STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), asunto Telemadrid, ha señalado que únicamente la falta de aportación de los criterios de selección da lugar a la nulidad del despido colectivo, pero no su mera insuficiencia o irregularidad.⁹²⁷ Ahora bien, dicha rotunda afirmación debe conectarse con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo en que analiza el nivel de concreción y suficiencia de los criterios de selección conforme a las circunstancias concretas del caso en cuestión. Tal es el caso de la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa, en el que una inicial imprecisión de los criterios queda salvada por una serie de circunstancias concurrentes y ya mencionadas, como la final consecución del acuerdo.⁹²⁸

Debe notarse que tanto en el asunto Telemadrid como en el asunto Tragsa, se trata de empresas de gran dimensión en las que precisar inicialmente los criterios de selección supone una tarea de gran complejidad. Ahora bien, la mera aportación de los criterios de selección no salva el procedimiento de despido colectivo de la declaración de nulidad en cualquier caso, pues hay que estar a otras posibles causas de nulidad, como

⁹²⁶ En los mismos términos, las SSTS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014), y de 16 de junio de 2015 (rec. 273/2014).

⁹²⁷ STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), asunto Telemadrid: “Ello evidencia la inexistencia de la causa de nulidad con base a la irregularidad de insuficiencia de criterios en la designación de los trabajadores afectados [arts. 51.2 ET, 124.9 LRJS y 3.1 e) del RD 1483/12], pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos.”

⁹²⁸ STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa: “No cabe la menor duda –ya lo hemos adelantado– de que los «criterios de selección» antes referidos no pueden calificarse como «detalladamente precisos». Pero tampoco es menos cierto: [...]” En ese punto, el TS señala una serie de circunstancias que permiten apreciar el cumplimiento de la obligación documental, ya mencionadas.

principalmente la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (supuestos de criterios de selección discriminatorios). Y también, desde mi punto de vista, darían lugar a la declaración de nulidad aquellos criterios inicialmente genérico si no se dan las circunstancias particulares que señala el TS en el asunto Telemadrid o Tragsa entre otros; es decir, las circunstancias relativas a una posterior concreción de los criterios durante el período de consultas, el asentimiento tácito de los representantes de los trabajadores, o la final consecución de un acuerdo válido, por ejemplo.

En cualquier caso, y a pesar de los parámetros que permiten una interpretación flexible de la exigencia, la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013) señala con toda claridad que la aportación de los criterios de selección por parte del empresario al inicio del período de consultas constituye “una exigencia formal ineludible, cuyo incumplimiento debe comportar la nulidad del despido al impedir que el período de consultas cumpla con su finalidad”. Los criterios de selección “deben permitir establecer la oportuna relación de causalidad entre las medidas y la afectación concreta de los trabajadores”, por lo que “una real ausencia de criterios de selección devaluará la negociación en el período de consultas, en cuanto que los representantes de los trabajadores no podrán ofertar o contraofertar a las medidas empresariales, haciendo inútil el objetivo finalístico del período de consultas y el posterior y oportuno control judicial”.

Como conclusión, la nulidad se reserva principalmente para aquellos supuestos en que haya una ausencia absoluta de criterios, o para los supuestos de aportación defectuosa en que, tras el análisis de las circunstancias del caso, dichos defectos hayan tenido repercusión negativa en la efectividad del período de consultas.⁹²⁹ Si la irregularidad o imprecisión de los criterios no ha obstaculizado el correcto desarrollo del período de consultas, no procede declarar la nulidad. Se trata de una interpretación que rechaza posturas formalistas o rigoristas que sancionarían con la nulidad un despido por la mera falta de alguna de las exigencias documentales, lo cual no se corresponde con la doctrina del TS de valorar la “verdadera realidad” de la negociación durante el período de consultas, y no tanto la aportación de todos y cada uno de los documentos exigidos.⁹³⁰

⁹²⁹ STS de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013); y POSE VIDAL (2016), p. 272. ARASTEY SAHÚN (2016), p. 290, matiza que la interpretación finalista no desvirtúa la regla general según la cual la aportación de la documentación es obligatoria. Lo que implica la interpretación es que la regla general de nulidad en casos de incompleta aportación documental puede exceptuarse si se acredita que la información era intrascendente, o que se obtuvo a lo largo del período de consultas.

⁹³⁰ En este sentido, STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013).

*2.4.3.a) v)- Aportación tardía de la documentación*⁹³¹

La impugnación de la aportación tardía de la documentación se analiza por los tribunales con los mismos parámetros acabados de señalar sobre la irregularidad en la aportación de la documentación. Ello se traduce en atender al caso concreto,⁹³² y valorar si los representantes obtuvieron la información pertinente que les permitiera negociar e incluso llegar, en su caso, a un acuerdo.

La STS de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013) destaca que es importante que “desde el inicio mismo del procedimiento de despido colectivo, [los representantes] puedan disponer” de la información pertinente, y en especial de los criterios de selección. A continuación señala: “la mera circunstancia de que no se aporte completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad.” Es decir, aplica a la aportación tardía de la documentación los mismos parámetros analizados sobre la aportación irregular de la misma.

En definitiva, si la omisión de alguno de dichos extremos se subsana a lo largo del período de consultas, de suerte que las partes puedan negociar con vistas a alcanzar un acuerdo, la decisión empresarial no podría ser calificada de nula, pues prima la interpretación finalista de los requisitos formales. Por ello, ante la falta inicial de alguno de los elementos documentales señalados en el art. 51.2 ET, posteriormente subsanada durante el período de consultas, permitiendo el conocimiento del mismo por parte de los representantes de los trabajadores y permitiendo la negociación, incluso llegando a alcanzar un acuerdo, en esos casos habría que atender a las circunstancias del caso concreto. En este sentido, habrá que ver si el período de consultas ha podido cumplir con su finalidad, que no es otra que la de permitir la negociación y la posibilidad de alcanzar un acuerdo.⁹³³

En línea con ello, la STS de 21 de mayo de 2014 (rec. 182/2013) rechaza la calificación de nulidad del despido colectivo cuando la aportación tardía de documentación no haya afectado al período de consultas perjudicando la efectiva negociación.

⁹³¹ Sobre esta cuestión, vid. POSE VIDAL (2016), p. 272-275.

⁹³² STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013).

⁹³³ En este sentido, PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 64.

La interpretación flexible en torno a los deberes documentales viene avalada por el TJUE. Así, la STJCE de 10 de septiembre de 2009 [ECLI:EU:C:2009:533], asunto *Akavan*, señala que, respecto al cumplimiento de los deberes documentales “es indispensable cierta flexibilidad, dado que, por una parte, dicha información puede llegar a estar disponible en diferentes momentos del proceso de consulta, lo que implica que el empresario tenga la posibilidad y la obligación de completarla durante dicho proceso”. Y señala que “el objetivo de esta obligación del empresario es permitir a los representantes de los trabajadores participar en el proceso de consulta lo más completa y efectivamente posible, y, para ello, debe proporcionar *hasta el último momento* de la consulta cualquier *nueva* información pertinente”.

Nótese la cursiva mía, en tanto que el TJUE permite la aportación de documentación “hasta el último momento” del período de consultas, pero matiza que se refiere a cualquier “nueva” información pertinente, con lo que, al menos en ese aspecto, no parece respaldar la entrega tardía sin más de la documentación. Aunque sí que es relevante la primera frase del pronunciamiento, pues admite la flexibilidad y reconoce la existencia de “diferentes momentos” en el período de consultas, que es una sucesión de actos con intercambio de pareceres que no se produce en un momento instantáneo, sino que se prolonga durante un cierto período de tiempo.

2.4.3.a) vi)- *Obligaciones documentales: recapitulación*

Las irregularidades en el cumplimiento de los deberes de información y consulta se han convertido, tras la reforma laboral de 2012, en la principal fuente de conflictividad en materia de despidos colectivos, habiendo disparado la litigiosidad sobre ello, como señala la SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015), asunto *Indra*.⁹³⁴ Para la doctrina, la abundante litigiosidad en torno a la supuesta insuficiencia documental o informativa es la que ha hecho necesaria una interpretación no rigorista de la relevancia de la aportación de dichos documentos.⁹³⁵

⁹³⁴ Así lo pone de relieve ARASTEY SAHÚN (2016), p. 288. También PUEBLA PINILLA (2013), p. 138.

⁹³⁵ Así lo señala MARTÍNEZ MORENO (2013). Precisamente la SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015) abordaba la reclamación por parte del banco social de decenas de documentos, respecto de la cual señala el tribunal que “constituye claramente una mala práctica, que impide objetivamente que el período de consultas alcance sus fines”, por lo que no resulta admisible exigir “en cascada” decenas de documentos, muchos de los cuales no existían y no eran trascendentes. Vid. MERCADER UGUINA (2016), p. 431-432.

En la doctrina, es de reseñar alguna propuesta interesante a fin de reducir la litigiosidad en torno al cumplimiento de los deberes de información y documentación. DESDENTADO BONETE,⁹³⁶ propone el establecimiento de una suerte de trámite incidental, en el que se prevea un breve plazo para que la representación de los trabajadores o la autoridad laboral, previo informe de la ITSS, puedan poner de manifiesto la existencia de posibles defectos en la información y documentación proporcionada por la empresa, lo cual permita a la empresa subsanar o completar la información aportada o justificar su negativa. El autor añade, lo que me parece más interesante, que en caso de que la representación de los trabajadores no proteste en este momento, se produzca la preclusión, sin posibilidad de alegar dichos defectos en un eventual proceso judicial posterior.

Si bien, a mi modo de ver, la instauración del mencionado trámite incidental puede tener el riesgo de ralentizar el período de consultas –máxime si se requiere informe previo de la ITSS–, que se contemple el efecto preclusivo de la falta de protesta de la representación de los trabajadores contribuye a generar una mayor seguridad jurídica de cara a un eventual proceso judicial, pues no podrán discutirse defectos no alegados en su momento. Sin detenerme en exceso en esta cuestión, sí que habría que señalar que esta solución corre el riesgo de entrar en colisión con el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que considero más apropiado mantener la posibilidad actualmente prevista de impugnar los posibles defectos documentales en el proceso judicial, pero manteniendo la interpretación flexible que están llevando a cabo los tribunales hasta el momento. Así, hay que seguir rechazando las solicitudes de documentación ingente a intrascendente y valorar el silencio de la representación de los trabajadores no con efectos preclusivos pero sí como indicio de que los supuestos defectos no impidieron que se llevase a cabo una negociación efectiva.⁹³⁷

Como conclusión, el Tribunal Supremo aplica el criterio de valorar si ha habido o no una real y efectiva negociación, de modo que si la información que se ha facilitado y el momento en que se ha aportado permiten a los representantes de los trabajadores entablar una negociación, en ese caso las exigencias en materia de información y documentación se entenderán cumplidas.⁹³⁸

⁹³⁶ DESDENTADO BONETE (2015a), p. 24.

⁹³⁷ DESDENTADO BONETE (2015a), p. 24, propone también que los incumplimientos en materia documental sean sancionados con la declaración de improcedencia [entendiendo declaración del carácter no ajustado a derecho del despido colectivo], reservando la declaración de nulidad para los supuestos en que se vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁹³⁸ En este sentido, SEMPERE NAVARRO (2016), p. 712.

2.4.3.b) Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas⁹³⁹

Otro motivo de nulidad ex art. 124.11 LRJS es el referido a que “la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas”. En este punto, cuando la selección de los trabajadores despedidos se realice conforme a criterios que vulneran los derechos fundamentales, y en especial criterios que tengan carácter discriminatorio, el despido colectivo será calificado como nulo.

La naturaleza colectiva del proceso de impugnación *colectiva* del despido colectivo obliga a que en el mismo se consideren únicamente aquellas vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas que revistan naturaleza colectiva, es decir, que afecten al procedimiento desde un punto de vista colectivo, y no aquellas vulneraciones de derechos fundamentales que tengan una incidencia individual, cuyo cauce procesal apropiado es el de la impugnación individual del art. 124.13 LRJS y que se estudia en el Epígrafe 2.5.⁹⁴⁰

Por ello, en la modalidad procesal de impugnación colectiva del despido no cabe alegar vulneraciones de derechos fundamentales o posible discriminación producidas en la fase individual del procedimiento, es decir, en la extinción individual del despido efectuada por el empresario en ejecución del despido colectivo, por ejemplo en el momento de aplicar los criterios de selección para concretar a los trabajadores afectados. A dichas alegaciones les corresponde el cauce procesal de la impugnación individual del despido, la declaración de nulidad del cual no contamina la totalidad del procedimiento colectivo, que puede ser ajustado a derecho.

En cuanto a vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas, cabría distinguir:

- Vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas que afecten a la decisión extintiva. En este punto se incluirían decisiones de despido colectivo que impliquen la vulneración del derecho de huelga,⁹⁴¹ la lesión de la garantía de indemnidad.⁹⁴²

⁹³⁹ Sobre este motivo de impugnación, vid. MOLERO MANGLANO (2015), p. 253.

⁹⁴⁰ Sobre esta cuestión MOLERO MARAÑÓN (2012), p. 36; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 272.

⁹⁴¹ Vid. STS de 20 de abril de 2015 (rec. 354/2014), asunto Coca cola.

⁹⁴² Vid. STSJ Asturias de 23 de noviembre de 2012 (rec. 2378/2012).

- Vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas que afecten a los criterios de selección, y en particular vulneraciones en forma de discriminación prohibida. Aquí se incluirían criterios de selección con carácter discriminatorio, que afectasen a la libertad sindical (despido de trabajadores afiliados a una organización sindical), a la igualdad entre hombres y mujeres (despido de trabajadoras), a la no discriminación por razón de discapacidad (despido de trabajadores con discapacidad), etc. A su vez, habría que distinguir:
 - o Criterios de selección directamente discriminatorios: son los que atienden a alguna de las causas prohibidas de discriminación.
 - o Criterios de selección indirectamente discriminatorios: son los que atiendan a parámetros válidos y objetivos, pero tienen una incidencia sobre colectivos vulnerables y por tanto incurrir en discriminación, no en su configuración, pero sí en su proyección sobre los trabajadores afectados.
- Vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas que afecten a la aplicación individualizada de los criterios de selección, y en particular vulneraciones en forma de discriminación prohibida que afecten a trabajadores individualmente considerados. Me refiero a criterios de selección válidos y objetivos en su configuración y en su proyección sobre el conjunto de los trabajadores, pero que, o bien han sido aplicados de manera discriminatoria sobre un trabajador en concreto (discriminación directa), o bien han sido aplicados de manera correcta pero tienen un efecto discriminatorio sobre un trabajador en concreto (discriminación indirecta), como podría ser el caso de la afectación de colectivos susceptibles de discriminación, como la trabajadora embarazada.
- Vulneración del derecho a la libertad sindical por inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.

Pues bien, establecida esta clasificación, lo que sería motivo de nulidad en la modalidad de impugnación colectiva, es decir, vulneraciones que tengan incidencia colectiva, son las vulneraciones que afecten a la decisión extintiva (1) y las que afecten a la determinación y proyección de los criterios de selección (2), en particular los criterios que resultasen arbitrarios o discriminatorios.⁹⁴³

⁹⁴³ Cabe señalar que, con anterioridad a la reforma laboral de 2012, ya se planteaban cuestiones de discriminación en los despidos colectivos. Así, puede citarse, sobre la eventual fijación discriminatoria de los criterios, la STSJ Cataluña de 19 de febrero de 2007 (rec. 7406/2006), en un expediente que afectaba a personas con discapacidad; o sobre discriminación indirecta por razón de género, la STSJ Cantabria de 25

Ahora bien, las cuestiones atinentes a la aplicación individualizada de los criterios a los trabajadores afectados (3), quedarían reservadas para la impugnación individual del art. 124.13 LRJS, así como las pretensiones relativas al incumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia (4).

El propio art. 124.2 LRJS en relación con el art. 124.13 LRJS señala expresamente que en ningún caso será objeto de la impugnación colectiva el incumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores. Por lo tanto, el incumplimiento de dichas reglas, tanto las establecidas legal como convencionalmente, así como pactadas en el período de consultas, no pueden determinar la declaración de nulidad del procedimiento colectivo, pues no le afectan.⁹⁴⁴ Si bien es cierto que la infracción de las reglas sobre prioridad de permanencia afecta a los derechos fundamentales (libertad sindical en el caso de los representantes legales de los trabajadores), dichas pretensiones deben canalizarse, por disposición de la ley, a través de la modalidad de impugnación individual, pues así lo señala expresamente el art. 124.2 y art. 124.13 LRJS.⁹⁴⁵

Para BLASCO PELLICER,⁹⁴⁶ la finalidad de estas complejas reglas es evitar la existencia de resoluciones judiciales divergentes. Ahora bien, la exclusión de la impugnación colectiva de las pretensiones relativas a la reglas de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores plantea algún interrogante, ya que en tanto que conectada con el derecho fundamental a la libertad sindical, podría pensarse que habría de enjuiciarse a través de la pretensión del art. 124.2 d) LRJS relativa a la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Ahora bien, dicha interpretación debe ser rechazada, ya que los términos en que se expresa el art. 124.2 LRJS (“En ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia”) son categóricos. Así lo ha confirmado el Alto Tribunal, en SSTTS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013), y de 24 de febrero de 2015 (rec. 165/2014). Los términos categóricos con que lo expresa, y la cercanía entre ambos preceptos son una “muestra reveladora de la voluntad del legislador”, siendo el art. 124.2 *in fine* LRJS una

de febrero de 2009 (rec. 112/2009), por afectar a un mayor número de mujeres en un centro en el que la mayoría de trabajadores eran hombres.

⁹⁴⁴ Así lo ha señalado la SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012): “la empresa no respetó, al iniciar el período de consultas, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores [...], pero dicha infracción no constituye per se causa de nulidad del despido colectivo [...]. Descartamos, por tanto, que el incumplimiento de las reglas de prioridad, establecidas en la ley, en los convenios colectivos o en el propio período de consultas, constituya causa de nulidad del despido colectivo [...]”.

⁹⁴⁵ Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 69.

⁹⁴⁶ BLASCO PELLICER (2016), p. 572.

excepción o limitación a la previsión del art. 124.2 d) LRJS en materia de vulneración de derechos fundamentales.

Señalan las mismas sentencias citadas que permitir la presencia en el proceso colectivo de los intereses individuales de los representantes que discuten la aplicación de la regla sobre prioridad de permanencia, haría “padecer” la arquitectura del procedimiento de despido colectivo. De hecho, esta cuestión debe conectarse con una previsión que aparece en el art. 124.13 LRJS referida a la modalidad de impugnación individual, y es que la nulidad de las extinciones realizadas sin respetar las reglas de prioridad de permanencia no afectará a las extinciones que sí las hayan respetado, tal y como señalan los arts. 124.13 a)-4º y 124.13 b)-3º LRJS. Se trata de una regla que pretende que la nulidad de los contratos que gozan de prioridad de permanencia no contamine al resto de extinciones, lo cual es justamente uno de los motivos por los que se ha relegado esta pretensión al ámbito de la impugnación individual.

A mi modo de ver, hay una clara intención del legislador de no contaminar con esta cuestión el proceso colectivo, ya que, al fin y al cabo, la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia tiene una incidencia sobre todo individual respecto del trabajador/representante afectado.

Por lo tanto, y como se ha señalado, en la impugnación colectiva sólo saben pretensiones relativas a vulneraciones de derechos fundamentales que tengan relevancia colectiva, es decir, que afecten de manera colectiva a la totalidad del procedimiento, y no a uno o varios trabajadores en particular. En relación con ello, a la hora de alegar la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el demandante debe aportar un “indicio racional de discriminación indirecta”, de suerte que permita alterar la carga de prueba y obligue al empresario a probar que su conducta se justifica en motivos ajenos a la vulneración de derechos fundamentales.⁹⁴⁷ Así lo han destacado los primeros pronunciamientos de los TSJ tras la aprobación de la reforma laboral de 2012.

La STSJ País Vasco de 4 de septiembre de 2012 (proc. 6/2012), que posteriormente fue parcialmente casada y anulada –pero sin afectar al pronunciamiento que nos interesa– por la STS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013), aprecia existencia de vulneración del

⁹⁴⁷ El art. 181.2 LRJS señala: “En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

derecho fundamental a la libertad sindical, por la desproporcionada afectación de trabajadores afiliados a una organización sindical que no era mayoritaria en la empresa.

Resulta de interés en dicha sentencia la síntesis que realiza sobre la doctrina constitucional en materia de aportación de indicios para alegar vulneración de derechos fundamentales.⁹⁴⁸ Así, cita la STC 33/2011, de 28 de marzo (rec. 6171/2004) y la STC 17/2003, de 30 de enero (rec. 1150/1999), que destacan la necesidad de “aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia”.⁹⁴⁹ La aportación de dichos indicios produce una alteración de la carga de la prueba, de suerte que, acto seguido, corresponderá a la empresa demandada acreditar que la decisión, en este caso de afectar a los trabajadores, se debe a razones completamente ajenas a la causa discriminatoria –en el presente caso, la afiliación sindical–.⁹⁵⁰ En dicho punto cobran especial importancia los criterios de selección, pues unos criterios de selección suficientemente precisos, claros y objetivos van a contribuir a desvirtuar los indicios de discriminación. Por el contrario, unos criterios de selección vagos y genéricos, de los que es difícil deducir lógicamente qué trabajadores van a verse afectados, contribuyen a reforzar los indicios de discriminación. De ahí la importancia que para el empresario tiene confeccionar unos criterios suficientemente claros a fin de que no tenga que hacer frente a alegaciones de vulneración de derechos fundamentales, muy en particular cuando los posibles trabajadores afectados pertenezcan a colectivos susceptibles de padecer discriminación, como se ha estudiado en el Capítulo IV.⁹⁵¹

También cabe señalar que el art. 124.11 LRJS, a diferencia de la redacción del precepto en el RDL 3/2012, no contempla la declaración de nulidad cuando el acuerdo en el

⁹⁴⁸ También la STSJ País Vasco de 9 de octubre de 2012 (rec. 13/2012), confirmada por la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013), sobre vulneración del derecho de huelga y la libertad sindical, recuerda la doctrina sobre la aportación de indicios de vulneración de derechos fundamentales; así como la STSJ Asturias de 23 de noviembre de 2012 (rec. 2378/2012), en un proceso individual en el que se denunciaba vulneración de la garantía de indemnidad, por ser el despido una represalia frente a la acción de reclamación de salarios a instancias del trabajador, en la que se señala que “no se acredita en los autos cual ha podido ser el criterio seguido por la empresa para su designación, despejando así las dudas sobre la parcialidad denunciada”.

⁹⁴⁹ STC 207/2001, de 22 de octubre (rec. 1515/1998); y prosigue señalando que “el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse”. Vid. STC 87/1998, de 21 de abril (rec. 2739/1995).

⁹⁵⁰ La STS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013) destaca que la prueba indiciaria se produce en “un doble plano”: de la aportación de indicios por el trabajador, y el de la acreditación por parte de la empresa de que la decisión no tiene un móvil discriminatorio, a fin de desvirtuar dichos indicios.

⁹⁵¹ Sobre la carga de la prueba en despidos en los que se alega vulneración de los derechos fundamentales, vid. MONEREO PÉREZ (1996).

período de consultas se haya alcanzado con fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho. A pesar de ello, una parte de la doctrina considera que lo más razonable es apreciar la nulidad por no haber respetado las reglas del art. 51.2 ET, es decir, realizar un período de consultas conforme a la buena fe.⁹⁵² En apoyo a esta tesis, se cita el art. 148 b) LRJS, que en materia de impugnación de oficio por la autoridad laboral permite la declaración de nulidad cuando el acuerdo se haya alcanzado con fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho.

Ahora bien, no constituye motivo de nulidad el incumplimiento de otros extremos regulados en otros apartados del art. 51 ET, distintos del art. 51.2 ET, como la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social para mayores de 55 años (art. 51.9 ET), o el cumplimiento de las medidas contempladas en el plan de recolocación externa (art. 51.10 ET).⁹⁵³

2.5.- La modalidad de impugnación individual de los despidos⁹⁵⁴

En el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, cada trabajador individualmente afectado tiene derecho a impugnar la extinción individual de su contrato derivada del despido colectivo. La previsión al respecto se contempla en el art. 124.13 LRJS, que remite, por lo que al procedimiento respecta, a las previsiones de los arts. 120-123 LRJS en materia de despido objetivo, aunque con ciertas especialidades. La impugnación individual de las extinciones individuales se convierte en necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva del trabajador individualmente afectado, en tanto que en la modalidad de impugnación colectiva no tiene reconocida legitimidad activa. La competencia para conocer de las acciones individuales en materia de despido colectivo corresponde a los Juzgados de lo Social (art. 6 LRJS), y la sentencia que se dicte será recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ (art. 190-191.1 LRJS).⁹⁵⁵

La impugnación individual se configura como el mecanismo de control judicial de la fase individual del despido colectivo, es decir, aquella en la que el empresario, tras alcanzar un acuerdo o adoptar una decisión, procede a notificar a los trabajadores individualmente

⁹⁵² En este sentido se pronuncia SEMPERE NAVARRO (2016), p. 716-717; y BODAS MARTÍN (2012), p. 534-535, a quien le provoca “fuerte perplejidad” que la nueva redacción no contemple dicha causa de nulidad.

⁹⁵³ STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013).

⁹⁵⁴ Sobre la impugnación individual de los despidos derivados de un procedimiento de despido colectivo, vid. en más detalle BLASCO PELLICER (2013), p. 113-115; PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 77; BODAS MARTÍN (2012), p. 539 y ss.; y SÁEZ LARA (2015), p. 299 y ss.

⁹⁵⁵ BODAS MARTÍN (2012), p. 548.

su despido. Para garantizar la articulación de la impugnación individual con la eventual impugnación colectiva, el art. 124.13 b)-1º LRJS señala que el plazo de caducidad de la impugnación individual no empieza a computar hasta que la sentencia recaída en el proceso colectivo haya adquirido firmeza.

Por otro lado, la impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores tiene efectos suspensivos sobre los procesos individuales ya iniciados, o que se inicien posteriormente, debido a la fuerza de cosa juzgada que el art. 124.13 b)-2º LRJS confiere a la sentencia dictada en el proceso colectivo.⁹⁵⁶ Dicho precepto, además, señala que “el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores. Se trata de una previsión que genera cierta controversia, pues limita los motivos de impugnación admisibles, lo que demuestra la voluntad del legislador de restringir los motivos de impugnación a fin de eliminar las cuestiones de carácter colectivo que ya pudieron ser planteadas en la impugnación colectiva.”⁹⁵⁷

A pesar del objetivo del legislador de garantizar una respuesta judicial rápida y homogénea respecto a los despidos, la eventual ausencia de impugnación colectiva puede desvirtuar dicho objetivo, pues no se dispondrá de una sentencia colectiva con efectos de cosa juzgada, y las impugnaciones individuales se sucederán dando lugar a respuestas tardías y plurales.⁹⁵⁸

La diferencia de objeto entre la modalidad colectiva y la modalidad individual plantea alguna dificultad de “deslinde” ante la común confusión entre las reglas de prioridad de permanencia y los criterios de selección.⁹⁵⁹ Confundir ambos conceptos puede ser muy problemático, ya que la regularidad de los criterios de selección es objeto de conocimiento judicial a través del proceso colectivo, mientras que las reglas de prioridad de permanencia y la aplicación individualizada de los criterios se discuten a través de la impugnación individual. A ello no contribuye nada el hecho de que muchas veces son la empresa o la representación de los trabajadores quienes en el acuerdo alcanzado

⁹⁵⁶ Dicha fuerza de cosa juzgada es similar a la contemplada en el art. 160.5 LRJS para los procesos de conflicto colectivo. Vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 77.

⁹⁵⁷ Así lo considera AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 796-797.

⁹⁵⁸ Así lo ha apreciado BODAS MARTÍN (2012), p. 509 y 547.

⁹⁵⁹ Así lo destaca AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 787.

confunden dichos conceptos, por ejemplo estableciendo “criterios” de afectación que en realidad constituyen criterios de “preferente permanencia”.⁹⁶⁰

2.5.1.- Configuración procesal de la impugnación individual

El art. 124.13 LRJS distingue dos cauces de impugnación individual dependiendo de que el despido colectivo haya sido objeto de impugnación colectiva o no. Así, el precepto prevé dos “submodalidades”, en función de si previamente ha habido o no impugnación colectiva.⁹⁶¹

En cuanto a los motivos de impugnación, el art. 124.13 LRJS no los señala. A falta de mención expresa en el art. 124.13 LRJS, un sector de la doctrina ha considerado que las causas de impugnación en el proceso individual no tienen restricción alguna.⁹⁶² De una lectura sistemática de los arts. 120 a 124 LRJS pueden deducirse los motivos de impugnación posibles a través de la impugnación individual, o al menos aquellas cuestiones que pueden ser objeto de conocimiento judicial a través de la misma.

En primer lugar, cabe señalar que esta modalidad de impugnación está pensada para que el órgano judicial conozca no de los aspectos colectivos que afectan en su totalidad al procedimiento de despido colectivo o a los trabajadores afectados en su conjunto, sino que pretende ser cauce de aquellas pretensiones que versen sobre la adecuación jurídica de los despidos llevados a cabo por el empresario en la fase individual del despido colectivo, es decir, en la ejecución individual de los despidos de los concretos trabajadores afectados.

⁹⁶⁰ Vid. STSJ Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014): “Tampoco son equivalentes los conceptos de preferencia en la permanencia en la empresa y de aplicación de los criterios de selección a nivel individual como consecuencia del despido colectivo. Los primeros vienen impuestos por mandato legal o convencional e, incluso, pueden establecerse en el pacto final del período de consultas. [...] Previsiones [del art. 13 RPDC] sobre derecho preferente a permanecer en la empresa que no cabe confundir con la aplicación de los criterios de afectación del personal que no goce de tal prioridad.”

⁹⁶¹ Así las califica AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 789-800: impugnación individual no subordinada a impugnación colectiva, del art. 124.13 a) LRJS, e impugnación individual subordinada a impugnación colectiva, del art. 124.13 b) LRJS. Para dicho autor, llama la atención que el factor de diferenciación sea la pendencia o no de un proceso colectivo, cuando pareciera más razonable que la diferenciación dependiese del hecho de que el despido se hubiera efectuado con acuerdo o sin él. Parece razonable dicha posición, ya que el despido colectivo efectuado con acuerdo tiene un cierto carácter reforzado de cara a impugnaciones posteriores, aunque no es menos cierto que lo determinante es la existencia de un pronunciamiento judicial de carácter colectivo, pues tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales ex art. 124.13 b)-2º LRJS.

⁹⁶² Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2013), p. 54; y PÉREZ CAPITÁN (2013), p. 282.

En este sentido, cabe clasificar los eventuales motivos de impugnación en función de la calificación jurídica a que darían lugar. Así, con posibilidad de que su incumplimiento diera lugar a la declaración de improcedencia del despido, esta modalidad de impugnación individual puede conocer de las pretensiones relativas al cumplimiento de los requisitos formales de despido del art. 53.1 ET, y muy en particular del requisito de entregar al trabajador una comunicación escrita de su despido “expresando la causa” ex art. 53.1 a) ET y art. 122.3 LRJS. Ello debe ponerse en conexión con la doctrina sobre la regularidad del contenido de la carta de despido, abordada en detalle en el Epígrafe 1, y más en particular sobre la inclusión y alcance de los criterios de selección en la misma. El Tribunal Supremo ha respaldado expresamente este modelo de impugnación. Así, la STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013), asunto Agencia Pedro Laín Entralgo, señala que “las irregularidades que puedan haberse cometido en la notificación de la decisión final del despido a cada uno de los trabajadores no ha de ser examinada en el ámbito de la impugnación del despido colectivo por el cauce del artículo 124.1 de la LRJS, procediendo, en su caso, la alegación de dichas irregularidades en el procedimiento de impugnación individual de los despidos”.

Por otra parte, si bien la aplicación discriminatoria o con vulneración de los derechos fundamentales de los criterios de selección, así como el incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia, llevan aparejados la declaración de nulidad, no sucede lo mismo con la incorrecta aplicación de los criterios de selección, para la que se reserva la declaración de improcedencia. Así lo han señalado los tribunales, por ejemplo la STSJ País Vasco de 10 de marzo de 2015 (rec. 233/2015), que señala que “la ley no contempla un tratamiento específico para la violación por el empresario de los criterios de selección, lo que significa que el efecto que deriva de tan ilícita actuación no es la nulidad del despido individual, cuyas causas se regulan restrictivamente, sino su improcedencia, sin que quepa la aplicación analógica de la regla del art. 124.13 a)-4º LRJS, al no apreciarse identidad de razón”, argumentación que me resulta razonable.⁹⁶³

También existen motivos de impugnación que pueden dar lugar a la declaración de nulidad del despido. Así, cabe citar, con independencia de que haya habido o no una impugnación colectiva, las causas de nulidad que para el despido objetivo prevé el art.

⁹⁶³ AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 794, no comparte plenamente dicha conclusión, al considerar que cabría interpretar que el despido realizado sin respetar los criterios de selección se ha efectuado en fraude de ley por eludir las normas establecidas por los despidos colectivos. Aun así, tampoco resulta convincente dicha argumentación, ya que el art. 124.13 LRJS prevé la nulidad “únicamente” por la no realización del período de consultas o la no entrega de la documentación del art. 51.2 ET.

122.2 LRJS,⁹⁶⁴ y que son: despido discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales; trabajadores con contrato suspendido por motivos relacionados con la maternidad, lactancia y otros motivos familiares; trabajadoras embarazadas; o trabajadores reintegrados tras la finalización de los mencionados períodos de suspensión, salvo que hubieran transcurrido 9 meses desde el nacimiento, adopción o acogimiento del hijo, salvo que se acrediten motivos ajenos a la situación personal que justifiquen el despido.⁹⁶⁵

Por lo tanto, la aplicación discriminatoria de los criterios de selección permite al trabajador afectado impugnar individualmente su afectación, a fin de que se declare la nulidad de su despido.

En el supuesto de impugnación individual no subordinada a impugnación colectiva, el art. 124.13 a)-3º LRJS contempla la nulidad del despido en el caso de que el empresario no haya celebrado el período de consultas o no haya entregado la documentación del art. 51.2 ET, pero no por el incumplimiento de otras formalidades del mismo precepto.

⁹⁶⁴ Art. 122.2 LRJS: “La decisión extintiva será nula:

- a) Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
- b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- c) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- d) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.
- e) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras c), d) y e) será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.”

⁹⁶⁵ Sobre ésta última cuestión, téngase presente la STSJ País Vasco de 5 de febrero de 2019 (rec. 74/2019), que califica como nulo el despido objetivo de una trabajadora a los 9 meses y 8 días después del parto, al considerar que la empresa ideó una estrategia para esperar a que la protección legal de la trabajadora finalizase, y no haber acreditado ningún motivo de despido ajeno a la situación familiar a la trabajadora.

5.2.1.- Nulidad por no respetar las reglas de prioridad de permanencia

La causa de nulidad más importante en el ámbito de la impugnación individual, con independencia de que ésta esté subordinada o no a una impugnación colectiva, es el incumplimiento de las prioridades de permanencia “que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas”.⁹⁶⁶ Como ya se ha señalado en el Epígrafe 2.4.3, las pretensiones relativas a las reglas de prioridad de permanencia no se encauzan a través de la impugnación colectiva, sino a través de la individual.⁹⁶⁷ Por otro lado, es destacable que la ley se refiere expresamente a las reglas de prioridad de permanencia no sólo establecidas legalmente (como la de los representantes de los trabajadores), sino también a las previstas en convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado en el período de consultas.⁹⁶⁸

Pues bien, en los supuestos en que el motivo de impugnación sea la aplicación por parte del empresario de las reglas de prioridad de permanencia, el art. 124.13 a)-2º LRJS establece, para la submodalidad de impugnación individual no subordinada a la impugnación colectiva, una regla de litisconsorcio pasivo necesario. Así, en estos supuestos, además de al empresario, será necesario demandar al trabajador o trabajadores beneficiados por la prioridad y respecto de los que el demandante se considere con mejor derecho.⁹⁶⁹ En este punto, la ley se refiere a las “preferencias”, utilizando una nomenclatura desfasada y confusa. En consecuencia, debe entenderse “preferencia” como equivalente a prioridad de permanencia.

Esta regla alcanza, pues, a los trabajadores no afectados por la decisión de despido en virtud de una regla de prioridad de permanencia cuya aplicación el demandante reclame para sí, o bien a los trabajadores no afectados por la decisión de despido en virtud de una regla de prioridad de permanencia que el demandante considere de menor entidad que la

⁹⁶⁶ Arts. 124.13 a)-4º y 124.13 b)-3º LRJS. AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 793-794.

⁹⁶⁷ Sobre los motivos de impugnación en la modalidad individual, vid. PRECIADO DOMÈNECH (2013), p. 8

⁹⁶⁸ AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 794, plantea si el supuesto de nulidad incluye también las prioridades de permanencia no previstas legal o convencionalmente, ni en acuerdo alcanzado en período de consultas, sino decididas unilateralmente por el empresario en su decisión final, señalando que la lógica indica que así debe ser.

⁹⁶⁹ Art. 124.13 a)-2º LRJS: “Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados.” A mayor abundamiento, en los supuestos de despido colectivo de personal laboral en el sector público ex D.A. 16ª ET, la prioridad de permanencia del personal laboral fijo “que haya adquirido tal condición a través de un procedimiento selectivo convocado al efecto y basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad”, también habrá que tener presente dicha previsión sobre el litisconsorcio pasivo necesario.

que le corresponde a él mismo (en supuestos de prelación de reglas de prioridad de permanencia).⁹⁷⁰

La norma guarda silencio respecto de los supuestos en que el despido sí ha sido impugnado a través de la modalidad colectiva, en los que no se exige demandar a los trabajadores respecto de los que se discute la aplicación de la regla de prioridad de permanencia.⁹⁷¹ La doctrina ha criticado este silencio, pues se trata de una “clamorosa disfunción” que debe ser corregida por los tribunales, aplicando por analogía la regla del litisconsorcio pasivo necesario también en los supuestos en que haya habido impugnación colectiva.⁹⁷² No en balde, en ambos casos puede plantearse la discusión sobre las reglas de prioridad de permanencia, que tienen una afectación individual, con independencia del resultado del proceso colectivo.

Otra cuestión a señalar es que el precepto no señala las consecuencias jurídicas para el codemandado en virtud de dicha regla de litisconsorcio pasivo necesario.⁹⁷³ AGUSTÍ MARAGALL,⁹⁷⁴ plantea la cuestión de si la regla de litisconsorcio pasivo necesario es también aplicable en los supuestos en que se discuta la aplicación de los criterios de selección, debiendo demandar también al trabajador o trabajadores no afectados respecto de los que el impugnante se considere con mejor derecho, cuestión sobre la que no puedo estar de acuerdo, por la enorme complejidad que entrañaría, y porque los criterios de selección no tienen la misma configuración que las reglas de “prioridad”, que por definición implican una ordenación de unos trabajadores frente a otros. De hecho, la STSJ

⁹⁷⁰ Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2016), p. 616; y BODAS MARTÍN (2012), p. 544.

⁹⁷¹ La reforma operada por el RDL 11/2013 ha suprimido la regla de litisconsorcio pasivo necesario respecto de los representantes legales de los trabajadores en los supuestos en que se hubiera alcanzado acuerdo en el período de consultas. A AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 792, le sorprende y lo considera difícilmente justificable, por lo que considera lógico que se demande a los firmantes del acuerdo cuando se discutan aspectos formales, procedimentales o causales. También SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2016), p. 616-617, quien considera que el litisconsorcio pasivo necesario de los representantes de los trabajadores en caso de acuerdo revestía cierta “lógica”. De hecho, el art. 124.4 LRJS sí que contempla el litisconsorcio pasivo necesario de los representantes en la impugnación colectiva de despidos que hayan finalizado con acuerdo.

⁹⁷² Así lo aprecia AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 791. El autor critica también la falta de rigor técnico, como ya he señalado, al referirse a las “preferencias”, cuando sería más apropiado referirse a las prioridades de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas.

⁹⁷³ Vid. AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 792.

⁹⁷⁴ AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 791.

Cataluña de 17 de noviembre de 2015 (rec. 4048/2015) ha rechazado dicha posibilidad, a mi modo de ver de forma acertada.⁹⁷⁵

La llamada a juicio de los trabajadores no afectados respecto de los que el demandante se considere con mejor derecho plantea no pocas complejidades. En primer lugar, exigiría al trabajador afectado hacer un ejercicio de selección de afectados, aplicando los criterios de selección, que corresponde únicamente al empresario. Por su parte, sólo el empresario dispone de información y datos suficientes sobre la totalidad de la plantilla para realizar la aplicación de los criterios de selección, resultando una tarea de gran complejidad para el trabajador afectado. En este sentido, el trabajador afectado sí que puede discutir la incorrecta aplicación de los criterios de selección por lo que a él respecta, pero no dilucidar qué otros trabajadores debieran haber sido afectados.

Además, hay otro elemento a tener en cuenta, y es la diferencia conceptual entre los “criterios”, en tanto que parámetros que el empresario considera para elegir a los afectados, y las “prioridades de permanencia”, que suponen reglas que expresan preferencia para permanecer en la empresa *con respecto a* otro trabajador. Por ello, sólo en el caso de las antes llamadas “preferencias” o prioridades de permanencia, es posible discutir la afectación en confrontación con otro trabajador respecto del que el afectado se considere con mejor derecho, pero no en el caso de los criterios de selección. Así, la prioridad de permanencia expresa que un trabajador tiene prioridad para permanecer en la empresa, prioridad con respecto a otro u otros trabajadores.

Volviendo a la regla de litisconsorcio pasivo necesario en casos en que se discuta la aplicación de reglas de prioridad de permanencia, el propio precepto establece una cautela expresa, señalando que la eventual declaración de nulidad “no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia”, lo cual evita el “efecto contaminante” de la nulidad del despido individual sobre el resto de extinciones.⁹⁷⁶ Dicha cautela viene a confirmar la intención del legislador de dejar las cuestiones relativas a las reglas sobre prioridad de permanencia en el plano estrictamente

⁹⁷⁵ También STSJ Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014): “Tampoco son equivalentes los conceptos de preferencia en la permanencia en la empresa y de aplicación de los criterios de selección a nivel individual como consecuencia del despido colectivo. [...] Por ello, no es menester en principio traer al pleito a quienes no se vieron concernidos por el criterio de designación directa y por ende forzosa de la mercantil codemandada, lo que además habría complicado sobremanera el desarrollo del proceso judicial, volviéndolo ingobernable.” Es habitual encontrar terminología confusa al respecto. Vid. por ejemplo la STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), que se refiere a “criterios de prioridad de permanencia del personal”.

⁹⁷⁶ Arts. 124.13 a)-4º y 124.13 b)-3º LRJS. Sobre la evitación del “efecto contaminante”, vid. BLASCO PELLICER (2013), p. 115.

individual, sin afectar ni siquiera a otras extinciones individuales. Para AGUSTÍ MARAGALL, se trata de una referencia innecesaria, y plantea la duda de qué sucede con aquellas extinciones que, hipotéticamente, no hayan respetado dichas prioridades.⁹⁷⁷ A mi modo de ver, los eventuales incumplimientos de las reglas sobre prioridad de permanencia sólo son controlables mediante la impugnación individual por parte del trabajador afectado; por ello, la impugnación por parte de un trabajador sobre la prioridad de permanencia de la que eventualmente sea beneficiario, no puede en ningún modo incidir ni cuestionar la regularidad de otras extinciones, que habrá que presumir correctas.

Finalmente, cabe señalar que corresponde al empresario probar el cumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia, justificando la eventual afectación por el despido de trabajadores titulares de alguna prioridad, tal y como se ha comentado en el Capítulo IV. Así lo señala expresamente el art. 13.3 RPDC, al afirmar que “la empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa”. No en balde, recordemos que las reglas de prioridad de permanencia están íntimamente ligadas con el ejercicio de derechos fundamentales, y de ahí se extrae, según mi punto de vista, que el legislador haya querido sancionar con la nulidad las extinciones realizadas en contravención de las mismas. Así, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores está íntimamente ligada con el derecho fundamental a la libertad sindical. El resto de prioridades de permanencia que pudieran establecerse vía convencional, normalmente atenderán a la protección de colectivos socialmente vulnerables sobre los que podrían producirse afectaciones discriminatorias, a fin de que queden a salvo de las extinciones.

En este sentido, la STSJ Madrid de 12 de marzo de 2012 (rec. 823/2012) señala que “la preferencia que otorga la protección de los derechos fundamentales, aplicada al derecho de prioridad de permanencia, obliga a la empresa a acreditar en el expediente de regulación la concurrencia de razones organizativas o productivas de entidad que justifiquen la exclusión de aquel derecho [...], pues, en otro caso, ha de entenderse que prima la garantía legalmente establecida”, conectándolo con la doctrina constitucional de alteración de la carga de la prueba en materia de indicios de discriminación.⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ AGUSTÍ MARAGALL (2016), p. 794.

⁹⁷⁸ Así, continúa señalando: “Aquel carácter preferente determina la inversión del *onus probandi* (carga de la prueba) en la acreditación de las causas que justifican el carácter no discriminatorio o antisindical del despido si por el trabajador se aducen hechos de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental”, en los términos de la STC 17/2003, de 30 de enero (rec. 1150/1999).

CONCLUSIONES

Concluido el trabajo de investigación, se hace necesario establecer las conclusiones que se han alcanzado sobre el objeto de estudio. En primer lugar, y como cuestión referida a la metodología, cabe señalar que el objeto de estudio cuenta con innumerables pronunciamientos judiciales, debido al carácter casuístico de la materia y a la multiplicidad de cuestiones que se abordan. Así, el establecimiento de criterios de selección tiene un especial vínculo con el procedimiento de despido colectivo concreto en el que se apliquen, en particular por lo que respecta a las circunstancias concretas del caso. Como consecuencia, se hace difícil establecer reglas generales sobre los mismos, y quizás ello en parte explica el escaso desarrollo normativo en la materia, al menos por lo que respecta a su determinación.

Del mismo modo, los criterios de selección abarcan cuestiones de relevancia jurídica muy diversa, empezando por los mismos criterios de selección, con una amplia variedad y tipología (antigüedad, rentabilidad, productividad, adscripción a puesto excedente, absentismo, proximidad a la edad de jubilación, etc.), por lo que llevan a tratar cuestiones de muy diversa índole. Además, con la aplicación de los criterios de selección entran en juego muchas otras cuestiones, como la prohibición de discriminación (desde por razones sindicales, por sexo, hasta los discapacitados), la doctrina sobre suficiencia de la documentación en el período de consultas, la problemática de los trabajadores de mayor edad, el papel de los representantes de los trabajadores en todo el procedimiento, las cuestiones relativas a la impugnación judicial de los criterios de selección, y también la prioridad de permanencia a favor de los representantes de los trabajadores. Se trata de cuestiones muy diversas que han dado pie a una interesante investigación en la materia.

1.- Sobre el marco teórico de los criterios: reforma laboral y facultades empresariales

La presente Tesis se ha centrado en los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, con especial incidencia tras la reforma laboral operada por el

RDL 3/2012 y la Ley 3/2012. La importancia de dicha reforma en la configuración del actual marco normativo de los despidos colectivos en España es de gran importancia, como se ha tenido ocasión de apuntar en el Capítulo I. Así, si bien la reforma intenta reforzar las previsiones “compensatorias” de carácter social en el despido colectivo (a través del plan de recolocación externa, las medidas sociales de acompañamiento, la aportación económica al Tesoro público, y la protección de los trabajadores de mayor edad a través de la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social), lo cierto es que la reforma ha producido una considerable flexibilización del marco normativo del despido colectivo, haciéndolo más fácil para la empresa.

No me corresponde en este trabajo realizar una reflexión en profundidad sobre la reforma laboral de 2012, pero sí que hay algunos aspectos que se deben comentar. En primer lugar, la supresión de la autorización administrativa previa ha sido una medida positiva, eliminando el eventual control gubernamental sobre la adopción de una medida –el despido– que, en definitiva, corresponde al empresario, y cuyo control debe residenciarse en los órganos jurisdiccionales.

Pero, con independencia de ello, la reforma de 2012 ha traído consigo una flexibilización de las causas de despido colectivo, de suerte que se ha ampliado el margen decisorio empresarial a la hora de acudir a los despidos colectivos, lo cual incide necesariamente en los criterios de selección de los afectados. Si bien es cierto que la reforma de 2012 ha pretendido potenciar los instrumentos de flexibilidad interna (movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, reducciones de jornada, inaplicación convencional), no lo es menos que el despido será en muchas ocasiones una medida más apetecible para el empresario.

La reforma de 2012 ha traído consigo un cambio en la configuración del control judicial de los despidos colectivos, con intensos debates entre la doctrina y en los tribunales. Del control judicial cabe destacar que los tribunales no pueden controlar la adopción de medidas que corresponden a la esfera de la gestión económico-empresarial, y que por tanto corresponde adoptar al empresario. En dicho punto debe incluirse la determinación del número de afectados por el despido colectivo así como la determinación de quiénes son dichos afectados, es decir, la fijación de unos criterios de selección. Todo ello, obviamente, dentro del respeto a los límites generales del ordenamiento jurídico y a las reglas de prioridad de permanencia.

El art. 51 ET obliga al empresario a informar sobre los criterios de selección a los representantes de los trabajadores, pero no fija unas pautas o reglas sobre su eventual determinación, que corresponderá al empresario. El único límite expreso a la

determinación de los criterios de selección que se prevé en el ordenamiento jurídico español es el referido a la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, prevista en el art. 51.5 ET en relación con el art. 68 b) ET. Fuera de dicha limitación expresa, y del resto de limitaciones generales que impone el ordenamiento jurídico (como el principio de proporcionalidad, la prohibición de no discriminación o trato arbitrario, la prohibición del fraude de ley y abuso de derecho, etc.), la mayoría de la doctrina y los tribunales han configurado la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados como una facultad empresarial que se enmarca dentro de los poderes de dirección y organización del empresario (art. 20 ET) y del principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE).

Ello determina que es al empresario a quien corresponde adoptar la medida de reestructuración que crea que le convenga (con respeto a las causas legales y a los límites del ordenamiento jurídico, como el principio de proporcionalidad), así como, en el marco de la medida escogida –por ejemplo, el despido colectivo–, determinar el número de trabajadores afectados y, en especial, los criterios de selección (*lato sensu*) a tener en cuenta para determinar qué trabajadores concretos se verán afectados por dicha medida, así como la aplicación concreta de dichos criterios a los trabajadores particularmente afectados (criterios *stricto sensu*). Por lo tanto, la cuestión de los criterios de selección atañe a la libertad del empresario, pero, como se estudia a lo largo de la Tesis y en especial en el Capítulo IV, dicha facultad se va a ceñir a una serie de límites que vienen establecidos por el ordenamiento jurídico y que los tribunales han ido delimitando.

La determinación de los criterios de selección se configura también como una facultad empresarial en el resto de ordenamientos jurídicos nacionales de nuestro entorno europeo. Ello es como consecuencia de la incidencia de las directivas europeas en materia de despido colectivo, o más en general las relativas a la igualdad de trato y no discriminación. Como consecuencia, el procedimiento de despido colectivo es muy similar en todos los países europeos, siendo de destacar la existencia de un período de consultas con los representantes de los trabajadores en el que se les informa de diversos parámetros atinentes a la medida prevista de reestructuración, entre los que destaca el número de afectados y los criterios de selección. Dichos aspectos deben ser objeto de negociación durante el período de consultas, que así constituye para la representación de los trabajadores una buena oportunidad para evitar las consecuencias negativas de la reestructuración.

En el panorama comparado europeo, dentro de la similitud con la configuración del despido colectivo en el ordenamiento español, he distinguido tres modelos: un modelo

pautado o reglamentado, un modelo libre o abierto, y un modelo mixto. Así, en el modelo pautado o reglamentado se incluyen países que de una manera u otra disciplinan la determinación de los criterios de selección, bien de una manera más laxa, como es el caso de Alemania a través de principios generales como el de respeto a las buenas costumbres y a la buena fe, o bien de una manera más expresa, como el caso de Francia, Italia o Suecia, que contienen indicaciones sobre algunos de los criterios que el empresario debe tener en cuenta a la hora de realizar la selección. Por el contrario, en el modelo libre se encuentran países como Austria o, con su específica tradición jurídica, Reino Unido, que dejan al empresario un amplio margen para determinar los criterios de selección. El caso de Portugal es interesante de resaltar, ya que dispone de un modelo mixto en el que el despido objetivo plural aparece pautado, con indicación de los criterios de selección a tener en cuenta, mientras que en los despidos colectivos se confiere al empresario una amplia libertad para determinar los trabajadores afectados, en línea con las previsiones normativas de países con un modelo libre o abierto en la materia.

El caso español, por su escasa regulación, sería incardinable en el modelo abierto, que confiere una amplia libertad al empresario a la hora de configurar los criterios de selección. Más allá de las medidas compensatorias (suscripción del convenio especial, por ejemplo), la única previsión social que contempla la legislación española en materia de selección es la mención en el art. 51.5 ET a la posibilidad de acordar reglas de prioridad de permanencia en convenios colectivos o mediante el período de consultas, a fin de que se beneficien colectivos vinculados con, a título ejemplificativo, cargas familiares, mayor edad, o discapacidad. Ciertamente se trata de una previsión innecesaria, como se ha comentado a lo largo de la Tesis, y que tiene un valor promocional de dudosa efectividad.

2.- Sobre el marco normativo de los criterios de selección en España

El Capítulo II lo he dedicado a estudiar el marco normativo completo aplicable a la cuestión del establecimiento de los criterios de selección en el despido colectivo. A la hora de establecer los criterios de selección, el empresario debe tener en cuenta un marco normativo aplicable, que si bien no es exhaustivo en su regulación, sí que proviene de distintas fuentes. Así, se ha destacado una normativa de origen internacional que incide sobre la regulación de los despidos colectivos; una normativa de origen europeo, de Derecho de la Unión Europea, y que condiciona el marco del despido colectivo en España y en el resto de buena parte de Europa; y una normativa estatal española en la materia.

La normativa internacional de la OIT fija unos principios generales en materia de despido colectivo; y a pesar de que los tratados internacionales tienen una posición normativa jerárquicamente superior a la normativa estatal, su contenido aporta cuestiones ya incluidas en la normativa estatal, como la prohibición de despido por razones discriminatorias o el principio de causalidad del despido. La Recomendación núm. 119 sí que menciona los criterios de selección, y señala que los mismos deberían ser precisos, fijarse –en la medida de lo posible– con carácter previo al despido colectivo, y tener en cuenta no sólo los intereses de la empresa sino también los de los propios trabajadores. A fin de cuentas, se trata de una recomendación, pero como tal puede servir para interpretar la normativa española en la materia. De hecho, parte de los caracteres generales de los criterios de los que trato en el Capítulo III, tienen esta inspiración: deben ser objetivos, precisos y suficientes.

La normativa europea –que es como me refiero al Derecho de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009– sí que ha tenido una incidencia más directa sobre la normativa española. Así, la Unión Europea ha legislado sobre despidos colectivos a través de las Directivas 75/29/CEE, la 92/56/CEE, y la actual 98/59/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. La más destacada aportación de dicha normativa es la configuración de un período de consultas con los representantes de los trabajadores para discutir la medida de reestructuración propuesta por el empresario. En dicho período de consultas, el empresario debe informar de una serie de extremos, entre los que destacan el número de trabajadores afectados, su clasificación profesional, el período previsto para realizar las extinciones y los criterios de selección previstos para determinar los afectados, extremos que se han estudiado en el Capítulo III. Ahora bien, la normativa europea no especifica nada sobre los criterios de selección, por lo que deja al empresario un amplio margen para su determinación, de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales.

Sería difícil pretender que la Unión Europea disciplinase alguna cuestión más concreta sobre la determinación de los criterios, debido a la imposibilidad de alcanzar un consenso entre los distintos Estados miembros, cada uno de los cuales tiene un modelo distinto a la hora de conferir mayor o menor margen de discrecionalidad al empresario para determinar los criterios de selección. En consecuencia, sobre el requisito de informar acerca de los criterios de selección, sólo resulta de interés aplicar, a modo interpretativo, las previsiones que con carácter general prevé la Directiva 2002/14/CE en materia de información y consulta a los trabajadores, que requiere que la información proporcionada tenga un contenido apropiado, así como la jurisprudencia del TJUE en la materia.

No obstante, la Unión Europea sí que ha regulado otras materias no directamente relacionadas con los despidos colectivos o los criterios de selección, pero que tienen una fuerte incidencia en la cuestión de la que se ocupa el presente estudio. Me refiero a las directivas en materia de prohibición de discriminación, cuya interpretación por el TJUE tiene gran incidencia en el modelo español de despido colectivo, así como a la normativa protectora de colectivos específicos, como la Directiva 92/85/CEE de protección de la trabajadora embarazada. Ésta última impone a los Estados miembros la obligación de “tomar las medidas necesarias” para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, en el período comprendido desde el inicio del embarazo hasta la finalización del permiso de maternidad, a excepción de aquellos casos en los que el despido se realice por motivos no inherentes al estado de embarazo. En particular, ello ha generado un debate sobre si la protección que confiere el Derecho español a la trabajadora embarazada es suficiente, concluyendo el TJUE que sí, sin perjuicio de que el legislador español quiera otorgar una protección mayor que vaya más allá de las disposiciones de mínimos que fijan las directivas.

La tutela de la trabajadora embarazada, y de otros colectivos sensibles relacionados con la conciliación familiar, se explicita a través de la reforzada protección frente al despido discriminatorio por razón de embarazo o motivos relacionados con la familia, lo cual no obsta a que pueda proponerse una reforma legal que incluya una regla expresa de prioridad de permanencia favor de trabajadoras que se encuentren en dicha situación, a falta de que se establezca de manera generalizada mediante la negociación colectiva.

En cuanto a la normativa española en la materia, habría que matizar que me refiero a la normativa de origen en instituciones españolas, ya que la normativa internacional (OIT) ratificada por España, y la normativa europea (UE), también forman parte del ordenamiento español y constituyen, por tanto, normativa española. Pues bien, hecha esta aclaración, la normativa emanada específicamente de las instituciones españolas cuenta con una evolución histórica que ha sido de interés estudiar, y ello como consecuencia de que, con anterioridad a la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el modelo español se basaba en un complejo sistema de “preferencias” en el que se reglaba, de manera harto farragosa y confusa, el orden de prelación con el que la empresa debía efectuar los despidos. Dicho sistema se basaba en criterios como la antigüedad, o consideraciones de índole social y familiar, e incluso algún criterio que yo calificaría de autárquico (la prioritaria afectación de trabajadores extranjeros).

Dicho sistema, felizmente superado en la década de los años 1980, dio como resultado el modelo con el que, con algunas reformas, se dispone en la actualidad, que configura la

determinación de los criterios de selección como una facultad que corresponde al empresario, únicamente sujeta al límite específico del respeto a la regla de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores u otras que puedan establecerse por vía convencional.

Alguna normativa reglamentaria preveía que el empresario aportase obligatoriamente (RD 1980) u opcionalmente (RPRE 2011) la relación nominativa de los trabajadores afectados, extremo totalmente desaparecido en 2012, y de modo acertado, debido a las dificultades que implica que el empresario deba determinar, al inicio de consultas, qué trabajadores van a verse afectados y a los condicionantes que ello puede introducir en la negociación. Precisamente, además de condicionar negativamente el devenir del período de consultas y la negociación con los representantes de los trabajadores, también puede dificultar alcanzar uno de los objetivos del período de consultas, que es reducir el número de despidos. En consecuencia, lo razonable es que el empresario explicita el marco de referencia en el que desea aplicar la medida de reestructuración (número de afectados) y los criterios de selección (*lato sensu*) como parámetros en los que desea basarse para la posterior determinación (*stricto sensu*) de los afectados una vez dichos parámetros sean discutidos y eventualmente pactados con la representación de los trabajadores.

Como se ha señalado, la normativa española actual, ni en el plano legal ni reglamentario, prevé mayor concreción sobre cómo debe realizarse la determinación de los criterios de selección y la aplicación de los mismos, cuestión que permanece pues dentro de la esfera de libertad de gestión del empresario. Por supuesto será necesario que se negocie con los representantes sobre la determinación de los criterios de selección, a fin de que se alcance un acuerdo al respecto; pero a falta del mismo, corresponderá al empresario fijarlos. Así, la fijación de dichos criterios no es libérrima, pues debe sujetarse a una serie de límites.

Cabe comentar brevemente que la negociación colectiva no ha sido profusa en la determinación de una disciplina sobre la facultad de seleccionar a los trabajadores afectados, de suerte que es poco habitual encontrar convenios colectivos que regulen los criterios de selección. La disciplina de los criterios de selección también es posible a través del establecimiento de reglas de prioridad de permanencia para otros colectivos distintos de los representantes de los legales, o sistemas de “ordenación” de los despidos, indicando qué colectivos se verán primeramente afectados o excluidos.

3.- Sobre los criterios de selección en el sector público y la prioridad del personal fijo

En el marco normativo, es de interés destacar la introducción en la reforma laboral de 2012 de la D.A. 16ª en el Estatuto de los Trabajadores, que facilita el recurso a los despidos colectivos en entidades pertenecientes al sector público, y menciona una regla de prioridad de permanencia para el personal laboral fijo de las Administraciones públicas que hubiera adquirido tal condición a través de un procedimiento selectivo convocado al efecto, y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Si bien el presente trabajo se centra en los criterios de selección en el marco del sector privado, no podía obviarse la mención al sector público y a los debates que ha suscitado entre la doctrina.

De conformidad con el art. 41 RPDC de 2012, la prioridad del personal fijo sólo se aplica cuando lo establezca el ente correspondiente, y únicamente en los despidos colectivos en el sector público administrativo, es decir, que constituya Administración pública; y no así en el sector público empresarial, que se rige por las mismas disposiciones legales y reglamentarias que el despido colectivo en empresas privadas. Cabe plantearse por qué el legislador de 2012 no incorporó la prioridad del personal fijo con carácter preceptivo. La respuesta debe encontrarse en el interés de que en la Administración pública, junto con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, se respeten también los principios de eficacia en la actuación administrativa y de conformidad con el interés general. Así, las circunstancias en las que se encuentren los entes públicos son tan variadas, que una mínima prudencia aconseja no reglamentar la selección de los afectados.

4.- Sobre el establecimiento de los criterios de selección a lo largo del procedimiento de despido colectivo

En el Capítulo III se ha analizado la fijación de los criterios de selección a lo largo del procedimiento de despido colectivo. Dicho procedimiento consta de dos fases: una colectiva, en el que resulta central la negociación con los representantes de los trabajadores en el período de consultas, y una individual en la que el empresario aplica la decisión extintiva a los concretos trabajadores afectados. Pues bien, la configuración de los criterios de selección en el modelo español tiene una especial proyección a lo largo de la fase colectiva del procedimiento de despido colectivo, ya que es el momento en el que van a fijarse, negociarse y configurarse dichos criterios. Por ello he estudiado los

criterios de selección a lo largo de los distintos momentos o fases por las que atraviesa el procedimiento de despido colectivo.⁹⁷⁹

En este punto, el trámite de vital importancia para la fijación (inicial) de los criterios de selección que el empresario pretende utilizar dentro del marco de afectación de la medida propuesta, es el trámite de la comunicación inicial del período de consultas. Dicha importancia radica en los extremos de los que el empresario debe informar a la representación de los trabajadores al inicio del período de consultas, y que determinan el marco de afectación de la medida propuesta y prefijan los criterios que el empresario pretende tener en cuenta para la selección de los trabajadores afectados y que sujeta a negociación con los representantes.

El primero de los extremos se refiere al número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, que viene a determinar el marco o perímetro de afectación de la medida de reestructuración propuesta por el empresario, y dentro del cual se efectuará posteriormente la selección de los afectados. Se trata de una obligación de información derivada de la normativa europea, y que pretende establecer el marco de afectación de la medida a efectos de realizar un cierto control sobre el ámbito de incidencia de la causa alegada por el empresario. En este sentido, no cabe duda de que la causa alegada deberá guardar coherencia con el marco de afectación propuesto por el empresario. Pero a los efectos que me interesan en la presente investigación, la determinación de dicho marco conformado por el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados reviste especial importancia por constituir el perímetro dentro del cual se va a efectuar la selección de los afectados por el despido colectivo, es decir, el marco en el que se aplicarán los criterios de selección. En tanto que marco en el que va a proyectarse la medida, las alteraciones en el número de afectados pueden tener diversa incidencia en el devenir del procedimiento. Sobre ello, cabe decir que la reducción del número de afectados no sólo resulta posible, sino también deseable, pues constituye precisamente uno de los objetivos del período de consultas. Por el contrario, un aumento final del número de afectados podría determinar la nulidad del despido por vulneración del deber de negociar de buena fe e incumplimiento de los deberes documentales.

No obstante, se ha admitido la posibilidad de la afectación genérica de la totalidad de la plantilla, sobre todo en despidos de tipo económico, respecto de lo cual me muestro favorable, siempre con determinadas cautelas. Así, en función de las circunstancias de la empresa (tamaño, volumen de plantilla, etc.), y de la causa alegada —en particular, causas

⁹⁷⁹ En la doctrina, también han seguido dicha dinámica BLASCO PELLICER (2009) y ROQUETA BUJ (2015).

económicas—, se ha admitido una eventual afectación inicial de la totalidad de la plantilla, siempre que durante el período de consultas se concrete el marco definitivo de afectación en el que se realizarán los despidos, así como los criterios a tener en cuenta para seleccionar a los afectados. Dicha posibilidad es viable en casos en que la empresa pretenda negociar el ámbito de afectación del despido por tener las causas una incidencia general sobre la totalidad de la plantilla, lo cual confiere a los representantes un poder de negociación al respecto que de otro modo quedaría limitado por una inicial e unilateral fijación por parte del empresario del marco de afectación del despido.

Otros extremos se refieren al número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, y al período previsto para efectuar los despidos. Se trata de dos extremos que tienen estrecha vinculación con el control de las causas del despido. En el caso del período previsto para efectuar los despidos, cobra especial incidencia el principio de actualidad de la causa, de suerte que el despido requiere que la causa sea actual, por lo que no podrá demorarse el despido más de lo necesario, y tampoco podrán preverse despidos fundados en causas futuras o hipotéticas.

Con ello, el extremo que resulta de especial interés para la presente investigación es, por razones obvias, el relativo a los criterios de selección, que como ya señalé está confusamente redactado, al referirse a los criterios “tenidos en cuenta”, cuando más bien debiera referirse a los criterios a tener en cuenta para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo. Por lo tanto, en este extremo el empresario informa a los representantes de los parámetros va a seguir a la hora de determinar qué concretos trabajadores van a verse afectados por la medida extintiva, y los pone en liza a fin de debatir su contenido y alcance con los mismos representantes. En consecuencia, los tribunales admiten que dichos criterios sean “mejorados” a través de la negociación en el período de consultas, de suerte que incluyan parámetros que atiendan más a los intereses de los trabajadores en vez de los empresariales, previendo la exclusión del despido de determinados trabajadores con necesidades sociales, o incluso llegando a acordar los criterios con los representantes.

A la hora de “mejorar” durante el período de consultas los extremos de la comunicación inicial, planteo la diferencia entre los extremos cuantitativos (número de afectados) y los extremos cualitativos (criterios de selección). El número de afectados no cabe duda que se verá mejorado si hay una reducción de los mismos. En cambio respecto de los criterios de selección no siempre está claro lo que supone una “mejoría”. En algunos casos es indudable que la exclusión del despido de determinados trabajadores vulnerables (por cargas familiares, etc.) supone una mejora. Pero en otros casos no está tan claro, como

puede suceder con criterios como el de la proximidad a la edad de jubilación o el nivel de competencias y rendimiento del trabajador, que en cierto modo atienden a intereses empresariales y sociales a la vez.

Si bien la concreción de los criterios corresponde al empresario, lo cierto es que los criterios de selección expresados al inicio del procedimiento de despido colectivo deberán guardar una coherencia con la causa expresada para acudir a la medida de reestructuración. De hecho, la no aportación de los criterios de selección conduce a la nulidad del despido colectivo, ya que sin ellos es imposible para los representantes de los trabajadores negociar el alcance de la medida extintiva. Ahora bien, la mayor o menor concreción en los criterios aportados dependerá de muchos factores, como las propias causas alegadas por la empresa o las circunstancias de la empresa, como puede ser el volumen de la plantilla o el recurso al criterio de la adscripción voluntaria.

Para mí resulta de especial importancia, y así lo han confirmado los tribunales, no tanto el nivel de concreción de los criterios al inicio del procedimiento de despido colectivo, sino que se permita negociar sobre ellos a lo largo del período de consultas, a fin de que los mismos puedan concretarse durante el mismo e incluso ser objeto de transacción y acuerdo con los representantes de los trabajadores.

En línea con ello, la doctrina ha calificado los criterios de selección como extremo informativo de importancia esencial para el correcto desarrollo del período de consultas, y que sirven para controlar la regularidad de las causas expresadas por el empresario. Sólo mediante la concreción de los criterios de selección puede controlarse la regularidad de la medida extintiva, ya que los criterios servirán para determinar qué concretos trabajadores van a ser en definitiva despedidos.

A la finalización del trámite del período de consultas tiene lugar el trámite de comunicación final del resultado del mismo. Pues bien, en ese punto pueden suceder dos cosas: que se haya alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores, o que no se haya alcanzado acuerdo y el empresario efectúe los despidos unilateralmente. En el caso de que se haya alcanzado acuerdo —lo cual resulta lo más deseable, y sería una manifestación del cumplimiento de los objetivos del período de consultas—, la ejecución de los despidos por parte de la empresa deberá ceñirse a los términos de dicho acuerdo, incluidos los criterios de selección pactados.

Mayor problemática se plantea en los casos en los que no se haya alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores, caso en el que el empresario ejecuta unilateralmente la decisión de despido sin acuerdo. En ausencia de un acuerdo alcanzado

con los representantes que delimite los extremos conforme a los cuales debe llevarse a cabo el despido colectivo, el empresario ejecutará la decisión final actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación inicial. En definitiva, la decisión final debe incluir los elementos que permitan la aplicación de la medida, lo cual se hará en línea con lo manifestado inicialmente por el empresario al inicio del procedimiento de despido colectivo y de modo actualizado en función del desarrollo de la negociación en el período de consultas.

En esta línea, he hablado del principio de congruencia con la comunicación inicial, que implica que el empresario no puede adoptar la decisión final conforme a unos elementos absolutamente desconectados de lo expresado por el mismo en la comunicación inicial. Así, dichos elementos deben ser coherentes con la comunicación inicial, por lo que no podrían ser modificados peyorativamente pero sí, con ciertas cautelas, mejorados. La posibilidad de mejorar las condiciones en que se van a efectuar los despidos puede venir determinada por el desarrollo del período de consultas, en el que la empresa puede haber hecho propuestas que, si bien no son vinculantes, pueden ser unilateralmente asumidas por el empresario si son beneficiosas para los trabajadores y no se ha podido alcanzar un acuerdo. Del mismo modo, el empresario puede asumir parte de las demandas realizadas por el banco social.

A pesar de algunas posturas doctrinales críticas con la posibilidad de modificar, aunque sea *in melius*, los extremos del despido, me muestro partidario de admitirla, pues dichas mejoras no vulneran el principio de negociación de buena fe. Ahora bien, dicha aceptación de la actualización *in melius* de los extremos del despido debe hacerse con cierta cautela, y es que dicha actualización debe guardar coherencia con lo propuesto al inicio del procedimiento, como ya se ha dicho, y también guardar una razonable conexión con lo acontecido con el período de consultas. De este modo, el empresario puede mejorar la propuesta final con ofertas realizadas en el período de consultas o con demandas del banco social, resultando más problemático la asunción de elementos nunca abordados en el período de consultas, por las dudas en cuanto a deberes de información y negociación de buena fe que ello implica.

5.- Sobre el papel de la autoridad laboral

Junto a la mencionada importancia del trámite del período de consultas para negociar, entre otros extremos, el contenido de los criterios de selección, es de destacar el papel de la autoridad laboral durante dicho período de consultas. Tras la supresión de la

autorización administrativa mediante la reforma laboral de 2012, el papel de la autoridad laboral ha experimentado una importante reconfiguración. De este modo, y también en línea con el papel que le confiere la Directiva europea en materia de despidos colectivos, la autoridad laboral asume un papel de acompañamiento a las partes durante la negociación en el período de consultas, permitiéndole formular advertencias y recomendaciones.

La figura más importante a través de la cual la autoridad laboral interviene en el procedimiento de despido colectivo es la del informe de la Inspección de Trabajo previsto en el art. 11 RPDC. La normativa ciñe el informe a los extremos de la comunicación inicial del procedimiento de despido colectivo –por lo que el mismo podrá pronunciarse sobre los criterios de selección fijados por el empresario–, y también al desarrollo del período de consultas, aunque con unos términos bastante generales que plantean dudas sobre el verdadero alcance de dicho informe. Junto con parte de la doctrina, me muestro crítico con la existencia del mismo, o al menos en su configuración actual, sobre todo teniendo en cuenta el hecho de que el mismo se emite a la finalización del período de consultas, por lo que su supuesta utilidad se limita a servir de apoyo a la función de control jurisdiccional que eventualmente tenga lugar tras una impugnación.

6.- Sobre los caracteres generales de los criterios de selección

Los criterios de selección, una vez estructurado el marco procedimental en el que se establecen (comunicación inicial, período de consultas, y decisión final), deben cumplir con una serie de características o requisitos generales que, si bien no vienen exigidos expresamente por ninguna norma, se infieren de una interpretación sistemática de las normas de aplicación y del conjunto del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de dichos caracteres es necesario para la regularidad del despido colectivo, y me refiero al hecho de que los criterios deben ser objetivos, coherentes, suficientes o precisos, y también proporcionados o adecuados al fin perseguido, así respetuosos con los derechos fundamentales y especialmente con la prohibición de discriminación.

El requisito de la objetividad afecta a la definición misma de los criterios de selección. En tanto que los criterios son parámetros generales que determinan la afectación de unos u otros trabajadores, los mismos van a tener necesariamente una formulación objetiva, fundada en elementos de igual apreciación para toda la plantilla, excluyendo la subjetividad. De lo contrario no serían criterios de selección, sino una muestra de selección llevada a cabo por el empresario de manera arbitraria y caprichosa.

La objetividad también afecta a la misma valoración, aplicación o medición del criterio, con especial incidencia en criterios vinculados con el rendimiento o la evaluación del desempeño. De este modo, y en particular cuando la medición se realice mediante herramientas informáticas u otros métodos de evaluación, el método de valoración debe ser objetivo, fiable y verificable, excluyendo valoraciones subjetivas o arbitrarias. En este punto cobran especial importancia criterios basados en baremos o puntuaciones, que a mi modo de ver se trata de mecanismos altamente objetivos si están bien configurados y evalúan diversos parámetros.

El requisito de la coherencia se predica en particular de las causas alegadas por el empresario. Así, el criterio relativo al mayor coste económico del trabajador es coherente con una causa de índole económica, mientras que el criterio relativo a la menor formación puede estar más vinculado a causas de tipo técnico.

Uno de los caracteres generales más importantes es el de la suficiencia o precisión de los criterios: los criterios de selección deben ser lo suficientemente concretos para que, a partir de ellos, pueda inferirse de modo lógico qué trabajadores concretos van a verse afectados por el despido. Dicho requisito se relaciona además con el cumplimiento de las obligaciones de información y documentación que incumben al empresario durante el período de consultas. Sin unos criterios suficientemente claros y precisos, no podrá llevarse a cabo la negociación, y el procedimiento estaría viciado de nulidad. Ahora bien, en función de las circunstancias de la empresa, y de la complejidad de la medida planteada, los criterios de selección expresados al inicio del período de consultas pueden tener una configuración menos específica, a la espera de una mayor concreción tras la negociación con los representantes durante el período de consultas. Tal es el caso de empresas grandes con plantillas complejas, en las que se plantean causas económicas de alcance general, o por ejemplo cuando uno de los criterios propuesto por el empresario sea el relativo a la voluntaria adscripción a los despidos por parte de los trabajadores.

He incidido en la Tesis en la necesidad de reforzar el requisito de la precisión de los criterios de selección en determinados casos, y en particular en el caso en el que la aplicación de los criterios determine la afectación de trabajadores respecto de los cuales pudiera alegarse alguna causa de discriminación. Así, puede citarse el caso de trabajadoras embarazadas o en situación familiar, trabajadores con reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar, trabajadores afiliados a una organización sindical, o incluso representantes legales de los trabajadores, los cuales, a pesar de contar con prioridad de permanencia en la empresa por disposición legal, dicha prioridad no tiene carácter absoluto. En dichos casos, debe exigirse un alto nivel de precisión a los criterios

de selección, ya que unos criterios genéricos podrían dar lugar a una alegación de discriminación y a la eventual nulidad de la extinción afectada. También en general respecto de cualquier trabajador, ya que la precisión de los criterios es indispensable para que el trabajador pueda discutir su afectación en una impugnación individual.

7.- Sobre los límites a la facultad empresarial: en especial, la prohibición de discriminación y la prioridad de permanencia de los RLT

Estudiada la caracterización general de los criterios de selección y el establecimiento de los mismos a través del procedimiento de despido colectivo, cabe destacar la importancia que tiene en la configuración de los mismos su sujeción a una serie de límites. Los límites a los que están sujetos los criterios de selección están delimitados negativamente, y son aplicados principalmente por los órganos jurisdiccionales en el posterior control que realizan en caso de impugnación. Con ello, la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados en el despido colectivo, si bien es libre con carácter general, y no está reglamentada en nuestro ordenamiento, sí que cuenta, como todo poder empresarial, con varios límites que deben ser respetados para que dicha facultad sea ejercida de un modo conforme a Derecho.

En la clasificación de dichos límites, distingo, en primer lugar, los límites específicos a la facultad de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo. Más que límites, habría que hablar de límite específico, en singular, pues se trata del único límite específico que prevé el ordenamiento español desde 1980: la regla de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. Al mismo hay que sumarle las eventuales reglas de prioridad de permanencia que se pacten vía negociación colectiva, bien con carácter previo a través de un convenio colectivo, o bien posteriormente en el mismo acuerdo alcanzado durante el período de consultas.

Por otro lado, la facultad de establecer los criterios se encuentra sujeta a los límites generales del ordenamiento jurídico, algunos de los cuales tienen una especial incidencia en la cuestión. Aquí incluyo el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (libertad sindical, derecho de huelga, garantía de indemnidad, etc.), y en particular la prohibición de trato discriminatorio (por razones de género, discapacidad, edad, etc.) y la prohibición de trato arbitrario e injustificado en situaciones comparables, que vulneraría el requisito de objetividad de los criterios. También se encuentran los límites relativos a la buena fe contractual: la prohibición de fraude de ley y de abuso de derecho.

Como consecuencia en particular de la prohibición de afectación discriminatoria o que vulnere los derechos fundamentales del trabajador, la afectación en el despido colectivo de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos va a resultar problemática. Así, cabe citar los trabajadores afiliados a una organización sindical, las mujeres trabajadoras, las trabajadoras embarazadas, los trabajadores en situación de permiso vinculado con el cuidado de hijos o familiares, los trabajadores discapacitados, o los trabajadores en situación de incapacidad temporal por enfermedad. Se trata de colectivos sensibles, y a los que les resulta de aplicación una ingente jurisprudencia en materia de tutela antidiscriminatoria, que el empresario deberá valorar a la hora de decidir su eventual afectación. De ahí la importancia de establecer unos criterios objetivos y precisos, que garanticen que la afectación se hace por motivos de funcionamiento empresarial, y no atendiendo a la persona del trabajador.

En cuanto al límite específico, la doctrina ha estudiado la figura de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores. A diferencia de los criterios, que son parámetros generales y objetivos que determinan qué trabajadores se verán afectados por el despido colectivo, la regla de prioridad de permanencia opera como una regla que excluye de la selección a determinado trabajador por formar parte, en este caso, de la representación legal de los trabajadores. Dicha protección se extiende a los delegados sindicales y también a los delegados de prevención, tal y como se ha estudiado.

Para que opere la prioridad de permanencia se requiere, necesariamente, que exista más de un trabajador entre los que realizar la selección, uno de los cuales quedará excluido de dicha selección por acción de la mencionada prioridad para permanecer en la empresa (prioridad de no afectación). Se trata de una regla necesaria y que tiene como objetivo proteger a los representantes en el ejercicio de sus funciones. Con ello rechazo la conceptualización de dicha regla como “privilegio”, y me sitúo en línea con la doctrina constitucional que la considera un elemento de tutela de la representación de los trabajadores y de la libertad sindical, ya que pretende evitar, con carácter previo, eventuales afectaciones discriminatorias por motivos sindicales.

Como he señalado en el Capítulo IV, la garantía de prioridad de permanencia tiene un alcance o carácter general, así como una naturaleza relativa o no absoluta. El alcance general implica que la garantía no se circunscribe al estricto ámbito de afectación de la causa –si éste es parcial–, como podría ser el departamento, centro o unidad productiva donde incide la causa, sino que se extiende con carácter general a toda la empresa. Por ello, el trabajador titular de la garantía puede permanecer en la empresa y ser sustituido en su afectación por otro trabajador que no necesariamente se encuentre dentro del ámbito

de afectación del despido, sino fuera del mismo. A ello cabe sumar la incidencia del ámbito de representación, de suerte que el alcance de la garantía lo determinará dicho ámbito, según el representante lo sea de la empresa o del centro. En síntesis, la garantía se extiende al ámbito de representación del titular y no se ciñe necesariamente al ámbito de afectación de la causa de despido.

A pesar de todo, cabe añadir que la garantía no tiene carácter absoluto, sino relativo, por lo que habrá situaciones en que no será posible su operatividad. Por supuesto no cabe aplicarla en casos de cierre total de la empresa, ya que no hay elementos de selección alternativos: todos los trabajadores serán seleccionados. Pero en los despidos parciales, también hay alguna limitación, y la misma viene determinada desde el punto de vista funcional: el representante o titular de la garantía sólo podrá permanecer si existe en la empresa un puesto funcionalmente equivalente o con funciones homogéneas que sean intercambiables y para las que el titular sea idóneo. De no ser así, simplemente la operatividad de la regla no sería posible para la empresa.

La existencia de la regla expresa de prioridad de permanencia para los representantes de los trabajadores exige al empresario justificar expresamente la eventual afectación de los trabajadores titulares de la misma. Así, la normativa exige al empresario que justifique que la afectación de un trabajador titular de dicha garantía se produce por motivos ajenos a posibles causas de discriminación, así como justificar la aplicación de los criterios de selección y la ausencia de puestos equivalentes que pudieran ser desempeñados por el representante.

También es de destacar que la garantía de prioridad de permanencia se ha extendido legalmente a otros sujetos más allá de los representantes legales de los trabajadores, dentro de los cuales se incluyen los delegados de personal y los miembros del comité de empresa. La garantía se extiende también a los delegados sindicales ex art. 10.3 LOLS. La normativa en materia de prevención de riesgos laborales extiende la garantía a los delegados de prevención del art. 35 LPRL, y también a los trabajadores designados por el empresario ex art. 30.1 LPRL para ocuparse de las tareas de prevención, así como a los miembros del servicio de prevención propio creado ex art. 31.1 LPRL, no quedando incluidos aquí los denominados “recursos preventivos” del art. 32 bis LPRL. Por otro lado, la garantía se extiende por supuesto a los eventuales miembros de la comisión *ad hoc* nombrada en ausencia de representación legal de los trabajadores, ya que cumplen la misma función que éstos, y deben gozar de igual protección. Todo ello añade complejidad a una facultad empresarial, la de seleccionar a los afectados, que en principio no está reglamentada, pero cuenta con este tipo de límites.

Por último, los tribunales han dejado claro que un requisito para la operatividad de la garantía es la vigencia del mandato del representante. De este modo, cuando el representante cesa en su cargo, pierde la garantía, no siéndole aplicable la garantía de no ser despedido “dentro del año siguiente a la expiración de su mandato” del art. 68 c) ET, que se refiere a despidos discriminatorios, y no a la prioridad de permanencia del art. 68 b) ET. Del mismo modo, la garantía tampoco se aplica antes de obtener la condición de representante, por lo que la misma no beneficia a los candidatos proclamados antes de resultar electos, con la salvedad de algún caso concreto en el que se demostró que el despido fue una actuación fraudulenta y discriminatoria de la empresa que perseguía que los candidatos no resultasen electos (pero aún en esos casos, según interpreto, se trataba de la garantía antidiscriminatoria, no de una prioridad de permanencia).

8.- Sobre los requisitos de la carta individual de despido

En el Capítulo V se han estudiado las cuestiones procedimentales y de control, para las cuales se hace imprescindible haber estudiado en primer lugar los caracteres generales de los criterios y su fijación en la fase colectiva del procedimiento, así como los límites a los que el ordenamiento jurídico sujeta la facultad empresarial para su establecimiento. Por lo que respecta a la fase individual del despido, me refiero a la notificación individual a los trabajadores afectados por parte del empresario, a través de la conocida carta de despido.

El debate ha girado en torno al contenido de dicha carta, que según el tenor legal debe expresar la causa de despido, y que tiene una importancia trascendental a efectos de que el trabajador conozca los motivos de su despido y pueda defenderse en una eventual impugnación jurisdiccional. En este sentido, los tribunales han señalado que no basta con indicar la causa genérica o remota que motiva la situación negativa que da lugar a la reestructuración, sino que es necesario expresar la causa concreta o próxima, que es aquella relativa a la incidencia de la causa de despido sobre el concreto puesto de trabajo que ocupa el trabajador despedido, y que justifica la extinción de su contrato por haber perdido éste su interés económico.

En relación con ello, ha habido un intenso debate sobre la necesidad de incluir en la carta de despido los criterios de selección por los que el trabajador ha resultado afectado, así como el razonamiento de su concreta afectación, y de ser así, con qué alcance. En un primer momento, algunos pronunciamientos judiciales tras la reforma laboral de 2012 adoptaron una postura rigorista o rígida que exigía la necesidad de expresar los criterios

de selección en la carta de despido, alegando que en la misma deben constar todos los hechos que motivan la extinción del contrato, pues de lo contrario se priva al trabajador de unos datos necesarios de cara a la posterior impugnación.

En cambio, otros autores y otra línea interpretativa de los tribunales adoptan una postura más flexible o matizada, motivada principalmente por la dificultad de expresar en una carta de despido los criterios a menudo complejos y extensos presentes en algunas operaciones de reestructuración. Conforme a esta interpretación flexible, los criterios de selección no son incardinables en el concepto de “causa” –único hecho que exige la normativa–, por lo que no es necesario incluir los criterios de selección –ni la aplicación concreta de los mismos al concreto trabajador– en la carta de despido. También se argumenta que los criterios de selección, sobre todo en supuestos en que han sido objeto de acuerdo, son ya conocidos por el trabajador a través de sus representantes, que han negociado sobre los mismos en el período de consultas.

El Tribunal Supremo ha intentado poner paz a través de la conocida doctrina Bankia, en la que respalda la interpretación flexible relativa a la no exigencia de inclusión de los criterios de selección en la carta de despido, ni de las razones que motivan la concreta afectación del trabajador, postura con la que me muestro crítico. El TS acude a argumentos como la falta de respaldo legal a dicha supuesta exigencia, la naturaleza negociada del procedimiento de despido colectivo, o el carácter innecesario de incluir datos que, por otra parte, revisten una enorme complejidad y prolijidad en grandes empresas. Dicha doctrina se ha visto matizada o complementada por la incidencia de la STJUE en el asunto *Porras Guisado*, que exige, para el caso de afectación de trabajadora embarazada, la inclusión en la carta de despido de los criterios de selección, así como de los motivos de la concreta afectación de la trabajadora, a fin de enervar la declaración de nulidad. A mi modo de ver, ese reforzado nivel de exigencia en la carta de despido, debe extenderse a otros colectivos de los que quepa alegar discriminación, a fin de garantizar la procedencia de la extinción.

Atendiendo al régimen normativo estudiado, me muestro partidario de abrir el debate sobre la posible inclusión de una regla de prioridad de permanencia que beneficie a colectivos como las trabajadoras embarazadas o los trabajadores con discapacidad reconocida. Se trataría de unas mínimas previsiones a tener en cuenta por el empresario a la hora de seleccionar a los afectados, y que evitarían la posterior conflictividad por alegaciones de discriminación. En cualquier caso, en otros países europeos como Francia o Italia existen reglas similares. Además, la prioridad de permanencia, igual que en el caso de los representantes, siempre tiene una operatividad relativa, pues tiene en cuenta

el ámbito de afectación de la causa y está condicionada a la existencia de puestos funcionalmente equivalentes para el beneficiado por la garantía.

9.- Sobre el modelo de impugnación judicial de los criterios

El control judicial de los criterios de selección, estén expresados en la carta de despido o no, se realiza a través de las distintas vías de impugnación del despido colectivo que contempla el art. 124 LRJS. El modelo de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012 adolece de una enorme complejidad en la que se prevén distintas formas de impugnación no siempre bien articuladas entre sí. A parte de la impugnación de oficio por la autoridad laboral –una de las pocas formas de control sobre el despido colectivo que le restan– y la acción declarativa a instancias del empresario en supuestos de no impugnación colectiva, el despido colectivo puede impugnarse por dos vías: la vía colectiva a instancias de los representantes de los trabajadores, y la vía individual a instancias del trabajador afectado.

Sin desmerecer las buenas intenciones del legislador al configurar dicho sistema, la realidad es que tras la reforma laboral de 2012 la litigiosidad en materia de despido colectivo ha sido muy elevada, así como las dudas planteadas en torno a los efectos de las sentencias dictadas de conformidad con las distintas vías de impugnación.

La vía colectiva pretende dar cauce a las pretensiones relativas a la irregularidad del procedimiento de despido colectivo en su conjunto, y prevé como causas de nulidad la no realización del período de consultas, la no entrega de la documentación del art. 51.2 ET, y la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. Sobre la aportación de documentación, y en especial los criterios de selección, habrá que estar a la interpretación finalista dada por los tribunales, de suerte que sólo implican la nulidad aquellos incumplimientos documentales que resulten trascendentes y hayan afectado negativamente el desarrollo del período de consultas. A ello debe sumarse la cuestión del nivel de precisión de los criterios de selección, ya que habrá que estar al caso concreto, pues la ley exige la aportación de los criterios de selección, pero no exige un nivel de concreción al respecto, si bien hay que entender que los criterios claramente genéricos que impidan la negociación deben llevar aparejada la declaración de nulidad.

Para valorar los distintos casos y determinar la suficiencia de los criterios, los tribunales atienden a circunstancias como el volumen de la plantilla, el conocimiento por parte de los representantes de qué trabajadores iban a verse afectados, la progresiva concreción de los criterios a lo largo del período de consultas, la final adopción de un acuerdo, y la falta

de alegación en contra por parte de los representantes (doctrina de los propios actos). Lo mismo cabe afirmar de otros extremos, como el número de afectados o su clasificación profesional, así como de una eventual aportación tardía de la documentación. Precisamente las cuestiones documentales se han convertido en una de las fuentes de mayor litigiosidad en el despido colectivo.

Los tribunales han establecido mayoritariamente que únicamente la ausencia total de aportación de los criterios puede llevar aparejada consigo una consecuencia tan drástica como la declaración de nulidad de todo el procedimiento de despido colectivo en su conjunto, y ello con independencia de la mayor o menor precisión de los criterios.

En cuanto a la nulidad por vulneración de los derechos fundamentales, por vía colectiva sólo cabe alegar aquellas vulneraciones que afecten al procedimiento en su conjunto. Así, en los criterios de selección, cabe alegar la existencia de criterios de selección que sean directamente discriminatorios, o bien indirectamente discriminatorios por afectar claramente a un colectivo concreto, si bien la presencia de un criterio discriminatorio puede llevar a la anulación del criterio en cuestión, sin afectar a los demás.

Por otro lado, las cuestiones que afectan al despido individual del concreto trabajador afectado se enjuician a través de la impugnación individual del art. 124.13 LRJS, que a su vez contempla dos submodalidades en función de si el despido ha sido o no impugnado colectivamente.

En dicha vía individual cabe alegar cuestiones como la relativa al contenido de la carta individual de despido, o la incorrecta aplicación de los criterios de selección, casos en que el despido será calificado de improcedente. En cambio, otras pretensiones dan lugar a la calificación de nulidad, como el despido realizado con vulneración de los derechos fundamentales o por razones discriminatorias –por aplicación discriminatoria de los criterios de selección–, o el incumplimiento de las reglas en materia de prioridad de permanencia.

En éste último caso, y para la submodalidad de impugnación individual no subordinada a la impugnación colectiva se prevé una regla de litisconsorcio pasivo necesario según la cual el trabajador debe demandar al trabajador respecto del que se considera con mejor derecho, lo cual plantea numerosas dificultades, ya que al trabajador no le corresponde sustituir al empresario en su tarea de seleccionar a los afectados, por lo que considero conveniente que se plantee un debate sobre la subsistencia de dicha regla. De hecho, para la submodalidad subordinada a la impugnación colectiva, dicha regla ya no se prevé, lo cual ha generado dudas entre la doctrina.

CONCLUSIONS

Conclòs el treball de recerca, cal establir les conclusions que s'han assolit sobre l'objecte d'estudi. En primer lloc, i com a qüestió referida a la metodologia, s'ha d'assenyalar que l'objecte d'estudi compta amb innumerables pronunciaments judicials, atès el caràcter casuístic de la matèria i a la multiplicitat de qüestions que s'aborden. Així, l'establiment de criteris de selecció té un especial vincle amb el procediment d'acomiadament col·lectiu concret en el qual s'apliquen, en particular pel que respecta a les circumstàncies concretes del cas. Com a conseqüència, es fa difícil establir regles generals sobre els mateixos, i potser això en part explica l'escàs desenvolupament normatiu en la matèria, almenys pel que fa a la seua determinació.

De la mateixa manera, els criteris de selecció abasten qüestions de rellevància jurídica molt diversa, començant pels mateixos criteris de selecció, amb una àmplia varietat i tipologia (antiguitat, rendibilitat, productivitat, adscripció a un lloc excedent, absentisme, proximitat a l'edat de jubilació, etc.), per la qual cosa porten a tractar qüestions de molt diversa índole. A més a més, amb l'aplicació dels criteris de selecció entren en joc moltes altres qüestions, com la prohibició de discriminació (des de per raons sindicals, per sexe, fins als discapacitats), la doctrina sobre suficiència de la documentació en el període de consultes, la problemàtica dels treballadors de major edat, el paper dels representants dels treballadors en tot el procediment, les qüestions relatives a la impugnació judicial dels criteris de selecció, i també la prioritat de permanència a favor dels representants dels treballadors. es tracta de qüestions molt diverses que han donat peu a una interessant recerca en la matèria.

1.- Sobre el marc teòric dels criteris: reforma laboral i facultats empresarials

La present Tesi s'ha centrat en els criteris de selecció dels treballadors afectats per l'acomiadament col·lectiu, amb especial incidència després de la reforma laboral operada pel RDL 3/2012 i la Llei 3/2012. La importància d'aquesta reforma en la configuració de

L'actual marc normatiu dels acomiadaments col·lectius a Espanya és de gran importància, com s'ha tingut ocasió d'apuntar en el Capítol I. Així, si bé la reforma intenta reforçar les previsions "compensatòries" de caràcter social en l'acomiadament col·lectiu (a través del pla de recol·locació externa, les mesures socials d'acompanyament, l'aportació econòmica al Tresor públic, i la protecció dels treballadors de major edat a través de la subscripció del conveni especial amb la Seguretat Social), el cert és que la reforma ha produït una considerable flexibilització del marc normatiu de l'acomiadament col·lectiu, fent-lo més fàcil per a l'empresa.

No em correspon en aquest treball realitzar una reflexió en profunditat sobre la reforma laboral de 2012, però sí que hi ha alguns aspectes que cal comentar. En primer lloc, la supressió de l'autorització administrativa prèvia ha sigut una mesura positiva, eliminant l'eventual control governamental sobre l'adopció d'una mesura –l'acomiadament– que, en definitiva, correspon a l'empresari, i el control de la qual ha de residenciar-se en els òrgans jurisdiccionals.

Però, amb independència d'això, la reforma de 2012 ha comportat una flexibilització de les causes d'acomiadament col·lectiu, de manera que s'ha ampliat el marge decisorial empresarial a l'hora d'acudir als acomiadaments col·lectius, la qual cosa incideix necessàriament en els criteris de selecció dels afectats. Si bé és cert que la reforma de 2012 ha pretès potenciar els instruments de flexibilitat interna (mobilitat funcional i geogràfica, modificació substancial de condicions de treball, reduccions de jornada, inaplicació convencional), no ho és menys que l'acomiadament serà en moltes ocasions una mesura més desitjable per a l'empresari.

La reforma de 2012 ha comportat un canvi en la configuració del control judicial dels acomiadaments col·lectius, amb intensos debats entre la doctrina i als tribunals. Del control judicial cal destacar que els tribunals no poden controlar l'adopció de mesures que corresponen a l'esfera de la gestió econòmica-empresarial, i que per tant correspon adoptar a l'empresari. En aquest punt cal influir la determinació del nombre d'afectats per l'acomiadament col·lectiu així com la determinació de qui són aquests afectats, és a dir, la fixació d'uns criteris de selecció. Tot això, òbviament, dins del respecte als límits generals de l'ordenament jurídic i a les regles de prioritat de permanència.

L'art. 51 ET obliga l'empresari a informar sobre els criteris de selecció als representants dels treballadors, però no fixa unes pautes o regles sobre la seua eventual determinació, que correspondrà a l'empresari. L'únic límit exprés a la determinació dels criteris de selecció que es preveu en l'ordenament jurídic espanyol és el referit a la regla de prioritat de permanència dels representants legals dels treballadors, prevista en l'art. 51.5 ET en

relació amb l'art. 68 b) ET. Fora d'aquesta limitació expressa, i de la resta de limitacions generals que imposa l'ordenament jurídic (com el principi de proporcionalitat, la prohibició de no discriminació o tracte arbitrari, la prohibició del frau de llei i abús de dret, etc.), la majoria de la doctrina i els tribunals han configurat la determinació dels criteris de selecció dels treballadors afectats com una facultat empresarial que s'emmarca dins dels poders de direcció i organització de l'empresari (art. 20 ET) i del principi constitucional de llibertat d'empresa (art. 38 CE).

Això determina que és a l'empresari a qui correspon adoptar la mesura de reestructuració que creu que li convinga (amb respecte a les causes legals i als límits de l'ordenament jurídic, com el principi de proporcionalitat), així com, en el marc de la mesura escollida –per exemple, l'acomiadament col·lectiu–, determinar el nombre de treballadors afectats i, en especial, els criteris de selecció (*lato sensu*) a tenir en compte per a determinar quins treballadors concrets es veuran afectats per aquesta mesura, així com l'aplicació concreta d'aquests criteris als treballadors particularment afectats (criteris *stricto sensu*). Per tant, la qüestió dels criteris de selecció afecta a la llibertat de l'empresari, però, com s'estudia al llarg de la Tesi i en especial en el Capítol IV, aquesta facultat va a cenyir-se a uns límits que venen establerts per l'ordenament jurídic i que els tribunals han anat delimitant.

La determinació dels criteris de selecció es configura també com una facultat empresarial en la resta d'ordenaments jurídics nacionals del nostre entorn europeu. Això és com a conseqüència de la incidència de les directives europees en matèria d'acomiadament col·lectiu, o més en general les relatives a la igualtat de tracte i no discriminació. Com a conseqüència, el procediment d'acomiadament col·lectiu és molt similar en tots els països europeus, essent destacable l'existència d'un període de consultes amb els representants dels treballadors en el qual se'ls informa de diversos paràmetres referents a la mesura prevista de reestructuració, entre els quals destaca el nombre d'afectats i els criteris de selecció. Aquests aspectes han de ser objecte de negociació durant el període de consultes, que així constitueix per a la representació dels treballadors una bona oportunitat per a evitar les conseqüències negatives de la reestructuració.

En el panorama comparat europeu, dins de la similitud amb la configuració de l'acomiadament col·lectiu en l'ordenament espanyol, he distingit tres models: un model pautat o reglamentat, un model lliure o obert, i un model mixt. Així, en el model pautat o reglamentat s'inclouen països que d'una manera o una altra disciplinen la determinació dels criteris de selecció, bé d'una manera més laxa, com és el cas d'Alemanya a través de principis generals com el de respecte als bons costums i a la bona fe, o bé d'una manera més expressa, com el cas de França, Itàlia o Suècia, que contenen indicacions sobre alguns

dels criteris que l'empresari ha de tenir en compte a l'hora de realitzar la selecció. Per contra, en el model lliure es troben països com Àustria o, amb la seua específica tradició jurídica, Regne Unit, que deixen a l'empresari un ampli marge per a determinar els criteris de selecció. El cas de Portugal és interessant de ressaltar, ja que disposa d'un model mixt en el qual l'acomiadament objectiu plural apareix pautat, amb indicació dels criteris de selecció a tenir en compte, mentre que en els acomiadaments col·lectius es confereix a l'empresari una àmplia llibertat per a determinar els treballadors afectats, en línia amb les previsions normatives de països amb un model lliure o obert en la matèria.

El cas espanyol, per la seua escassa regulació, seria incardinable en el model obert, que confereix una àmplia llibertat a l'empresari a l'hora de configurar els criteris de selecció. Més enllà de les mesures compensatòries (subscripció del conveni especial, per exemple), l'única previsió social que contempla la legislació espanyola en matèria de selecció és l'esment en l'art. 51.5 ET a la possibilitat d'acordar regles de prioritat de permanència en convenis col·lectius o mitjançant el període de consultes, a fi que es beneficien col·lectius vinculats amb, a títol exemplificatiu, càrregues familiars, major edat, o discapacitat. Certament es tracta d'una previsió innecessària, com s'ha comentat al llarg de la Tesi, i que té un valor promocional de dubtosa efectivitat.

2.- Sobre el marc normatiu dels criteris de selecció a Espanya

El Capítol II l'he dedicat a estudiar el marc normatiu complet aplicable a la qüestió de l'establiment dels criteris de selecció en l'acomiadament col·lectiu. A l'hora d'establir els criteris de selecció, l'empresari ha de tenir en compte un marc normatiu aplicable, que si bé no és exhaustiu en la seua regulació, sí que prové de distintes fonts. Així, s'ha destacat una normativa d'origen internacional que incideix sobre la regulació dels acomiadaments col·lectius; una normativa d'origen europeu, de Dret de la Unió Europea, i que condiciona el marc de l'acomiadament col·lectiu a Espanya i a la resta de bona part d'Europa; i una normativa estatal espanyola en la matèria.

La normativa internacional de l'OIT fixa uns principis generals en matèria d'acomiadament col·lectiu; i malgrat que els tractats internacionals tenen una posició normativa jeràrquicament superior a la normativa estatal, el seu contingut aporta qüestions ja incloses en la normativa estatal, com la prohibició d'acomiadament per raons discriminatòries o el principi de causalitat de l'acomiadament. La Recomanació núm. 119 sí que esmenta els criteris de selecció, i assenyala que aquests hauran de ser precisos, fixar-se –en la mesura del possible– amb caràcter previ a l'acomiadament col·lectiu, i

tenir en compte no només els interessos de l'empresa sinó també els dels propis treballadors. Al cap i a la fi, es tracta d'una recomanació, però com a tal pot servir per a interpretar la normativa espanyola en la matèria. De fet, part dels caràcters generals dels criteris de què tracte en el Capítol III tenen aquesta inspiració: han de ser objectius, precisos i suficients.

La normativa europea –que és com em referisc al Dret de la Unió Europea després de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa en 2009– sí que ha tingut una incidència més directa sobre la normativa espanyola. Així, la Unió Europea ha legislat sobre acomiadaments col·lectius a través de les Directives 75/29/CEE, la 92/56/CEE, i l'actual 98/59/CE relativa a l'aproximació de les legislacions dels Estats membres que es refereixen als acomiadaments col·lectius. La més destacada aportació d'aquesta normativa és la configuració d'un període de consultes amb els representants dels treballadors per a discutir la mesura de reestructuració proposada per l'empresari. En aquest període de consultes, l'empresari ha d'informar d'una sèrie d'extrems, entre els quals destaquen el nombre de treballadors afectats, la seua classificació professional, el període previst per a realitzar les extincions i els criteris de selecció previstos per a determinar els afectats, extrems que s'han estudiat en el Capítol III. Ara bé, la normativa europea no especifica res sobre els criteris de selecció, per la qual cosa deixa a l'empresari un ampli marge per a la seua determinació, de conformitat amb els ordenaments jurídics nacionals.

Seria difícil pretendre que la Unió Europea disciplinés alguna qüestió més concreta sobre la determinació dels criteris, atesa la impossibilitat d'assolir un consens entre els distints Estats membres, cadascun dels quals té un model distint a l'hora de conferir major o menor marge de discrecionalitat a l'empresari per a determinar els criteris de selecció. En conseqüència, sobre el requisit d'informar sobre els criteris de selecció, només resulta d'interès aplicar, com a interpretació, les previsions que amb caràcter general preveu la Directiva 2002/14/CE en matèria d'informació i consulta als treballadors, que requereix que la informació proporcionada tinga un contingut apropiat, així com la jurisprudència del TJUE en la matèria.

No obstant això, la Unió Europea sí que ha regulat altres matèries no directament relacionades amb els acomiadaments col·lectius o els criteris de selecció, però que tenen una forta incidència en la qüestió de què s'ocupa el present estudi. Em referisc a les directives en matèria de prohibició de discriminació, la interpretació de les quals per part del TJUE té gran incidència en el model espanyol d'acomiadament col·lectiu, així com a la normativa protectora de col·lectius específics, com la Directiva 92/85/CEE de

protecció de la dona embarassada. Aquesta darrera imposa als Estats membres l'obligació de "prendre les mesures necessàries" per a prohibir l'acomiadament de les treballadores embarassades, en el període comprès des de l'inici de l'embaràs fins a la finalització del permís de maternitat, a excepció d'aquells casos en què l'acomiadament es realitzi per motius no inherents a l'estat d'embaràs. En particular, això ha generat un debat sobre si la protecció que confereix el Dret espanyol a la treballadora embarassada és suficient, concloent el TJUE que sí, sens perjudici que el legislador espanyol vulga atorgar una protecció major que vaja més enllà de les disposicions de mínims que fixen les directives.

La tutela de la treballadora embarassada, i d'altres col·lectius sensibles relacionats amb la conciliació familiar, s'explicita a través de la protecció reforçada enfront de l'acomiadament discriminatori per raó d'embaràs o motius relacionats amb la família, la qual cosa no obsta a que pugui proposar-se una reforma legal que inclogui una regla expressa de prioritat de permanència a favor de treballadores que es troben en aquesta situació, a falta que s'establisca de manera generalitzada mitjançant la negociació col·lectiva.

Quant a la normativa espanyola en la matèria, hi hauria que matisar que em referisc a la normativa d'origen en institucions espanyoles, ja que la normativa internacional (OIT) ratificada per Espanya, i la normativa europea (UE), també formen part de l'ordenament espanyol i constitueixen, per tant, normativa espanyola. Doncs bé, feta aquest aclariment, la normativa emanada específicament de les institucions espanyoles compta amb una evolució històrica que ha sigut d'interès estudiar, i això com a conseqüència de que, amb anterioritat a l'aprovació de la Llei de l'Estatut dels Treballadors de 1980, el model espanyol es basava en un complex sistema de "preferències" en el qual es reglava, de manera molt confusa, l'ordre de prelación amb què l'empresa havia d'efectuar els acomiadaments. Aquest sistema es basava en criteris com l'antiguitat, o consideracions d'índole social i familiar, i fins i tot algun criteri que jo qualificaria de autàrquic (la prioritària afectació de treballadors estrangers).

Aquest sistema, feliçment superat en la dècada dels anys 1980, va donar com a resultat el model amb el qual, amb algunes reformes, es disposa en l'actualitat, que configura la determinació dels criteris de selecció com una facultat que correspon a l'empresari, únicament subjecta al límit específic del respecte a la regla de prioritat de permanència dels representants dels treballadors o altres que puguin establir-se per via convencional.

Alguna normativa reglamentària preveia que l'empresari aportés obligatòriament (RD 1980) o opcionalment (RPRE 2011) la relació nominativa dels treballadors afectats, extrem totalment desaparegut en 2012, i de manera encertada, ateses les dificultats que

implica que l'empresari haja de determinar, a l'inici de consultes, quins treballadors van a veure's afectats i als condicionants que això pot introduir en la negociació. Justament, a més de condicionar negativament l'esdevenir del període de consultes i la negociació amb els representants dels treballadors, també pot dificultar assolir un dels objectius del període de consultes, que és reduir el nombre d'acomiadaments. En conseqüència, el raonable és que l'empresari explicita el marc de referència en què desitja aplicar la mesura de reestructuració (nombre d'afectats) i els criteris de selecció (*lato sensu*) com a paràmetres en els quals desitja basar-se per a la posterior determinació (*stricto sensu*) dels afectats una vegada aquests paràmetres siguen discutits i eventualment pactats amb la representació dels treballadors.

Com s'ha assenyalat, la normativa espanyola actual, ni en el plànol legal ni reglamentari, preveu major concreció sobre com ha de realitzar-se la determinació dels criteris de selecció i l'aplicació d'aquests, qüestió que roman doncs dins de l'esfera de llibertat de gestió de l'empresari. Per suposat serà necessari que es negocie amb els representants sobre la determinació dels criteris de selecció, a fi que s'assolisca un acord al respecte; però a falta d'aquest, correspondrà a l'empresari fixar-los. Així, la fixació d'aquests criteris no és libèrrima, ja que ha de subjectar-se a una sèrie de límits.

Cal comentar breument que la negociació col·lectiva no ha sigut profusa en la determinació d'una disciplina sobre la facultat de seleccionar als treballadors afectats, de manera que és poc habitual trobar convenis col·lectius que regulen els criteris de selecció. La disciplina dels criteris de selecció també és possible a través de l'establiment de regles de prioritat de permanència per a altres col·lectius diferents dels representants dels treballadors, o sistemes "d'ordenació" dels acomiadaments, indicant quins col·lectius es veuran primerament afectats o exclosos.

3.- Sobre els criteris de selecció en el sector públic i la prioritat del personal fix

En el marc normatiu, és d'interès destacar la introducció en la reforma laboral de 2012 de la D.A. 16a en l'Estatut dels Treballadors, que facilita el recurs als acomiadaments col·lectius en entitats pertanyents al sector públic, i esmenta una regla de prioritat de permanència per al personal laboral fix de les Administracions públiques que hagués adquirit aquesta condició a través d'un procediment selectiu convocat a l'efecte, i d'acord amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat. Si bé el present treball se centra en els

criteris de selecció en el marc del sector privat, no podia obviar-se l'esment al sector públic i als debats que ha suscitat entre la doctrina.

De conformitat amb l'art. 41 RPDC de 2012, la prioritat del personal fix només s'aplica quan ho establisca l'ens corresponent, i únicament en els acomiadaments col·lectius en el sector públic administratiu, és a dir, que constituïska Administració pública; i no així en el sector públic empresarial, que es regeix per les mateixes disposicions legals i reglamentàries que l'acomiadament col·lectiu en empreses privades. Cal plantejar-se per què el legislador de 2012 no incorporà la prioritat del personal fix amb caràcter preceptiu. La resposta ha de trobar-se en l'interès que en l'Administració pública, juntament amb els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, es respecten també els principis d'eficàcia en l'actuació administrativa i de conformitat amb l'interès general. Així, les circumstàncies en què es trobem els ens públics són tan variades, que una mínima prudència aconsella no reglamentar la selecció dels afectats.

4.- Sobre l'establiment dels criteris de selecció al llarg del procediment d'acomiadament col·lectiu

En el Capítol III s'ha analitzat la fixació dels criteris de selecció al llarg del procediment d'acomiadament col·lectiu. Aquest procediment consta de dues fases: una col·lectiva, en la qual resulta central la negociació amb els representants dels treballadors en el període de consultes, i una individual en la qual l'empresari aplica la decisió extintiva als concrets treballadors afectats. Doncs bé, la configuració dels criteris de selecció en el model espanyol té una especial projecció al llarg de la fase col·lectiva del procediment d'acomiadament col·lectiu, ja que és el moment en què van a prefixar-se, negociar-se i configurar-se aquests criteris. Per això he estudiat els criteris de selecció al llarg dels distints moments o fases per les qual travessa el procediment d'acomiadament col·lectiu.⁹⁸⁰

En aquest punt, el tràmit de vital importància per a la fixació (inicial dels criteris de selecció que l'empresari pretén utilitzar dins del marc d'afectació de la mesura proposada, és el tràmit de la comunicació inicial del període de consultes. Aquesta importància rau en els extrems dels quals l'empresari ha d'informar a la representació dels treballadors a l'inici del període de consultes, i que determinen el marc d'afectació de la mesura proposada i prefixen els criteris que l'empresari pretén tenir en compte per a la selecció dels treballadors afectats i que subjecta a negociació amb els representants.

⁹⁸⁰ En la doctrina, també han seguit aquesta dinàmica BLASCO PELLICER (2009) y ROQUETA BUJ (2015).

El primer dels extrems es refereix al nombre i classificació professional dels treballadors afectats, que ve a determinar el marc o perímetre d'afectació de la mesura de reestructuració proposada per l'empresari, i dins del qual s'efectuarà posteriorment la selecció dels afectats. Es tracta d'una obligació d'informació derivada de la normativa europea, i que pretén establir el marc d'afectació de la mesura a efectes de realitzar un cert control sobre l'àmbit d'incidència de la causa al·legada per l'empresari. En aquest sentit, no hi ha dubte que la causa al·legada haurà de guardar coherència amb el marc d'afectació proposat per l'empresari. Però als efectes que m'interessen en la present investigació, la determinació d'aquest marc conformat pel nombre i classificació professional dels treballadors afectats revesteix especial importància per constituir el perímetre dins del qual va a efectuar-se la selecció dels afectats per l'acomiadament col·lectiu, és a dir, el marc en el qual s'aplicaran els criteris de selecció. En tant que marc en què va a projectar-se la mesura, les alteracions en el nombre d'afectats poden tenir diversa incidència en l'esdevenir del procediment. Sobre això, cal dir que la reducció del nombre d'afectats no només resulta possible, sinó també desitjable, ja que justament constitueix un dels objectius del període de consultes. Per contra, un augment final del nombre d'afectats podria determinar la nul·litat de l'acomiadament per vulneració del deure de negociar de bona fe i incompliment dels deures documentals.

No obstant això, s'ha admès la possibilitat de l'afectació genèrica de la totalitat de la plantilla, sobre tot en acomiadaments de tipus econòmic, respecte de la qual cosa em mostre favorable, sempre amb determinades cauteles. Així, en funció de les circumstàncies de l'empresa (grandària, volum de plantilla, etc.), y de la causa al·legada –en particular, causes econòmiques–, s'ha admès una eventual afectació inicial de la totalitat de la plantilla, sempre que durant el període de consultes es concrete el marc definitiu d'afectació en què es realitzaran els acomiadaments, així com els criteris a tenir en compte per a seleccionar els afectats. Aquesta possibilitat és viable en casos en què l'empresa pretenga negociar l'àmbit d'afectació de l'acomiadament per tenir les causes una incidència general sobre la totalitat de la plantilla, la qual cosa confereix als representants un poder de negociació al respecte que d'una altra manera quedaria limitat per una inicial i unilateral fixació per part de l'empresari del marc d'afectació de l'acomiadament.

Altres extrems es refereixen al nombre i classificació professional dels treballadors ocupats habitualment en l'últim any, i al període previst per a efectuar els acomiadaments. Es tracta de dos extrems que tenen estreta vinculació amb el control de les causes de l'acomiadament. En el cas del període previst per a efectuar els acomiadaments, cobra especial incidència el principi d'actualitat de la causa, de manera que l'acomiadament

requereix que la causa siga actual, per la qual cosa no es podrà retardar l'acomiadament més del necessari, i tampoc podran preveure's acomiadaments fundats en causes futures o hipotètiques.

Amb això, l'extrem que resulta d'especial interès per a la present recerca és, per raons òbvies, el relatiu als criteris de selecció, que com ja vaig assenyalar està confusament redactat, en referir-se als criteris "tinguts en compte", quan més bé hauria de referir-se als criteris a tenir en compte per a seleccionar als treballadors afectats per l'acomiadament col·lectiu. Per tant, en aquest extrem l'empresari informa als representants dels paràmetres que va a seguir a l'hora de determinar quins treballadors concrets van a veure's afectats per la mesura extintiva, i els posa en joc a fi de debatre el seu contingut i abast amb els mateixos representants. En conseqüència, els tribunals admeten que aquests criteris siguin "millorats" a través de la negociació en el període de consultes, de manera que incloguen paràmetres que atinguin més als interessos dels treballadors que als empresarials, preveient l'exclusió de l'acomiadament de determinats treballadors amb necessitats socials, o fins i tot arribant a acordar els criteris amb els representants.

A l'hora de "millorar" durant el període de consultes els extrems de la comunicació inicial, plantege la diferència entre els extrems quantitius (nombre d'afectats) i els extrems qualitius (criteris de selecció). El nombre d'afectats no hi ha dubte que es veurà millorat si hi ha una reducció d'aquests. En canvi respecte dels criteris de selecció no sempre està clar el que suposa una "milloria". En alguns casos es indubtable que l'exclusió de l'acomiadament de determinats treballadors vulnerables (per càrregues familiars, etc.) suposa una milloria. Però en altres casos no està tan clar, com pot succeir amb criteris com el de la proximitat a l'edat de jubilació o el nivell de competències i rendiment del treballador, que en certa manera atenen a interessos empresarials i socials a la vegada.

Si bé la concreció dels criteris correspon a l'empresari, el cert és que els criteris de selecció expressats a l'inici del procediment d'acomiadament col·lectiu hauran de guardar una coherència amb la causa expressada per a acudir a la mesura de reestructuració. De fet, la no aportació dels criteris de selecció condueix a la nul·litat de l'acomiadament col·lectiu, ja que sense ells és impossible per als representants dels treballadors negociar l'abast de la mesura extintiva. Ara bé, la major o menor concreció en els criteris aportats dependrà de molts factors, com les pròpies causes al·legades per l'empresa o les circumstàncies de l'empresa, com pot ser el volum de la plantilla o el recurs al criteri de l'adscripció voluntària.

Per a mi resulta d'especial importància, i així ho han confirmat els tribunals, no tant el nivell de concreció dels criteris a l'inici del procediment d'acomiadament col·lectiu, sinó que es permeta negociar sobre ells al llarg del període de consultes, a fi que els criteris puguin concretar-se durant aquest i fins i tot ser objecte de transacció i acord amb els representants dels treballadors.

En línia amb això, la doctrina ha qualificat els criteris de selecció com un extrem informatiu d'importància essencial per al correcte desenvolupament del període de consultes, i que serveix per a controlar la regularitat de les causes expressades per l'empresari. Només mitjançant la concreció dels criteris de selecció pot controlar-se la regularitat de la mesura extintiva, ja que els criteris serviran per a determinar quins treballadors concrets van a ser en definitiva acomiadats.

A la finalització del tràmit del període de consultes té lloc el tràmit de comunicació final del resultat d'aquest. Doncs bé, en aquest punt poden succeir dues coses: que s'haja assolit un acord amb la representació dels treballadors, o que no s'haja assolit acord i l'empresari efectue els acomiadaments unilateralment. En cas que s'haja assolit un acord –la qual cosa resulta el més desitjable, i seria una manifestació del compliment dels objectius del període de consultes–, l'execució dels acomiadaments per part de l'empresa haurà de cenyir-se als termes d'aquest acord, incloses els criteris de selecció pactats.

Major problemàtica es planteja en els casos en què no s'haja assolit un acord amb la representació dels treballadors, cas en què l'empresari executa unilateralment la decisió d'acomiadament sense acord. En absència d'un acord assolit amb els representants que delimita els extrems conforme als quals ha de dur-se a terme l'acomiadament col·lectiu, l'empresari executarà la decisió final actualitzant, si s'escau, els extrems de la comunicació inicial. En definitiva, la decisió final ha d'incloure els elements que permeten l'aplicació de la mesura, la qual cosa es farà en línia amb allò manifestat inicialment per l'empresari a l'inici del procediment d'acomiadament col·lectiu i de manera actualitzada en funció del desenvolupament de la negociació en el període de consultes.

En aquesta línia, he parlat del principi de congruència amb la comunicació inicial, que implica que l'empresari no pot adoptar la decisió final conforme a uns elements absolutament desconectats d'allò expressat per ell mateix en la comunicació inicial. Així, aquests elements han de ser coherents amb la comunicació inicial, per la qual cosa no podrien ser modificats pejorativament però sí, amb certes cauteles, millorats. La possibilitat de millorar les condicions en què van a efectuar-se els acomiadaments pot venir determinada pel desenvolupament del període de consultes, en el qual l'empresa pot

haver fet propostes que, si bé no són vinculants, poder ser unilateralment assumides per l'empresari si són beneficioses per als treballadors i no s'ha pogut assolir un acord. De la mateixa manera, l'empresari pot assumir part de les demandes realitzades pel banc social.

Malgrat algunes postures doctrinals crítiques amb la possibilitat de modificar, tot i que siga *in melius*, els extrems de l'acomiadament, em mostre partidari d'admetre-la, ja que aquestes millores no vulneren el principi de negociació de bona fe. Ara bé, aquesta acceptació de l'actualització *in melius* dels extrems de l'acomiadament ha de fer-se amb certa cautela, i és que aquesta actualització ha de guardar coherència amb allò proposat a l'inici del procediment, com ja s'ha dit, i també guardar una raonable connexió amb allò esdevingut en el període de consultes. D'aquesta manera, l'empresari pot millorar la proposta final amb ofertes realitzades en el període de consultes o amb demandes del banc social, resultant més problemàtica l'assumpció d'elements mai abordats en el període de consultes, pels dubtes quant als deures d'informació i negociació de bona fe que això implica.

5.- Sobre el paper de l'autoritat laboral

Juntament amb l'esmentada importància del tràmit del període de consultes per a negociar, entre altres extrems, el contingut dels criteris de selecció, és de destacar el paper de l'autoritat laboral durant aquest període de consultes. Després de la supressió de l'autorització administrativa mitjançant la reforma laboral de 2012, el paper de l'autoritat laboral ha experimentat una important reconfiguració. D'aquesta manera, i també en línia amb el paper que li confereix la Directiva europea en matèria d'acomiadaments col·lectius, l'autoritat laboral assumeix un paper d'acompanyament a les parts durant la negociació en el període de consultes, permetent-li formular advertiments i recomanacions.

La figura més important a través de la qual l'autoritat laboral intervé en el procediment d'acomiadament col·lectiu és la de l'informe de la Inspecció de Treball previst en l'art. 11 RPDC. La normativa limita l'informe als extrems de la comunicació inicial del procediment d'acomiadament col·lectiu –per la qual cosa aquest podrà pronunciar-se sobre els criteris de selecció fixats per l'empresari–, i també al desenvolupament del període de consultes, encara que amb uns termes bastant generals que plantegen dubtes sobre el vertader abast d'aquest informe. Juntament amb part de la doctrina, em mostre crític amb l'existència d'aquest informe, o almenys en la seua configuració actual, sobre tot tenint en compte el fet de que aquest s'emeta a la finalització del període de consultes,

pel que la seua suposada utilitat es limita a servir de suport a la funció de control jurisdiccional que eventualment tinga lloc després d'una impugnació.

6.- Sobre els caràcters generals dels criteris de selecció

Els criteris de selecció, una vegada estructurat el marc procedimental en què s'estableixen (comunicació inicial, període de consultes, i decisió final), han de complir amb una sèrie de característiques o requisits generals que, si bé no venen exigits expressament per cap norma, s'infereixen d'una interpretació sistemàtica de les normes d'aplicació i del conjunt de l'ordenament jurídic. El compliment d'aquests caràcters és necessari per a la regularitat de l'acomiadament col·lectiu, i em referisc al fet que els criteris han de ser objectius, coherents, suficients o precisos, i també proporcionats o adequats al fi perseguit, així com respectuosos amb els drets fonamentals i especialment amb la prohibició de discriminació.

El requisit de l'objectivitat afecta a la mateixa definició dels criteris de selecció. En tant que els criteris són paràmetres general que determinen l'afectació d'uns o altres treballadors, els criteris van a tenir necessàriament una formulació objectiva, fonamentada en elements d'igual apreciació per a tota la plantilla, excloent la subjectivitat. En cas contrari no serien criteris de selecció, sinó una mostra de selecció duta a terme per l'empresari de manera arbitrària i capritxosa.

L'objectivitat també afecta a la mateixa valoració, aplicació o mesurament del criteri, amb especial incidència en criteris vinculats amb el rendiment o l'avaluació de l'acompliment. D'aquesta manera, i en particular quan el mesurament es realitze mitjançant eines informàtiques o altres mètodes d'avaluació, el mètode de valoració ha de ser objectiu, fiable i verificable, excloent valoracions subjectives o arbitràries. En aquest punt cobren especial importància criteris basats en barems o puntuacions, que a la meua manera de veure es tracta de mecanismes altament objectius si estan ben configurats i avaluen diversos paràmetres.

El requisit de la coherència es predica en particular de les causes al·legades per l'empresari. Així, el criteri relatiu al major cost econòmic del treballador és coherent amb una causa d'índole econòmica, mentre que el criteri relatiu a la menor formació pot estar més vinculat a causes de tipus tècnic.

Un dels caràcters generals més importants és el de la suficiència o precisió dels criteris: els criteris de selecció han de ser suficientment concrets perquè, a partir d'ells, puga inferir-se de manera lògica quins treballadors concrets van a veure's afectats per

l'acomiadament. Aquest requisit es relaciona a més a més amb el compliment de les obligacions d'informació i documentació que incumbeixen a l'empresari durant el període de consultes. Sense uns criteris suficientment clars i precisos, no podrà dur-se a terme la negociació, i el procediment estarà viciat de nul·litat. Ara bé, en funció de les circumstàncies de l'empresa, i de la complexitat de la mesura plantejada, els criteris de selecció expressats a l'inici del període de consultes poden tenir una configuració menys específica, a l'espera d'una major concreció després de la negociació amb els representants durant el període de consultes. Tal és el cas d'empreses grans amb plantilles complexes, en què es plantegen causes econòmiques d'abast general, o per exemple quan un dels criteris proposat per l'empresari siga el relatiu a la voluntària adscripció als acomiadaments per part dels treballadors.

He incidit en la Tesi en la necessitat de reforçar el requisit de la precisió dels criteris de selecció en determinats casos, i en particular en el cas en el que l'aplicació dels criteris determine l'afectació de treballadors respecte dels quals pogués al·legar-se alguna causa de discriminació. Així, pot citar-se el cas de treballadores embarassades o en situació familiar, treballadores amb reducció de jornada per cura de fill o familiar, treballadors afiliats a una organització sindical, o fins i tot representants legals dels treballadors, els quals, malgrat comptar amb prioritat de permanència en l'empresa per disposició legal, aquesta prioritat no té caràcter absolut. En aquests casos, ha d'exigir-se un alt nivell de precisió als criteris de selecció, ja que uns criteris genèrics podrien donar lloc a una al·legació de discriminació i a la eventual nul·litat de l'extinció afectada. També en general respecte de qualsevol treballador, ja que la precisió dels criteris és indispensable perquè el treballador pugui discutir la seua afectació en una impugnació individual.

7.- Sobre els límits a la facultat empresarial: en especial, la prohibició de discriminació i la prioritat de permanència dels RLT

Estudiada la caracterització general dels criteris de selecció i l'establiment d'aquests a través del procediment d'acomiadament col·lectiu, cal destacar la importància que té en la configuració dels criteris la seua subjecció a una sèrie de límits. Els límits als quals estan subjectes els criteris de selecció estan delimitats negativament, i son aplicats principalment pels òrgans jurisdiccionals en el posterior control que realitzen en cas d'impugnació. Amb això, la facultat empresarial de seleccionar als treballadors afectats en l'acomiadament col·lectiu, si bé és lliure amb caràcter general, i no està reglamentada en el nostre ordenament, sí que compta, com tot poder empresarial, amb diversos límits

que han de ser respectats perquè aquesta facultat siga exercida d'una manera conforme a Dret.

En la classificació d'aquests límits, distingisc, en primer lloc, els límits específics a la facultat de seleccionar els treballadors afectats per l'acomiadament col·lectiu. Més que límits, caldria parlar de límit específic, en singular, ja que es tracta de l'únic límit específic que preveu l'ordenament espanyol des de 1980: la regla de prioritat de permanència dels representants legals dels treballadors. A aquest límit cal sumar-li les eventuais regles de prioritat de permanència que es pacten via negociació col·lectiva, bé amb caràcter previ a través d'un conveni col·lectiu o bé posteriorment en el mateix acord assolit durant el període de consultes.

D'altra banda, la facultat d'establir els criteris es troba subjecta als límits generals de l'ordenament jurídic, alguns dels quals tenen una especial incidència en la qüestió. Ací incloc el respecte als drets fonamentals i llibertats públiques del treballador (llibertat sindical, dret de vaga, garantia d'indemnitat, etc.), i en particular la prohibició de tracte discriminatori (per raons de gènere, discapacitat, edat, etc.) i la prohibició de tracte arbitrari i injustificat en situacions comparables, que vulneraria el requisit d'objectivitat dels criteris. També es troben els límits relatius a la bona fe contractual: la prohibició de frau de llei i d'abús de dret.

Com a conseqüència en particular de la prohibició d'afectació discriminatòria o que vulnere els drets fonamentals del treballador, l'afectació en l'acomiadament col·lectiu de treballadors pertanyents a determinats col·lectius va a resultar problemàtica. Així, cal citar els treballadors afiliats a una organització sindical, les dones treballadores, les treballadores embarassades, els treballadors en situació de permís vinculat amb la cura de fills o familiars, els treballadors discapacitats, o els treballadors en situació d'incapacitat temporal per malaltia. Es tracta de col·lectius sensibles, i als que resulta d'aplicació una ingent jurisprudència en matèria de tutela antidiscriminatòria, que l'empresari haurà de valorar a l'hora de decidir la seua eventual afectació. D'ací la importància d'establir uns criteris objectius i precisos, que garantisquen que l'afectació es fa per motius de funcionament empresarial, i no atenent a la persona del treballador.

Quant al límit específic, la doctrina ha estudiat la figura de la prioritat de permanència dels representants dels treballadors. A diferència dels criteris, que són paràmetres generals i objectius que determinen quins treballadors es veuran afectats per l'acomiadament col·lectiu, la regla de prioritat de permanència opera com una regla que exclou de la selecció a determinat treballador per formar part, en aquest cas, de la

representació legal dels treballadors. Aquesta protecció s'estén als delegats sindicals i també als delegats de prevenció, tal com s'ha estudiat.

Perquè opere la prioritat de permanència cal, necessàriament, que existisca més d'un treballador entre els que realitzar la selecció, un dels quals en quedarà d'aquesta per acció de l'esmentada prioritat per a romandre en l'empresa (prioritat de no afectació). Es tracta d'una regla necessària que té com a objectiu protegir als representants en l'exercici de les seues funcions. Amb això rebutge la conceptualització d'aquesta regla com a "privilegi", i me situe en línia amb la doctrina constitucional que la considera un element de tutela de la representació dels treballadors i de la llibertat sindical, ja que pretén evitar, amb caràcter previ, eventuais afectacions discriminatòries per motius sindicals.

Com he assenyalat en el Capítol IV, la garantia de prioritat de permanència té un abast o caràcter general, així com una naturalesa relativa o no absoluta. L'abasta general implica que la garantia no se circumscriu a l'estricta àmbit d'afectació de la causa –si aquest és parcial–, com podria ser el departament, centre o unitat productiva on incideix la causa, sinó que s'estén amb caràcter general a tota l'empresa. Per això, el treballador titular de la garantia pot romandre en l'empresa i ser substituït en la seua afectació per un altre treballador que no necessàriament es trobe dins de l'àmbit d'afectació de l'acomiadament, sinó fora d'aquest. A això cal sumar la incidència de l'àmbit de representació, ja que l'abast de la garantia el determinarà aquest àmbit, segons el representant ho siga de l'empresa o del centre. En síntesi, la garantia s'estén a l'àmbit de representació del titular i no es limita necessàriament a l'àmbit d'afectació de la causa d'acomiadament.

Malgrat això, cal afegir que la garantia no té caràcter absolut, sinó relatiu, per la qual cosa hi haurà situacions en què no serà possible la seua operativitat. Per suposat que no és possible aplicar-la en casos de tancament total de l'empresa, ja que no hi ha elements de selecció alternatius: tots els treballadors seran seleccionats. Però en els acomiadaments parcials, també hi ha alguna limitació, i aquesta ve determinada des del punt de vista funcional: el representant o titular de la garantia només podrà romandre si existeix en l'empresa un lloc funcionament equivalent o amb funcions homogènies que siguen intercanviables i per a les quals el titular siga idoni. De no ser així, simplement l'operativitat de la regla no seria possible per a l'empresa.

L'existència de la regla expressa de prioritat de permanència per als representants dels treballadors exigeix a l'empresari justificar expressament l'eventual afectació dels treballadors titulars d'aquesta. Així, la normativa exigeix a l'empresari que justifique que l'afectació d'un treballador titular d'aquesta garantia es produeix per motius aliens a

possibles causes de discriminació, així com justificar l'aplicació dels criteris de selecció i l'absència de llocs equivalents que puguin ser duts a terme pel representant.

També és de destacar que la garantia de prioritat de permanència s'ha estès legalment a altres subjectes més enllà dels representants legals dels treballadors, dins dels quals s'inclouen els delegats de personal i els membres del comitè d'empresa. La garantia s'estén també als delegats sindicals ex art. 10.3 LOLS. La normativa en matèria de prevenció de riscos laborals estén la garantia als delegats de prevenció de l'art. 35 LPRL, i també als treballadors designats per l'empresari ex art. 30.1 LPRL per a ocupar-se de les tasques de prevenció, així com als membres del servei de prevenció propi creat ex art. 31.1 LPRL, no quedant inclosos ací els anomenats "recursos preventius" de l'art. 32 bis LPRL. D'altra banda, la garantia s'estén per descomptat als eventuais membres de la comissió *ad hoc* nomenada en absència de representació legal dels treballadors, ja que compleixen la mateixa funció que aquests, i han de gaudir d'igual protecció. Tot això afegeix complexitat a una facultat empresarial, la de seleccionar els afectats, que en principi no està reglamentada, però compta amb aquesta mena de límits.

Finalment, els tribunals han deixat clar que un requisit per a l'operativitat de la garantia és la vigència del mandat del representant. D'aquesta manera, quan el representant cessa en el seu càrrec, perd la garantia, no essent aplicable la garantia referida a no ser acomiadat "dins de l'any següent a l'expiració del seu mandat" de l'art. 68 c) ET, que fa referència a acomiadaments discriminatoris, i no a la prioritat de permanència de l'art. 68 b) ET. De la mateixa manera, la garantia tampoc s'aplica abans d'obtenir la condició de representant, per la qual cosa aquesta no beneficia als candidats proclamats abans de resultar electes, llevat d'algun cas concret en què es demostrà que l'acomiadament fou una actuació fraudulenta i discriminatoria de l'empresa que perseguia que els candidats no resultessen electes (però fins i tot en aquests casos, segons interprete, es tractava de la garantia antidiscriminària, no d'una prioritat de permanència).

8.- Sobre els requisits de la carta individual d'acomiadament

En el Capítol V s'han estudiat les qüestions procedimentals i de control, per a les quals es fa imprescindible haver estudiat en primer lloc els caràcters generals dels criteris i la seua fixació en la fase col·lectiva del procediment, així com els límits a què l'ordenament jurídic subjecta la facultat empresarial per al seu establiment. Pel que fa a la fase individual de l'acomiadament, em referisc a la notificació individual als treballadors afectats per part de l'empresari, a través de la coneguda carta d'acomiadament.

El debat ha girat entorn del contingut d'aquesta carta, que segons el tenor legal ha d'expressar la causa d'acomiadament, i que té una importància transcendental a efectes que el treballador conega els motius del seu acomiadament i pugui defensar-se en una eventual impugnació jurisdiccional. En aquest sentit, els tribunals han assenyalat que no és prou amb indicar la causa genèrica o remota que motiva la situació negativa que dona lloc a la reestructuració, sinó que cal expressar la causa concreta o pròxima, que és aquella relativa a la incidència de la causa d'acomiadament sobre el concret lloc de treball que ocupa el treballador acomiadat, i que justifica l'extinció del seu contracte per haver perdut aquest el seu interès econòmic.

En relació amb això, hi ha hagut un intens debat sobre la necessitat d'incloure en la carta d'acomiadament els criteris de selecció pels quals el treballador ha resultat afectat, així com el raonament de la seua concreta afectació, i de ser així, amb quin abast. En un primer moment, alguns pronunciaments judicials després de la reforma laboral de 2012 adoptaren una postura rigorista o rígida que exigia la necessitat d'expressar els criteris de selecció en la carta d'acomiadament, al·legant que en ella han de constar tots els fets que motiven l'extinció del contracte, ja que en cas contrari es priva el treballador d'unes dades necessàries de cara a la posterior impugnació.

En canvi, altres autors i una altra línia interpretativa dels tribunals adopten una postura més flexible o matisada, motivada principalment per la dificultat d'expressar en una carta d'acomiadament els criteris sovint complexos i extensos presents en algunes operacions de reestructuració. Conforme a aquesta interpretació flexible, els criteris de selecció no són incardinables en el concepte de "causa" –únic fet que exigeix la normativa–, pel que no és necessari incloure els criteris de selecció –ni l'aplicació concreta d'aquests al concret treballador– en la carta d'acomiadament. També s'argumenta que els criteris de selecció, sobre tot en supòsits en què han sigut objecte d'acord, són ja coneguts pel treballador a través dels seus representants, que han negociat sobre ells en el període de consultes.

El Tribunal Suprem ha intentat posar pau a través de la coneguda doctrina Bankia, en què recolza la interpretació flexible relativa a la no exigència de inclusió dels criteris de selecció en la carta d'acomiadament, ni de les raons que motiven la concreta afectació del treballador, postura amb què em mostro crític. El TS acudeix a arguments com la falta de recolzament legal a aquesta suposada exigència, la naturalesa negociada del procediment d'acomiadament col·lectiu, o el caràcter innecessari d'incloure dades que, d'altra banda, revesteixen una enorme complexitat i prolixitat en grans empreses. Aquesta doctrina s'ha vist matisada o complementada per la incidència de la STJUE en l'assumpte *Porras*

Guisado, que exigeix, per al cas d'afectació de treballadora embarassada, la inclusió en la carta d'acomiadament dels criteris de selecció, així com dels motius de la concreta afectació de la treballadora, a fi d'enervar la declaració de nul·litat. A la meua manera de veure, aquest nivell reforçat d'exigència en la carta d'acomiadament ha d'estendre's a altres col·lectius dels quals es puga al·legar discriminació, a fi de garantir la procedència de l'extinció.

Atenent al règim normatiu estudiat, em mostre partidari d'obrir el debat sobre la possible inclusió d'una regla de prioritat de permanència que beneficie a col·lectius com les treballadores embarassades o els treballadors amb discapacitat reconeguda. Es tractaria d'unes mínimes previsions a tenir en compte per l'empresari a l'hora de seleccionar els afectats, i que evitarien la posterior conflictivitat per al·legacions de discriminació. En qualsevol cas, en altres països europeus com França o Itàlia existeixen regles similars. A més a més, la prioritat de permanència, igual que en el cas dels representants, sempre té una operativitat relativa, ja que té en compte l'àmbit d'afectació de la causa i està condicionada a l'existència de llocs funcionalment equivalents per al beneficiat per la garantia.

9.- Sobre el model d'impugnació judicial dels criteris

El control judicial dels criteris de selecció, estiguen expressats en la carta d'acomiadament o no, es realitza a través de les distintes vies d'impugnació de l'acomiadament col·lectiu que contempla l'art. 124 LRJS. El model d'impugnació de l'acomiadament col·lectiu després de la reforma laboral de 2012 sofreix d'una enorme complexitat en què es preveuen distintes formes d'impugnació no sempre ben articulades entre elles. A part de la impugnació d'ofici per l'autoritat laboral –una de les poques formes de control sobre l'acomiadament col·lectiu que li resten– i l'acció declarativa a instància de l'empresari en supòsits de no impugnació col·lectiva, l'acomiadament col·lectiu pot impugnar-se per dues vies: la via col·lectiva a instància dels representants dels treballadors, i la via individual a instància del treballador afectat.

Sense desmerèixer les bones intencions del legislador en configurar aquest sistema, la realitat és que després de la reforma laboral de 2012 la litigiositat en matèria d'acomiadament col·lectiu ha sigut molt elevada, així com els dubtes plantejats entorn dels efectes de les sentències dictades de conformitat amb les distintes vies d'impugnació.

La via col·lectiva pretén donar curs a les pretensions relatives a la irregularitat del procediment d'acomiadament col·lectiu en el seu conjunt, i preveu com a causes de

nul·litat la no realització del període de consultes, la no entrega de la documentació de l'art. 51.2 ET, i la vulneració dels drets fonamentals del treballador. Sobre l'aportació de documentació, i en especial els criteris de selecció, caldrà estar a la interpretació finalista donada pels tribunals, de manera que només impliquen nul·litat aquells incompliments documentals que resulten transcendents i hagen afectat negativament el desenvolupament del període de consultes. A això cal sumar la qüestió del nivell de precisió dels criteris de selecció, i caldrà estar al cas concret, ja que la llei exigeix l'aportació dels criteris de selecció, però no exigeix un nivell de concreció al respecte, si bé cal entendre que els criteris clarament genèrics que impedisquen la negociació han de dur aparellada la declaració de nul·litat.

Per a valorar els distints casos i determinar la suficiència dels criteris, els tribunals atenen a circumstàncies com el volum de la plantilla, el coneixement per part dels representants de quins treballadors van a veure's afectats, la progressiva concreció dels criteris al llarg del període de consultes, la final adopció d'un acord, i la falta d'al·legació en contra per part dels representants (doctrina dels propis actes). El mateix s'ha d'afirmar d'altres extrems, com el nombre d'afectats o la seua classificació professional, així com d'una eventual aportació tardana de la documentació. Justament les qüestions documentals s'han convertit en una de les fonts de major litigiositat en l'acomiadament col·lectiu.

Els tribunals han establert majoritàriament que únicament l'absència total d'aportació dels criteris pot comportar una conseqüència tan dràstica com la declaració de nul·litat de tot el procediment d'acomiadament col·lectiu en el seu conjunt, i això amb independència de la major o menor precisió dels criteris.

Quant a la nul·litat per vulneració dels drets fonamentals, per via col·lectiva només és possible al·legar aquelles vulneracions que afecten el procediment en el seu conjunt. Així, respecte els criteris de selecció, és possible al·legar l'existència de criteris de selecció que siguin directament discriminatoris, o bé indirectament discriminatoris per afectar clarament a un col·lectiu concret, si bé la presència d'un criteri discriminatori pot comportar l'anul·lació del criteri en qüestió, sense afectar la resta.

D'altra banda, les qüestions que afecten l'acomiadament individual del concret treballador afectat s'enjudicien a través de la impugnació individual de l'art. 124.13 LRJS, que a la seua vegada contempla dues submodalitats en funció de si l'acomiadament ha sigut o no impugnat col·lectivament.

En aquesta via individual és possible al·legar qüestions com la relativa al contingut de la carta individual d'acomiadament, o la incorrecta aplicació dels criteris de selecció, casos

en què l'acomiadament serà qualificat d'improcedent. En canvi, altres pretensions donen lloc a la qualificació de nul·litat, com l'acomiadament realitzat amb vulneració dels drets fonamental o per raons discriminatòries –per aplicació discriminatòria dels criteris de selecció–, o l'incompliment de les regles en matèria de prioritat de permanència.

En aquest darrer cas, i per al a submodalitat d'impugnació individual no subordinada a la impugnació col·lectiva es preveu una regla de litisconsorci passiu necessari segons la qual el treballador ha de demandar el treballador respecte del qual es considera amb millor dret, la qual cosa planteja nombroses dificultats, atès que al treballador no li correspon substituir l'empresari en la seua tasca de seleccionar els afectats, per la qual cosa considere convenient que es plantege un debat sobre la subsistència d'aquesta regla. De fet, per a la submodalitat subordinada a la impugnació col·lectiva, aquesta regla ja no es preveu, la qual cosa ha generat dubtes entre la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA⁹⁸¹

ADLERCREUTZ, NYSTRÖM (2010)

ADLERCREUTZ, Axel, NYSTRÖM, Birgitta, *Labour law in Sweden*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2010

AGUILAR GONZÁLEZ, PÉREZ DEL RÍO (1996)

AGUILAR GONZÁLEZ, María Cristina, PÉREZ DEL RÍO, María Teresa, “El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, Tecnos, 1996

AGUSTÍ MARAGALL (1999)

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “Un viejo problema prorrogado: el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones individuales contra la afectación por un despido colectivo”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1999

AGUSTÍ MARAGALL (2012)

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “Más cuestiones sobre el nuevo proceso judicial de impugnación colectiva del despido colectivo (art. 124 LRJS)”, *Jurisdicción Social*, núm. 118, 2012

AGUSTÍ MARAGALL (2014)

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La comunicación individual del despido colectivo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014

⁹⁸¹ Ordenada por orden alfabético de autor, y dentro de un mismo autor, por orden cronológico.

AGUSTÍ MARAGALL (2016)

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

AGUSTÍ MARAGALL, SERNA CALVO (2012)

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, SERNA CALVO, Mar, “Impugnación judicial de los despidos colectivos en el RDL 2/2012: ¿Cuál debe ser el alcance del control judicial de la causa?”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2012

ALAMEDA CASTILLO (2001)

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial: conservación frente a liquidación de empresas en crisis*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2001

ALBIOL MONTESINOS (1989)

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas”, en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, Vol. 2, Artículos 49.5 a 9 y 51, Madrid, Edersa, 1989

ALBIOL MONTESINOS (1990)

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *El sindicato en la empresa*, Madrid, Editorial Deusto, 1990

ALBIOL MONTESINOS (1991a)

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: Práctica judicial (I)”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1991

ALBIOL MONTESINOS (1991b)

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: Práctica judicial (y II)”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1991

ALBIOL MONTESINOS (1992)

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Comités de empresa y delegados de personal*, Bilbao, Deusto, 1992

ALBIOL MONTESINOS (1995)

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral*, València, Tirant lo Blanch, 1995

ALBIOL MONTESINOS (2004)

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Aspectos laborales de la ley concursal*, València, Tirant lo Blanch, 2004

ALCÁZAR ORTIZ (2015)

ALCÁZAR ORTIZ, Sara, *El despido colectivo en la empresa: causas, procedimiento y control judicial*, Valladolid, Thomson Reuters Lex Nova, 2015

ALFONSO MELLADO (2013)

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, *Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración pública*, Albacete, Bomarzo, 2013

ALFONSO MELLADO, FABREGAT MONFORT (2015)

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, FABREGAT MONFORT, Gemma, *Negociación en la empresa*, València, Tirant lo Blanch, 2015

ALONSO OLEA (1957)

ALONSO OLEA, Manuel, *El despido: un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957

ALTÉS TÁRREGA, BLASCO PELLICER, NORES TORRES (2010)

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, NORES TORRES, Luis Enrique, *El despido objetivo*, València, Tirant lo Blanch, 2010

ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009)

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, núm. 99, 2009

ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2012)

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La efectividad de la regulación del despido objetivo en Portugal”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

ANDERMAN (2000)

ANDERMAN, Steven, *Labour Law: Management decisions and workers' rights*, Londres, Lexisnexis UK, 2000

ANTONMATTEI (2002)

ANTONMATTEI, Paul-Henri, “L’obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique: nouvelles dispositions”, *Droit Social*, núm. 3, 2002

APARICIO TOVAR (2012a)

APARICIO TOVAR, Joaquín, “Las causas de despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012

APARICIO TOVAR (2012b)

APARICIO TOVAR, Joaquín, “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas del despido”, en: BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete, Bomarzo, 2012

ARAGÓN GÓMEZ (2016)

ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “La obligación de ingresar la aportación al Tesoro Público en caso de despidos colectivos que afecten a trabajadores mayores de 50 años”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

ARAMENDI SÁNCHEZ (1996)

ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo, “Problemas sustantivos y procesales conexos al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas”, en: ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo (dir.), *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996

ARAMENDI SÁNCHEZ (2013)

ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo, “La compleja articulación procesal de los despidos colectivos e individuales”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2013

ARAMENDI SÁNCHEZ (2016)

ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo, “La ejecución provisional de las sentencias que declaran la nulidad del despido”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

ARASTEY SAHÚN (2016)

ARASTEY SAHÚN, María Lourdes, “El período de consultas: la solicitud y entrega de información y documentación no prevista legalmente”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

ARCE GÓMEZ (1996)

ARCE GÓMEZ, Juan Carlos, “Breve reseña comparada de los despidos colectivos en varios Estados miembros de la Unión Europea”, en: ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo (dir.), *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996

ARCE GÓMEZ (1997)

ARCE GÓMEZ, Juan Carlos, *La extinción objetiva del contrato de trabajo: despido por causas económicas y despidos colectivos: régimen jurídico y tratamiento procesal*, Granada, Comares, 1997

ARIAS DOMÍNGUEZ, RODRÍGUEZ MUÑOZ (2015)

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015

AUZERO, DOCKES (2015)

AUZERO, Gilles, DOCKES, Emmanuel, *Droit du travail*, Paris, Editions Dalloz, 2015

AZAGRA SOLANO (2016)

AZAGRA SOLANO, Miguel, “La comunicación del despido individual vinculado al despido colectivo”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

BALLESTER LAGUNA (2013)

BALLESTER LAGUNA, Fernando, *La impugnación del despido colectivo (en el marco del artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social)*, València, Tirant lo Blanch, 2013

BALLETTI (2007)

BALLETTI, Emilio, “I licenziamenti per motivo económico-produttivi”, en: AA.VV., *I licenziamenti per motivi económico-produttivi e la responsabilità d'impresa*, Italia, Ediesse, 2007

BAYLOS GRAU (1996)

BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *La reforma laboral de 1994*, Cuenca, Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996

BAYLOS GRAU, PÉREZ REY (2009)

BAYLOS GRAU, Antonio, PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009

BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ (2019)

BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, Ignasi, “Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plásticos”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 16/09/2019

Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/09/16/enfermedad-despido-objetivo-y-discriminacion-por-discapacidad-el-caso-nobel-plasticos/> (última consulta 20/11/2019)

BIAGI (1992)

BIAGI, Marco, “Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati”, *Diritto delle relazioni industriali*, Vol. 2, núm. 2, 1992

BLASCO PELLICER (2007)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, *Los procedimientos de regulación de empleo*, València, Tirant lo Blanch, 2007

BLASCO PELLICER (2009)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, *Los expedientes de regulación de empleo*, València, Tirant lo Blanch, 2009

BLASCO PELLICER (2012a)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, “Extinción del contrato de trabajo. Despido colectivo y por fuerza mayor”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012

BLASCO PELLICER (2012b)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en: BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, CAMPS RUÍZ, Luis Miguel, GOERLICH PESET, José María, ROQUETA BUJ, Remedios, SALA FRANCO, Tomás, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, València, Tirant lo Blanch, 2012

BLASCO PELLICER (2012c)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, “El nuevo proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social”, en: BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, GOERLICH PESET, José María, (dirs.), *La reforma del proceso laboral*, València, Tirant lo Blanch, 2012

BLASCO PELLICER (2013)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, València, Tirant lo Blanch, 2013

BLASCO PELLICER (2016)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, “El proceso de impugnación del despido colectivo: el objeto del procedimiento. Las pretensiones posibles”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

BLASCO PELLICER, GARCÍA TESTAL (2013)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, GARCÍA TESTAL, Elena, “Otros procesos por extinción de la relación laboral”, en: BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, ALEGRE NUENO, Manuel, (coords.), *El proceso laboral: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Vol. 1, València, Tirant lo Blanch, 2013

BLASCO PELLICER, TALÉNS VISCONTI (2018)

BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, TALÉNS VISCONTI, Eduardo E., *La forma y el procedimiento del despido*, València, Tirant lo Blanch, 2018

BLASCO SEGURA (1992)

BLASCO SEGURA, Benjamín, “La extinción del contrato por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo”, *Actualidad Laboral*, núm. 33, 1992

BODAS MARTÍN (2012)

BODAS MARTÍN, Ricardo, “Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, producidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012

BODAS MARTÍN (2016)

BODAS MARTÍN, Ricardo, “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 69-114

BODAS MARTÍN (2017)

BODAS MARTÍN, Ricardo, “La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 35, 2017

BORRAJO DACRUZ (1995)

BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La triple dimensión de los despidos colectivos y objetivos: interés legítimo del trabajador, exigencias organizativas de la empresa y protección por desempleo”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1995

BOURN (1993)

BOURN, Colin, “Amending the Collective Dismissals Directive: A Case of Re-arranging the Deckchairs?”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 9, núm. 3, 1993

CABEZA PEREIRO (1995)

CABEZA PEREIRO, Jaime, *La buena fe en la negociación colectiva*, Santiago de Compostela, EGAP, 1995

CABEZA PEREIRO (1998)

CABEZA PEREIRO, Jaime, “El derecho de *redundancy* en el Reino Unido”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1998

CABEZA PEREIRO (2012)

CABEZA PEREIRO, Jaime, “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012

CABEZA PEREIRO, LOUSADA AROCHENA (2012)

CABEZA PEREIRO, Jaime, LOUSADA AROCHENA, José Francisco, *Derecho del trabajo y crisis económica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2012

CACHÓN VILLAR (1998)

CACHÓN VILLAR, Pablo, “El despido objetivo: la selección de trabajadores afectados por la decisión empresarial, en relación con el carácter indefinido o temporal de su contratación”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1998

CALVO GALLEGO (2012)

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “La extinción por el empresario del contrato de trabajo en el derecho austríaco”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

CARABELLI (2001)

CARABELLI, Umberto, “I licenziamenti per riduzione di personale in Italia”, en: AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, 2001

CARBY-HALL (2001)

CARBY-HALL, Jo, “Redundancy in the United Kingdom”, en: AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, 2001

CARDONA RUBERT (2017)

CARDONA RUBERT, Belén, “Discriminación por fecundación in vitro: la nueva frontera al derecho de la trabajadora a ser madre. Comentario a la STS 286/2017, de 4 de abril”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017

CARDONA RUBERT, CABEZA PEREIRO (2019)

CARDONA RUBERT, Belén, CABEZA PEREIRO, Jaime, “La discriminación por edad sobre las mujeres mayores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019

CARINCI (2010)

CARINCI, María Teresa, “Los despidos por causas económicas en el ordenamiento italiano”, *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2010

CARINCI, LUCA TAMAJO, TOSI, TREU (2011)

CARINCI, Franco, LUCA TAMAJO, Raffaele de, TOSI, Paolo, TREU, Tiziano, *Diritto del Lavoro. Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, 7 edizione, Torino, UTET, 2011

CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, VALDÉS DAL-RÉ (2012)

CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012

CERVERA SOTO, CID BABARRO (2016)

CERVERA SOTO, Teresa, CID BABARRO, Carlos, *El despido colectivo: claves prácticas y análisis jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova, 2016

CHAMORRO GONZÁLEZ (2012)

CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María, “Contenido del control judicial en relación con la aprobación de expedientes de regulación de empleo por la autoridad laboral: comentario a la STSJ Madrid de 21 de julio de 2011”, *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2012

CHAUMETTE (2001)

CHAUMETTE, Patrick, “Le licenciement pour motif économique en droit français”, en: AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, 2001

CRUZ VILLALÓN (1988)

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y su concordancia con la legislación española”, *Noticias de la CEE*, núm. 40, 1988

CRUZ VILLALÓN (1996)

CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, Tecnos, 1996

CRUZ VILLALÓN (1997)

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 44, 1997

CRUZ VILLALÓN (2003)

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003

CRUZ VILLALÓN (2010)

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010

CRUZ VILLALÓN (2012a)

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La intervención de la Unión Europea en materia de despido”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

CRUZ VILLALÓN (2012b)

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La regulación del despido en España: funciones y articulación jurídica”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

CRUZ VILLALÓN (2014)

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Las transformaciones en las técnicas de actuación de la Administración Laboral”, *Temas Laborales*, núm. 125, 2014

DESDENTADO BONETE (1995a)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “El despido objetivo económico: ámbito, forma, causas, efectos y control”, en: APARICIO TOVAR, Joaquín, BAYLOS GRAU, Antonio, (eds.), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, Ibidem, 1995

DESDENTADO BONETE (1995b)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Problemas de enjuiciamiento del despido colectivo y del despido objetivo”, en: AA.VV., *Problemas procesales de la reforma laboral*, Cuadernos de Derechos Judicial, Madrid, CGPJ, 1995

DESDENTADO BONETE (1997)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en: ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *Reforma de la legislación laboral*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997

DESDENTADO BONETE (1998)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1998

DESDENTADO BONETE (2010)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2010

DESDENTADO BONETE (2012a)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012: reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, núm. 17-18, 2012

DESDENTADO BONETE (2012b)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Sobre los despidos colectivos en el concurso”, *Justicia Laboral*, núm. 52, 2012

DESDENTADO BONETE (2015a)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Marked by invalidations. The consultation period in collective redundancies”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, núm. 1-2, 2015

DESDENTADO BONETE (2015b)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Comentario al artículo 124 LRJS”, en: MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (dir.), *Ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2015

DESDENTADO BONETE (2016)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

DESDENTADO BONETE, PUEBLA PINILLA (2002)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, PUEBLA PINILLA, Ana de la, *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid, Lex Nova, 2002

DESDENTADO BONETE, PUEBLA PINILLA (2010)

DESDENTADO BONETE, Aurelio, PUEBLA PINILLA, Ana de la, “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid, Lex Nova, 2010

DESDENTADO DAROCA (1996)

DESDENTADO DAROCA, Eva, “La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento”, en: BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *La reforma laboral de 1994*, Cuenca, Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996

DESMOND, ANTILL (1998)

DESMOND, Helen, ANTILL, David, *Employment Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1998

DÍEZ-PICAZO (1983)

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, 2ª ed., Vol. I, Madrid, Tecnos, 1983

DURÁN LÓPEZ (1987)

DURÁN LÓPEZ, Federico, “Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España”, *Documentación Laboral*, núm. 22, 1987

DURÁN LÓPEZ (1989)

DURÁN LÓPEZ, Federico, “Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencia de empresas”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 4-5, 1989

ESCASSI DE LA ROSA (2013)

ESCASSI DE LA ROSA, Lourdes, “Despido colectivo declarado procedente con posterioridad a la reforma: requisitos formales. STSJ Galicia 6 julio 2012”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2013

ESCUDERO RODRÍGUEZ (1997)

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *Reforma de la legislación laboral*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997

ESCUDERO RODRÍGUEZ, MERCADER UGUINA (2004)

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004

ESTEBAN LEGARRETA (2015)

ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, “La obligación empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público en despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. Un análisis crítico tras cuatro años de vigencia”, *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2015

ESTEVE SEGARRA (2013)

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “Extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: individual y colectivo. Aspectos procesales y concursal, en: ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Emilio, SALCEDO BELTRÁN, María Carmen, (coords.), *Extinción del contrato de trabajo*, València, Tirant lo Blanch, 2013

ESTEVE SEGARRA, LACOMBA PÉREZ (2000)

ESTEVE SEGARRA, Amparo, LACOMBA PÉREZ, Francisco Ramón, *La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva*, València, Tirant lo Blanch, 2000

FALGUERA BARÓ (2012)

FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel, “El Real Decreto Ley 3/2012: más ideología que empleo”, *Jurisdicción Social*, núm. 117, 2012

FALGUERA BARÓ (2014)

FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel, “El acuerdo en el período de consultas”, en: AA.VV., *Los períodos de consultas*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 104, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014

FALGUERA BARÓ (2015)

FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel, “Problemática procesal en materia de despidos colectivos”, ponencia en Foro Aranzadi Social de Barcelona, fecha 29 de octubre de 2015

FALGUERA BARÓ (2016)

FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel, *El control judicial del despido colectivo*, Albacete, Bomarzo, 2016

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (1993)

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Trotta, 1993

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (2010)

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores”, *Diario La Ley*, núm. 2664, 2010

FOLGUERA CRESPO (2015)

FOLGUERA CRESPO, José Ángel, “El impacto de la reforma laboral en el proceso”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *La aplicación práctica de la reforma laboral: un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Valladolid, Lex Nova, 2013

FOLGUERA CRESPO (2016)

FOLGUERA CRESPO, José Ángel, “El proceso de impugnación del despido colectivo: la conclusión del procedimiento con acuerdo de conciliación o transacción posterior a la sentencia de instancia”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

FUENTES RODRÍGUEZ (1996)

FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca, “El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, Tecnos, 1996

FUSTÉ MIQUELA (2005)

FUSTÉ MIQUELA, Josep Maria, *L'acomiadament col·lectiu: règim jurídic i drets de participació*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 2005

GARCÍA BLASCO (1981)

GARCÍA BLASCO, Juan, “El deber de negociación colectiva en el derecho comparado y en el derecho español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981

GARCÍA BLASCO (1993)

GARCÍA BLASCO, Juan, *Aplicación del Derecho del trabajo y nuevo proceso de oficio*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993

GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006)

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid, Civitas, 2006

GARCÍA MURCIA (1996)

GARCÍA MURCIA, Juan, “Perspectivas jurídicas de la reforma del mercado de trabajo”, en: MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996

GARCÍA MURCIA (2013)

GARCÍA MURCIA, Juan, “La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013

GARCÍA PAREDES (2013)

GARCÍA PAREDES, María Luz, “Glosa judicial. Despido colectivo: documentación y período de consultas”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2013

GARCÍA PAREDES (2016)

GARCÍA PAREDES, María Luz, “La ejecución definitiva de las sentencias de nulidad del despido”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

GARCÍA PIÑEIRO (2012)

GARCÍA PIÑEIRO, Nuria Paulina, “Aspectos procesales de la reforma: despido colectivo y otras cuestiones”, en: MONTOYA MELGAR, Alfredo, GARCÍA MURCIA, Joaquín, (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid, Civitas, 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2012a)

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites de la inmovilidad de las posiciones durante el período de consultas”, *Justicia Laboral*, núm. 52, 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2012b)

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2013)

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Estudio preliminar: un relevante cambio legal y de prácticas en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, REYES HERREROS, Juan, (dirs.), *Despido colectivo, suspensión de contrato y reducción de jornada un año después de la reforma laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2013

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2015)

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 8/2015, de 22 de enero”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, 2015

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MORENA CORRALES (2016)

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MORENA CORRALES, Pablo de la, “El despido colectivo en el concurso”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

GAYARRE CONDE (2016)

GAYARRE CONDE, Iván, “El despido colectivo en el sector público”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

GIL PLANA (2011)

GIL PLANA, Juan, *El despido de la trabajadora embarazada*, Madrid, Civitas, 2011

GIL PLANA (2012a)

GIL PLANA, Juan, “La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”, *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155, 2012

GIL PLANA (2012b)

GIL PLANA, Juan, “Despidos colectivos: aspectos sustantivos”, en: MONTOYA MELGAR, Alfredo, GARCÍA MURCIA, Joaquín, (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012

GIL PLANA (2012c)

GIL PLANA, Juan, “Reforma procesal del despido colectivo y otras novedades procesales”, en: THIBAUT ARANDA, Javier (dir.), JURADO SEGOVIA, Ángel (coord.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2012

GIUDICE, IZZO, SOLOMBRINO (2014)

GIUDICE, Federico del, IZZO, Fausto, SOLOMBRINO, Maria Rosaria, *Manuale di Diritto del Lavoro*, XXXII edizione, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2014

GODINO REYES (2016)

GODINO REYES, Martín, “El período de consultas: el valor de las propuestas de las partes durante el período de consultas y la eventual vinculación a las mismas para la decisión final en caso de finalización sin acuerdo”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

GOERLICH PESET (1994a)

GOERLICH PESET, José María, *La extinción del contrato de trabajo*, València, Tirant lo Blanch, 1994

GOERLICH PESET (1994b)

GOERLICH PESET, José María, “Los despidos colectivos. Art. 51 ET y normas concordantes”, en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes*, Tomo II: el despido, Madrid, Edersa, 1994

GOERLICH PESET (1994c)

GOERLICH PESET, José María, *El despido económico y tecnológico (causas y procedimiento)*, Ejemplar original mecanografiado (no publicado), València, 1994

GOERLICH PESET (2012)

GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012

GOERLICH PESET (2014)

GOERLICH PESET, José María, “Desarrollo y contenido de las consultas”, en: AA.VV., *Los períodos de consultas*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 104, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014

GOERLICH PESET, NORES TORRES (2000)

GOERLICH PESET, José María, NORES TORRES, Luis Enrique, “Reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000

GOERLICH PESET, NORES TORRES (2002)

GOERLICH PESET, José María, NORES TORRES, Luis Enrique, “Reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, en: CLIMENT BARBERÁ, Juan, BAÑO LEÓN, José María, (coords.), *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, València, Tirant lo Blanch, 2002

GOERLICH PESET, NORES TORRES (2008)

GOERLICH PESET, José María, NORES TORRES, Luis Enrique, “Reestructuración de plantillas en el ámbito local: nuevos problemas interpretativos tras la aprobación del Estatuto Básico”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 112, 2008

GÓMEZ ABELLEIRA (2016)

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

GÓMEZ GORDILLO (2012)

GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “La extinción del contrato de trabajo en Alemania”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2012)

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2012

GONZÁLEZ ORTEGA (2012)

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (1993)

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “La selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal”, en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales*, Alcobendas (Madrid), Actualidad Editorial, 1993

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (1995)

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1995

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (2012)

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “El despido colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012

GOÑI SEIN (2012)

GOÑI SEIN, José Luis, “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación laboral*, núm. 95-96, 2012

GOÑI SEIN, LANDA ZAPIRAÍN (1993)

GOÑI SEIN, José Luis, LANDA ZAPIRAÍN, Juan Pablo, “El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 16-17, 1993

GUALDA ALCALÁ, GUALDA ALCALÁ (2016)

GUALDA ALCALÁ, Francisco José, GUALDA ALCALÁ, Martín, *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Albacete, Bomarzo, 2016

GULLÓN RODRÍGUEZ (2005)

GULLÓN RODRÍGUEZ, Jesús, “Suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en situación de concurso”, en: AA.VV., *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Madrid, CGPJ, 2005

GULLÓN RODRÍGUEZ (2016)

GULLÓN RODRÍGUEZ, Jesús, “La fase posterior a la finalización del período de consultas: la comunicación de la decisión de despido colectivo a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, con acuerdo y sin acuerdo”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

HEAS (2007)

HEAS, Franck, “Les contraintes formelles encadrant l’exécution de l’obligation patronale de reclassement en cas de licenciement pour motif économique”, *Droit Ouvrier*, núm. 702, 2007

HERNÁNDEZ BEJARANO (2012)

HERNÁNDEZ BEJARANO, Macarena, “La regulación del despido por causas económicas en Francia”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

JABATO DÍAZ (2014)

JABATO DÍAZ, Ignacio, “Procedimiento de despido colectivo. Criterio de selección basado en la evaluación del rendimiento. SAN, Sala de lo Social, núm. 40/2013, de 11 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8379, 2014

JIMÉNEZ BATISTA (2015)

JIMÉNEZ BATISTA, Almudena, “Sobre los requisitos formales de la comunicación extintiva: explicación del criterio de selección”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015

JURADO SEGOVIA (2012a)

JURADO SEGOVIA, Ángel, “Los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral”, *Diario La Ley*, núm. 7772, 2012

JURADO SEGOVIA (2012b)

JURADO SEGOVIA, Ángel, “Reforma en materia de las causas de despido colectivo y objetivo”, en: THIBAUT ARANDA, Javier (dir.), JURADO SEGOVIA, Ángel (coord.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2012

KÜFNER-SCHMITT, SCHMITT (2004)

KÜFNER-SCHMITT, Irmgard, SCHMITT, Jochem, *Kündigungsschutz das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*, Alemania, Haufe, 2004

LLOBERA VILA (2013)

LLOBERA VILA, Mireia, “Extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: individual y colectivo. Aspectos sustantivos”, en: ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Emilio, SALCEDO BELTRÁN, María Carmen, (coords.), *Extinción del contrato de trabajo*, València, Tirant lo Blanch, 2013

LOBO XAVIER (2007)

LOBO XAVIER, Bernardo da Gama, “Regime do despedimento colectivo e as alterações da ley núm. 32/99”, en: AA.VV., *Estudos em homenagem ao prof. doutor Raúl Ventura*, Facultad de direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editoria, 2007

LÓPEZ CABALLERO (2008)

LÓPEZ CABALLERO, Àngels, *Reestructuraciones socialmente responsables*, València, Tirant lo Blanch, 2008

LÓPEZ LÓPEZ (1986)

LÓPEZ LÓPEZ, Julia, “La aplicación de las normas comunitarias al Ordenamiento español: la Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27, 1986

LÓPEZ TERRADA, NORES TORRES (2011)

LÓPEZ TERRADA, Eva, NORES TORRES, Luis Enrique, “La causalidad de los despidos económicos en el Derecho comparado”, en: DESDENTADO BONETE, Aurelio (dir.), PUEBLA PINILLA, Ana de la (coord.), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Valladolid, Lex Nova, 2011

LOUSADA AROCHENA, RON LATAS (2012)

LOUSADA AROCHENA, José Francisco, RON LATAS, Ricardo Pedro, “La modalidad procesal de despidos colectivos”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012

LUQUE PARRA (1999)

LUQUE PARRA, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona, Bosch, 1999

MAIER (2009)

MAIER, Peter, “Austria”, en: *Managing mass redundancies across Europe*, 2ª ed., London, Freshfields Bruckhaus Deringer, 2009

MARÍN CORREA (1993)

MARÍN CORREA, José María, “Art. 124 LPL”, en: MONTERO AROCA, Juan, IGLESIAS CABERO, Manuel, MARÍN CORREA, José María, SAMPEDRO CORRAL, Mariano, *Comentarios a la Ley de procedimiento laboral*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1993

MARTÍN MORETA (2013)

MARTÍN MORETA, Manuel Eduardo, “La autorización administrativa en el despido colectivo. La supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013

MARTÍN PUEBLA (2002a)

MARTÍN PUEBLA, Eduardo, “Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos. La reforma del despido por causa económica en Francia (I)”, *Civitas: Revista española de derecho del trabajo*, núm. 113, 2002

MARTÍN PUEBLA (2002b)

MARTÍN PUEBLA, Eduardo, “Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos. La reforma del despido por causa económica en Francia (y II)”, *Civitas: Revista española de derecho del trabajo*, núm. 114, 2002

MARTÍN VALVERDE (2016)

MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Razonabilidad o proporcionalidad en el control judicial de la justificación del despido colectivo”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA (2012)

MARTÍN VALVERDE, Antonio, GARCÍA MURCIA, Juan, *El despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012

MARTÍNEZ GIRÓN (1993)

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, “Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa”, en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales*, Alcobendas (Madrid), Actualidad Editorial, 1993

MARTÍNEZ GIRÓN (2010)

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, “El derecho alemán del trabajo y las pequeñas empresas”, *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2010

MARTÍNEZ MIRANDA (2018)

MARTÍNEZ MIRANDA, María Macarena, “La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del TJUE: algunos pronunciamientos recientes”, en: CALVO CALMACHE, Abilio (coord.), *Los nuevos retos del Derecho del Trabajo: “cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales”*, Barcelona, Huygens, 2018

MARTÍNEZ MORENO (2013)

MARTÍNEZ MORENO, Carolina, “La nulidad en el despido colectivo: causas y límites”, en: AA.VV., *Encuentro de magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo con presidentes de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional: La reforma laboral. Problemas sustantivos y procesales en su aplicación*, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 24, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2013

MARTÍNEZ MOYA (2012)

MARTÍNEZ MOYA, Juan, “Cambios en la regulación del despido objetivo”, en: CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (dir.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia, Laborum, 2012

MAZZOTTA (2014)

MAZZOTTA, Oronzo, *Manuale di Diritto del Lavoro*, terza edizione, Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2014

MELLA MÉNDEZ (2012)

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012

MERCADER UGUINA (2012)

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012

MERCADER UGUINA (2015)

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 8ª ed., València, Tirant lo Blanch, 2015

MERCADER UGUINA (2016)

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “El período de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

MERCADER UGUINA, PUEBLA PINILLA (2013)

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, PUEBLA PINILLA, Ana de la, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, València, Tirant lo Blanch, 2013

MIÑARRO YANINI (2011)

MIÑARRO YANINI, Margarita, “La causa del despido colectivo en el Convenio núm. 158 de la OIT y en la Directiva 98/59/CE”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2011

MIÑARRO YANINI (2012)

MIÑARRO YANINI, Margarita, “La flexibilización del despido colectivo por la Ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites jurídicos y función judicial”, *Relaciones Laborales*, núm. 19-20, 2012

MOLERO MANGLANO (2015)

MOLERO MANGLANO, Carlos (dir.), et al., *La llamada fase individual del despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2015

MOLERO MANGLANO, PEDRAJAS MORENO, SALA FRANCO (2012)

MOLERO MANGLANO, Carlos, PEDRAJAS MORENO, Abdón, SALA FRANCO, Tomás, *La reforma de los expedientes de regulación de empleo*, València, Tirant lo Blanch, 2012

MOLERO MARAÑÓN (2012)

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La nueva modalidad procesal de impugnación judicial del despido colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012

MONEREO PÉREZ (1996)

MONEREO PÉREZ, José Luis, *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, València, Tirant lo Blanch, 1996

MONEREO PÉREZ (2012a)

MONEREO PÉREZ, José Luis, *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, València, Tirant lo Blanch, 2012

MONEREO PÉREZ (2012b)

MONEREO PÉREZ, José Luis, “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012

MONEREO PÉREZ (2014a)

MONEREO PÉREZ, José Luis, “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 125, 2014

MONEREO PÉREZ (2014b)

MONEREO PÉREZ, José Luis, “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en: MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María, (coords.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014

MONEREO PÉREZ (2019)

MONEREO PÉREZ, José Luis, *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019

MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ AVILÉS (1997)

MONEREO PÉREZ, José Luis, FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, *El despido colectivo en el Derecho español: estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 1997

MONTEIRO FERNANDES (2010)

MONTEIRO FERNANDES, Antonio, *Direito do Trabalho*, 16ª ed., Almedina, Coimbra, 2010

MONTOYA MELGAR (2013)

MONTOYA MELGAR, Antonio, “Continuidad y cambio en el nuevo Reglamento de los despidos colectivos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013

MONTOYA MELGAR (2015)

MONTOYA MELGAR, Antonio, “La reforma laboral ante el Tribunal Constitucional”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015

MULAS GARCÍA (1984)

MULAS GARCÍA, Alejandro, “Sobre la Directiva CEE de 17/2/1975, relativa a los despidos colectivos. Notas a una cuestión polémica”, *Documentación Laboral*, núm. 13, 1984

MUT GONZÁLEZ (1994)

MUT GONZÁLEZ, Fernando, “Adecuación de la legislación española a la normativa comunitaria sobre despidos colectivos”, *Tribuna Social*, núm. 41, 1994

NAVARRO NIETO (1994)

NAVARRO NIETO, Federico, *Los despidos por causa económica en Francia. Hacia una gestión negociada del empleo*, 1ª ed., Colección de Estudios CES núm. 2, Madrid, CES, 1994

NAVARRO NIETO (1996)

NAVARRO NIETO, Federico, *Los despidos colectivos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 1996

NORES TORRES (1996)

NORES TORRES, Luis Enrique, “El desarrollo reglamentario del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores: el procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, de 19 de enero”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996

NORES TORRES (2000)

NORES TORRES, Luis Enrique, *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid, CES, 2000

NORES TORRES (2005a)

NORES TORRES, Luis Enrique, “Redundancy dismissal: El despido económico en el Reino Unido”, *Documentación Laboral*, núm. 65, 2005

NORES TORRES (2005b)

NORES TORRES, Luis Enrique, “Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias”, en: BLASCO PELLICER, Ángel Antonio (dir.), et al., *El proceso laboral*, Vol. 1, València, Tirant lo Blanch, 2005

NÚÑEZ SAMPER (1981)

NÚÑEZ SAMPER, Arturo, “Extinción del contrato por causas tecnológicas, económicas y objetivas”, en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Madrid, Edersa, 1981

OELZ (2012)

OELZ, Martin, *Termination of employment: Austria*, International Labour Organisation, 2012

OLMEDA FREIRE (2000)

OLMEDA FREIRE, Gladys Beatriz, “Algunos efectos perversos de la intervención administrativa en los despidos colectivos: La revisión judicial de la selección de los trabajadores afectados por el expediente, una mención especial”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2000

OLMEDA FREIRE (2004)

OLMEDA FREIRE, Gladys Beatriz, “Sobre la competencia para conocer de las reclamaciones en materia de selección de trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo. Comentario a la STSJ de Navarra, de 15 de enero de 2004”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2004

ORELLANA CANO (2011)

ORELLANA CANO, Ana María, “Los procedimientos del despido económico”, en: DESDENTADO BONETE, Aurelio (dir.), PUEBLA PINILLA, Ana de la (coord.), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Valladolid, Lex Nova, 2011

ORELLANA CANO (2012)

ORELLANA CANO, Ana María, “El procedimiento de despido colectivo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2012

PALOMAR OLMEDA (2012a)

PALOMAR OLMEDA, Alberto, “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012

PALOMAR OLMEDA (2012b)

PALOMAR OLMEDA, Alberto, “La posición de la autoridad laboral en el ámbito de los despidos colectivos”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 1, 2012

PALOMEQUE LÓPEZ (2012)

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012

PALOMO BALDA (2016)

PALOMO BALDA, Emilio, “El período de consultas: la negociación de buena fe durante el período de consultas”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

PARDELL VEÀ (1988)

PARDELL VEÀ, Agnès, “La protección de los trabajadores afectados por despido en la Directiva de la CEE 129/75”, *El Proyecto*, núm. 4, 1988

PEDRAJAS MORENO, SALA FRANCO, MOLERO MANGLANO (2012)

PEDRAJAS MORENO, Abdón, SALA FRANCO, Tomás, MOLERO MANGLANO, Carlos, *La flexibilidad interna en la empresa: reformas operadas y reformas pendientes (¿Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012?)*, València, Tirant lo Blanch, 2012

PÉREZ CAPITÁN (2009)

PÉREZ CAPITÁN, Luis, *El expediente de regulación de empleo. Un análisis práctico jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009

PÉREZ CAPITÁN (2013)

PÉREZ CAPITÁN, Luis, *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción de jornada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (1993)

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1993

PÉREZ GUERRERO (2012)

PÉREZ GUERRERO, María Luisa, “La experiencia de la regulación del despido por causas económicas en Reino Unido”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

POSE VIDAL (2016)

POSE VIDAL, Sara, “El período de consultas: la documentación preceptiva a entregar por el empresario”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

PRECIADO DOMÈNECH (2013)

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/2012, de 6 de julio*, Albacete, Bomarzo, 2013

PRECIADO DOMÈNECH (2016)

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Albacete, Bomarzo, 2016

PRECIADO DOMÈNECH, PURCALLA BONILLA (2013)

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “Comentarios de urgencia al RD 1483/2012, de 29 de octubre, regulador de los procedimientos de despido colectivo, suspensión contractual y reducción de jornada”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013

PUEBLA PINILLA (2011)

PUEBLA PINILLA, Ana de la, “Las propuestas de reforma del despido económico en el contexto de crisis económica: una aproximación crítica”, en: DESDENTADO BONETE, Aurelio (dir.), PUEBLA PINILLA, Ana de la (coord.), *Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Valladolid, Lex Nova, 2011

PUEBLA PINILLA (2012)

PUEBLA PINILLA, Ana de la, “Exigencias documentales en el despido colectivo: del RDL 3/2012 a la Ley 3/2012. STSJ Madrid 30 mayo 2012”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2012

PUEBLA PINILLA (2013)

PUEBLA PINILLA, Ana de la, “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, *Teoría y Derecho*, núm. 13, 2013

PUEBLA PINILLA, RÍOS SALMERÓN (2004)

PUEBLA PINILLA, Ana de la, RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal”, en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (coord.), *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2004

QUESADA SEGURA, MÁRQUEZ PRIETO, VILA TIERNO (2013)

QUESADA SEGURA, Rosa, MÁRQUEZ PRIETO, Antonio, VILA TIERNO, Francisco, “El procedimiento negociador”, en: MONEREO PÉREZ, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia, (coords.), *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013

RAMÍREZ MARTÍNEZ (1987)

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español”, *Actualidad Laboral*, núm. 33, 1987

RAMÍREZ MARTÍNEZ (1994)

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo”, en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes*, Tomo II: el despido, Madrid, Edersa, 1994

RAMOS MORAGUES (2010)

RAMOS MORAGUES, Francisco, “El informe de la inspección de trabajo en el procedimiento de regulación de empleo”, en: LÓPEZ GANDÍA, Juan, BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, (dirs.), *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, València, Tirant lo Blanch, 2010

RAMOS MORAGUES (2011)

RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011

RAMOS QUINTANA (2009)

RAMOS QUINTANA, María Isabel, “Debates en torno al despido en España y amortización objetiva y colectiva de puestos de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009

REGUERO CELADA (2003)

REGUERO CELADA, Justo, “El deber de negociar: consideraciones sobre su naturaleza jurídica”, en: AA.VV., *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Madrid, Ceura, 2003

RIESENHUBER (2012)

RIESENHUBER, Karl, *European employment law: a systematic exposition*, 1st ed., Cambridge, Intersentia, 2012

RÍOS MESTRE (2012)

RÍOS MESTRE, José María, *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2012

RISAK (2010)

RISAK, Martin, *Labour law in Austria*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2010

RIVERO LAMAS, VAL TENA (1997)

RIVERO LAMAS, Juan, VAL TENA, Luis de, “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, en: CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Pamplona, Aranzadi, 1997

ROCCELLA (1997)

ROCCELLA, Massimo, “Despidos individuales y colectivos: los caracteres del modelo europeo”, en: CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Pamplona, Aranzadi, 1997

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2012)

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, “El ERE concursal y el RDL 3/2012”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012

RODRÍGUEZ PASTOR, ALFONSO MELLADO (2012)

RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Emilio, ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (dirs.), *La nueva Ley de la jurisdicción social*, Albacete, Bomarzo, 2012

RODRÍGUEZ RAMOS (2004)

RODRÍGUEZ RAMOS, María José, “Despido colectivo: procedimiento”, en: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coord.), *El despido: análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1967)

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “El despido en el Derecho de la II República”, en: AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Giménez Fernández*, Vol. II, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1967

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989a)

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1989b)

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (y II)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2009)

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Despidos colectivos y autorización administrativa”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2012)

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Flexibilidad externa e interna en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Diario La Ley*, núm. 7833, 2012

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2013a)

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2013b)

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “El despido colectivo en el sector público”, en: CASTELLANO BURGUILLO, Emilia, FERIA BASILIO, Iluminada del Rocío, (dirs.), *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Sevilla, Punto Rojo Libros, 2013

RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO (2012)

RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, Patrocinio, “El despido por motivos económico-productivos en el ordenamiento italiano: funciones y disfunciones”, en: CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*, València, Tirant lo Blanch, 2012

RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO (2013)

RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, Patrocinio, “Despido colectivo en empresas con varios centros de trabajo afectados: válida constitución de la comisión negociadora, deber de negociar de buena fe y prioridad de los representantes; la necesaria conexión funcional entre la causa alegada y la medida adoptada”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, núm. 2, 2013

ROJO TORRECILLA (2012)

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Sobre las causas alegadas en un Expediente de Regulación de Empleo y su control administrativo y judicial formal y/o de fondo. El parecer del Consejo de Estado, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y nuevamente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (I)”, *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 02/12/2012

Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/12/sobre-las-causas-alegadas-en-un.html> (última consulta 20/11/2019)

ROJO TORRECILLA (2013)

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Sobre el informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo en Cataluña y el Criterio técnico 1/2013. Las diferencias con el Criterio operativo estatal 92/2012”, *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 05/02/2013

Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/sobre-el-informe-de-la-inspeccion-de.html> (última consulta 20/11/2019)

ROJO TORRECILLA (2015)

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Despidos colectivos. Sobre criterios reforzados para pedir documentación complementaria, y sobre la aplicación gradual y dilatada en el tiempo del acuerdo alcanzado en el período de consultas. Notas a la sentencia de la AN de 13 de noviembre de 2015 (caso INDRA)”, *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 25/12/2015

Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/despidos-colectivos-sobre-criterios.html> (última consulta 20/11/2019)

ROJO TORRECILLA (2016a)

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “[¿Conoce cada trabajador despedido de Bankia, tras un procedimiento de despido colectivo pactado, la razón concreta, la motivación, el criterio de selección, de su despido aunque no aparezca en la carta de despido? Sí para el TS \(y nuevamente con voto particular radicalmente discrepante de cuatro magistrados\). Notas a la sentencia de 15 de marzo de 2016](#)”, *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 02/04/2016

Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/conoce-cada-trabajador-despedido-de.html> (última consulta 20/11/2019)

ROJO TORRECILLA (2016b)

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Sobre la (no obligación de) comunicación a los representantes de los trabajadores de los escritos de despidos objetivos derivados de procedimiento de despido colectivo. Una nota a la sentencia del TS de 30 de marzo de 2016 (con voto particular radicalmente discrepante de dos magistrados sobre la protección de los derechos colectivos)”, *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 07/06/2016

Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/06/sobre-la-no-obligacion-de-comunicacion.html> (última consulta 20/11/2019)

ROJO TORRECILLA (2018)

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “[Trabajadora embarazada que es despedida tras acuerdo en período de consultas en despido colectivo. Requisitos de la carta de despido. Nulidad por falta de concreción de la causa de despido. Notas a la sentencia del TS de 20 de julio de 2018. ¿Retoca la doctrina Bankia?](#)”, *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 07/10/2018

Disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/10/trabajadora-embarazada-que-es-despedida.html> (última consulta 20/11/2019)

ROJO TORRECILLA (2019)

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “[No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad \(y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso\). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 \(asunto C-397/18\) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018](#)”, *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 11/09/2019

Disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2019/09/no-pero-si-si-pero-no-vueltas-con-el.html> (última consulta 20/11/2019)

ROQUETA BUJ (2012)

ROQUETA BUJ, Remedios, “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, en: PALOMAR OLMEDA, Alberto (dir.), *La Administración en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2012

ROQUETA BUJ (2013)

ROQUETA BUJ, Remedios, *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, València, Tirant lo Blanch, 2013

ROQUETA BUJ (2015)

ROQUETA BUJ, Remedios, *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, València, Tirant lo Blanch, 2015

SAGARDOY BENGOCHEA (1969)

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao, Deusto, 1969

SAGARDOY BENGOCHEA (1970)

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, “Sobre las crisis laborales o económicas: concepto”, en: BAYÓN CHACÓN, Gaspar, ALONSO OLEA, Manuel, (coords.), *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1970

SAGARDOY BENGOCHEA (1989)

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, “Hacia una concepción positiva de la flexibilidad”, *Relaciones Laborales*, 1989

SÁEZ LARA (2014)

SÁEZ LARA, Carmen, “El procedimiento de negociación colectiva en los despidos colectivos”, en: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coord.), *El derecho a la negociación colectiva: Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014

SÁEZ LARA (2015)

SÁEZ LARA, Carmen, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, València, Tirant lo Blanch, 2015

SALA FRANCO (1980)

SALA FRANCO, Tomás, *La libertad empresarial de contratación*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1980

SALA FRANCO (2005)

SALA FRANCO, Tomás, “La negociación colectiva”, en: AA.VV., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Fuentes y Relaciones Colectivas, 7ª ed., València, Tirant lo Blanch, 2005

SALA FRANCO, BLASCO PELLICER (2009)

SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, “La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2009

SAMPER JUAN (2006)

SAMPER JUAN, Joaquín, “Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores”, en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Salamanca, AEDTSS-Universidad de Salamanca, 2006

SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2016)

SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, Juan Manuel, “El proceso de impugnación del despido colectivo: legitimación activa y pasiva”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

SANDE PÉREZ-BEDMAR (2012)

SANDE PÉREZ-BEDMAR, María de, “Medidas de reforma para el sector público en la Ley 3/2012”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012

SANGUINETI RAYMOND (2015)

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La controvertida constitucionalidad de la reforma laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015

SANGUINETI RAYMOND (2019)

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019

SEMPERE NAVARRO (2012)

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “La reglamentación del despido colectivo: Notas al Reglamento aprobado por RD 1483/ 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 8, 2012

SEMPERE NAVARRO (2015)

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012: balance”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015

SEMPERE NAVARRO (2016)

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “El proceso de impugnación del despido colectivo: la calificación del despido colectivo en la sentencia”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

SERRANO GARCÍA (2002)

SERRANO GARCÍA, Juana María, *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex Nova, 2002

SOLÀ MONELLS (2002)

SOLÀ MONELLS, Xavier, *La suspensión del contrato por causas empresariales*, Madrid, La Ley, 2002

SPINELLI (2001)

SPINELLI, Carla, “I licenziamenti per riduzione di personale: un’analisi comparata”, en: AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, 2001

STORRIE (2007)

STORRIE, Donald, *Collective dismissals in Belgium, France, Germany, Sweden and the UK: some legal, institutional and policy perspectives*, Monitoring innovative restructuring in Europe, Institute for Management of Innovation and Technology, 2007

SUÁREZ CORUJO (2013)

SUÁREZ CORUJO, Borja, “Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, en: AA.VV., Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, València, Tirant lo Blanch, 2013

TASCÓN LÓPEZ (2012)

TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “La impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral: el Derecho del Trabajo en su laberinto”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 353-354, 2012

TASCÓN LÓPEZ (2013)

TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “Problemas prácticos en la impugnación del despido colectivo”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 10, 2013

TERRADILLOS ORMAETXEA (2012)

TERRADILLOS ORMAETXEA, Miren Edurne, “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013

TOSCANI GIMÉNEZ (2012)

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, “Dossier: La entrada en vigor de la Reforma Laboral. Modificaciones en el Régimen de Despido: Adaptación de la plantilla a necesidades empresariales”, *Capital Humano*, Vol. 35, núm. 28, 2012

TRILLO GARCÍA (2012)

TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón, “Las reformas introducidas por la Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del*

RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Valladolid, Lex Nova, 2012

TRILLO GARCÍA (2016)

TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón, “El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

TRILLO PÁRRAGA (2012)

TRILLO PÁRRAGA, Francisco, “El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012

VALDÉS DAL-RÉ (1994)

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tópicos”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 1, 1994

VALDÉS DAL-RÉ (1999)

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999

VALLE VILLAR (1996)

VALLE VILLAR, José Manuel del, *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, Madrid, Acarl, 1996

VALLEBONA (2000)

VALLEBONA, Antonio, *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Vol. 2: Il rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2000

VÁZQUEZ GONZÁLEZ (1995)

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Ignacio, “El informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 71, 1995

VILLA GIL (2016)

VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

VIVERO SERRANO (2009)

VIVERO SERRANO, Juan Bautista, *El acceso al empleo público en el régimen laboral*, València, Tirant lo Blanch, 2009

VIVERO SERRANO (2013)

VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, núm. 7, 2013

VOGT-MAJAREK, KAPPEL (2008)

VOGT-MAJAREK, Birgit, KAPPEL, Susanne, “Austria”, en: *Collective redundancies guide*, Ius Laboris, 2008

WAQUET (2000)

WAQUET, Philippe, “La cause économique du licenciement”, *Droit Social*, núm. 2, 2000

WAQUET (2008)

WAQUET, Philippe, “Le nouveau code du travail et le droit du licenciement”, *Actualité juridique. Edition droit administratif*, núm. 16, dedicado a *Le droit du travail recodifié*, 2008

XIOL RÍOS (2013)

XIOL RÍOS, Carlos, “Despido colectivo. Expedientes de regulación de empleo en la Administración Pública. Aplicación de la Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores”, *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 1, 2013

YSÀS MOLINERO (2013)

YSÀS MOLINERO, Helena, “Aproximación al despido colectivo en Europea: una breve comparación de los casos español, francés, alemán e italiano”, *Anuario 'Institut d'Estudis del Treball' de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 1, 2013

ZUMALACÁRREGUI PITA (2016)

ZUMALACÁRREGUI PITA, Luis, “El período de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, en: GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido colectivo*, València, Tirant lo Blanch, 2016

LISTADO DE SENTENCIAS⁹⁸²

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁸³

STJCE de 12 de febrero de 1985 [ECLI:EU:C:1985:61], asunto *Dansk*

STJCE de 27 de enero de 2005 [ECLI:EU:C:2005:59], asunto *Junk*

STJCE de 11 de julio de 2006 [ECLI:EU:C:2006:456], asunto *Chacón Navas*

STJCE de 16 de julio de 2009 [ECLI:EU:C:2009:466], asunto *Mono Car Styling*

STJCE de 10 de septiembre de 2009 [ECLI:EU:C:2009:533], asunto *Akavan*

STJUE de 3 de marzo de 2011 [ECLI:EU:C:2011:119], asunto *Claes*

STJUE de 11 de abril de 2013 [ECLI:EU:C:2013:222], asunto *HK Danmark*

STJUE de 1 de diciembre de 2016 [ECLI:EU:C:2016:917], asunto *Daouidi*

STJUE de 18 de enero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:17], asunto *Ruíz Conejero*

STJUE 22 de febrero de 2018 [ECLI:EU:C:2018:99], asunto *Porrás Guisado*

STJUE de 11 de septiembre de 2019 [ECLI:EU:C:2019:703], asunto *Nobel Plastiques*

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 22/1981, de 2 de julio (cuestión de inconstitucionalidad 223/1980)

STC 38/1981, de 23 de noviembre (rec. 189/1981)

STC 40/1985, de 13 de marzo (rec. 397/1984)

⁹⁸² Clasificadas por tribunal, y dentro de cada tribunal ordenadas por orden cronológico y referenciadas por número de recurso o procedimiento, o RJ.

⁹⁸³ Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, referido como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STC 88/1985, de 19 de julio (rec. 788/1984)
STC 205/1987, de 21 de diciembre (rec. 1168/1986)
STC 9/1988, de 25 de enero (rec. 1174/1986)
STC 177/1988, de 10 de octubre (rec. 450/1985)
STC 129/1989, de 17 de julio (rec. 987/1987)
STC 126/1990, de 5 de julio (rec. 298/1988)
STC 197/1990, de 29 de noviembre (rec. 738/1988)
STC 99/1994, de 11 de abril (rec. 797/1990)
STC 106/1996, de 12 de junio (rec. 3507/1993)
STC 186/1996, de 25 de noviembre (rec. 1078/1994)
STC 191/1996, de 26 de noviembre (recs. 1804/1994 y 483/1995)
STC 90/1997, de 6 de mayo (rec. 3309/1994)
STC 87/1998, de 21 de abril (rec. 2739/1995)
STC 207/2001, de 22 de octubre (rec. 1515/1998)
STC 214/2001, de 29 de octubre (rec. 1274/1999)
STC 66/2002, de 21 de marzo (rec. 2331/1998)
STC 119/2002, de 20 de mayo (rec. 5116/1998)
STC 17/2003, de 30 de enero (rec. 1150/1999)
STC 49/2003, de 17 de marzo (rec. 988/1999)
STC 192/2003, de 27 de octubre (rec. 4492/2001)
STC 27/2004, de 4 de marzo (rec. 3644/2000)
STC 104/2004, de 28 de junio (rec. 4360/1998)
STC 33/2011, de 28 de marzo (rec. 6171/2004)
STC 36/2011, de 28 de marzo (rec. 6199/2007)
STC 38/2014, de 11 de marzo (cuestión de inconstitucionalidad 2604/2010)
STC 119/2014, de 16 de julio (rec. 5603/2012)

STC 8/2015, de 22 de enero (rec. 5610/2012)

STC 66/2015, de 13 de abril (rec. 3875/2013), asunto IVVSA

STC 123/2018, de 12 de noviembre (rec. 6331/2016)

STC de 16 de octubre de 2019 (cuestión de inconstitucionalidad 2960/2019)

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo contencioso-administrativo)

STS (3ª) de 21 de abril de 1965

STS (3ª) de 2 de junio de 1970 (RJ 3033)

STS (3ª) de 19 de abril de 1971 (RJ 2237)

STS (3ª) de 14 de septiembre de 1973 (RJ 4722)

STS (3ª) de 26 de septiembre de 1975 (RJ 3871)

STS (3ª) de 19 de octubre de 1976 (RJ 5373)

STS (3ª) de 12 de noviembre de 1977 (RJ 4598)

STS (3ª) de 19 de mayo de 1980 (RJ 1859)

STS (3ª) de 14 de marzo de 1986 (RJ 1088)

STS (3ª) de 11 de junio de 1984 (RJ 3190)

STS (3ª) de 11 de junio de 2001 (rec. 7744/1995)

STS (3ª) de 22 de octubre de 2001 (rec. 1543/1996)

STS (3ª) de 4 de febrero de 2002 (rec. 2620/1996)

STS (3ª) de 26 de abril de 2002 (rec. 1053/1997)

STS (3ª) de 12 de febrero de 2003 (rec. 9510/1997)

STS (3ª) de 22 de abril de 2003 (rec. 687/1998)

STS (3ª) de 6 de mayo de 2003 (rec. 7034/1998)

STS (3ª) de 14 de julio de 2003 (rec. 4352/1999)

STS (3ª) de 26 de enero de 2004 (rec. 6769/2000)

STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 1777/2002)

STS (3ª) de 4 de mayo de 2004 (rec. 3687/2001)

STS (3ª) de 15 de junio de 2005 (rec. 7284/2000)

STS (3ª) de 25 de octubre de 2006 (rec. 3755/2004)

STS (3ª) de 18 de octubre de 2007 (rec. 3418/2005)

STS (3ª) de 25 de junio de 2008 (rec. 3840/2005)

STS (3ª) de 23 de septiembre de 2008 (rec. 7678/2005)

STS (3ª) de 23 de octubre de 2008 (rec. 667/2006)

STS (3ª) de 28 de octubre de 2008 (rec. 387/2006)

STS (3ª) de 18 de marzo de 2009 (rec. 879/2007)

STS (3ª) de 27 de noviembre de 2018 (rec. 1157/2016)

Autos del Tribunal Supremo (Sala 4ª de lo Social)

Auto TS de 26 de marzo de 2014 (incidente de nulidad de actuaciones 11/2013)

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 4ª de lo Social)

STS de 3 de noviembre de 1982 (RJ 6482)

STS de 7 de julio de 1986 (RJ 3961)

STS de 10 de marzo de 1987 (RJ 1371)

STS de 17 de julio de 1989 (RJ 1989\5483)

STS de 27 de julio de 1989 (RJ 5926)

STS de 27 de septiembre de 1989 (RJ 6530)

STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 7465)

STS de 22 de diciembre de 1989 (RJ 9258)

STS de 13 de septiembre de 1990 (RJ 7004)

STS de 19 de junio de 1991 (rec. 1397/1990)
STS de 15 de julio de 1994 (rec. 2321/1991)
STS de 14 de junio de 1995 (rec. 289/1994)
STS de 19 de junio de 1995 (rec. 2371/1994)
STS de 16 de enero de 1996 (rec. 693/1995)
STS de 4 de julio de 1996 (rec. 4006/1995)
STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997)
STS de 20 de enero de 1998 (rec. 317/1997)
STS de 9 de marzo de 1998 (rec. 2061/1997)
STS de 17 de julio de 1998 (rec. 151/1998)
STS de 9 de diciembre de 1998 (rec. 590/1997)
STS de 18 de enero de 1999 (rec. 2254/1998)
STS de 10 de marzo de 1999 (rec. 2138/1998)
STS de 17 de marzo de 1999 (rec. 2240/1998)
STS de 5 de junio de 1999 (rec. 2237/1998)
STS de 13 de julio de 1999 (rec. 4417/1998)
STS de 23 de julio de 1999 (rec. 4139/1998)
STS de 12 de junio de 2000 (rec. 3402/1999)
STS de 20 de junio de 2000 (rec. 3407/1999)
STS de 25 de octubre de 2000 (rec. 3606/1998)
STS de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000)
STS de 2 de julio de 2001 (rec. 3815/2000)
STS de 23 de septiembre de 2002 (rec. 449/2002)
STS de 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/2003)
STS de 12 de julio de 2004 (rec. 4646/2002)
STS de 17 de mayo de 2005 (rec. 2363/2004)

STS de 20 de octubre de 2005 (rec. 4153/2004)
STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004)
STS de 2 de diciembre de 2005 (rec. 6380/2003)
STS de 30 de junio de 2006 (rec. 636/2005)
STS de 18 de abril de 2007 (rec. 4781/2005)
STS de 31 de mayo de 2007 (rec. 401/2006)
STS de 15 de julio de 2007 (rec. 3686/2009)
STS de 7 de febrero de 2008 (rec. 1100/2007)
STS de 3 de febrero de 2009 (rec. 101/2006)
STS de 3 de abril de 2009 (rec. 773/2007)
STS de 10 de marzo de 2009 (rec. 119/2008)
STS de 30 de marzo de 2010 (rec. 1068/2009)
STS de 1 de julio de 2010 (rec. 3439/2009)
STS de 30 de septiembre de 2010 (rec. 2268/2009)
STS de 28 de diciembre de 2010 (rec. 1596/2010)
STS de 30 de junio de 2011 (rec. 173/2010)
STS de 8 de julio de 2011 (rec. 3159/2010)
STS de 19 de septiembre de 2011 (rec. 4056/2010)
STS de 10 de noviembre de 2011 (rec. 394/2011)
STS de 25 de junio de 2012 (rec. 2370/2011)
STS de 20 de marzo de 2013 (rec. 81/2012)
STS de 20 de mayo de 2013 (rec. 153/2013)
STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012)
STS de 11 de julio de 2013 (rec. 181/2013)
STS de 16 de septiembre de 2013 (rec. 1636/2012)
STS de 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/2013)

STS de 19 de noviembre de 2013 (rec. 78/2013)

STS de 27 de enero de 2014 (rec. 1/2013)

STS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013)

STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013)

STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 96/2013)

STS de 18 de marzo de 2014 (rec. 114/2013)

STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), asunto Telemadrid

STS de 15 de abril de 2014 (rec. 127/2013)

STS de 20 de mayo de 2014 (rec. 166/2013)

STS de 20 de mayo de 2014 (rec. 276/2013)

STS de 21 de mayo de 2014 (rec. 182/2013)

STS de 22 de mayo de 2014 (rec. 17/2014)

STS de 2 de junio de 2014 (rec. 2534/2013), asunto Capgemini (individuales)

STS de 25 de junio de 2014 (rec. 198/2013), asunto Ayuntamiento Jerez de la Frontera

STS de 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013)

STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014), asunto Sic Lázaro

STS de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013)

STS de 18 de julio de 2014 (rec. 288/2013)

STS de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013)

STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013), asunto Agencia Laín Entralgo

STS de 14 de octubre de 2014 (rec. 3054/2013)

STS de 21 de octubre de 2014 (rec. 59/2014)

STS de 20 de noviembre de 2014 (rec. 114/2014)

STS de 2 de diciembre de 2014 (rec. 97/2013), asunto Ayuntamiento de Estepona

STS de 3 de diciembre de 2014 (rec. 201/2013)

STS de 28 de enero de 2015 (rec. 87/2014)

STS de 23 de febrero de 2015 (rec. 255/2013)

STS de 24 de febrero de 2015 (rec. 124/2014)

STS de 24 de febrero de 2015 (rec. 165/2014)

STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014)

STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 145/2014)

STS de 24 de marzo de 2015 (rec. 118/2013)

STS de 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014), asunto Radiotelevisión de Murcia

STS de 25 de marzo de 2015 (rec. 295/2014)

STS de 20 de abril de 2015 (rec. 354/2014), asunto Coca cola

STS de 21 de abril de 2015 (rec. 357/2014)

STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014)

STS de 20 de mayo de 2015 (rec. 290/2014)

STS de 16 de junio de 2015 (rec. 273/2014)

STS de 16 de julio de 2015 (rec. 180/2014)

STS de 22 de julio de 2015 (rec. 2127/2014)

STS de 22 de julio de 2015 (rec. 2161/2014)

STS de 22 de julio de 2015 (rec. 2358/2014)

STS de 29 de septiembre de 2015 (rec. 1/2015)

STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), asunto Tragsa

STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014)

STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 86/2015)

STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 154/2015)

STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 1681/2014)

STS de 8 de marzo de 2016 (rec. 832/2015), asunto Bankia

STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014), asunto Bankia (Pleno)

STS de 16 de marzo de 2016 (rec. 832/2015)

STS de 30 de marzo de 2016 (rec. 2797/2014)
STS de 23 de noviembre de 2016 (rec. 91/2016)
STS de 20 de diciembre de 2016 (rec. 964/2015)
STS de 21 de diciembre de 2016 (rec. 52/2015)
STS de 22 de marzo de 2017 (rec. 1487/2015)
STS de 23 de marzo de 2017 (rec. 2097/2015)
STS 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015)
STS de 7 de abril de 2017 (rec. 1580/2015)
STS de 5 de mayo de 2017 (rec. 2596/2015)
STS de 12 de septiembre de 2017 (rec. 3683/2015)
STS de 11 de octubre 2017 (rec. 861/2015)
STS de 24 de octubre de 2017 (rec. 100/2016)
STS de 18 de enero 2018 (rec. 2180/2015)
STS de 24 de enero de 2018 (rec. 413/2016)
STS de 7 de febrero de 2018 (rec. 1899/2016)
STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 760/2016)
STS de 22 de febrero de 2018 (rec. 823/2016)
STS de 27 de febrero 2018 (rec. 3220/2015) y (rec. 3936/2015)
STS de 8 de marzo de 2018 (rec. 360/2016)
STS de 15 de marzo 2018 (rec. 2766/2016)
STS de 4 de abril de 2018 (rec. 1354/2016)
STS de 16 de abril de 2018 (rec. 1796/2016)
STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 2843/2016)
STS de 20 de junio de 2018 (rec. 168/2017)
STS de 11 de julio de 2018 (rec. 1758/2016)
STS de 12 de julio de 2018 (rec. 3611/2016)

STS de 20 de julio de 2018 (rec. 2708/2016)

STS de 9 de enero de 2019 (rec. 108/2018)

STS de 13 de mayo 2019 (rec. 246/2018)

Autos del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia)

Auto de 20 de diciembre de 2000 (conflicto de competencia 20/2000)

Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

STCJ de 26 de diciembre de 1988 (RJ 10314)

STCJ de 25 de junio de 1996 (RJ 4979)

Autos de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social)

Auto de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 1988

Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social)

SAN de 24 de enero de 1986 (rec. 43545)

SAN de 24 de febrero de 1986 (rec. 44635)

SAN de 25 de noviembre de 2011 (proc. 201/2011)

SAN de 28 de mayo de 2012 (proc. 81/2012)

SAN de 25 de junio de 2012 (proc. 94/2012)

SAN de 26 de julio de 2012 (proc. 124/2012)

SAN de 28 de julio de 2012 (proc. 124/2012)

SAN de 28 de septiembre de 2012 (proc. 152/2012)

SAN de 15 de octubre de 2012 (proc. 162/2012)

SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 142/2012)

SAN de 21 de noviembre de 2012 (proc. 167/2012)

SAN de 19 de diciembre de 2012 (proc. 251/2012)

SAN de 25 de febrero de 2013 (proc. 324/2012)

SAN de 11 de marzo de 2013 (proc. 381/2012)

SAN de 13 de marzo de 2013 (proc. 4/2013)

SAN de 4 de abril de 2013 (proc. 66/2013)

SAN de 20 de mayo de 2013 (proc. 108/2013)

SAN de 10 de junio de 2013 (proc. 112/2013)

SAN de 12 de junio de 2013 (proc. 143/2013)

SAN de 4 de julio de 2013 (proc. 169/2013)

SAN de 11 de julio de 2013 (proc. 181/2013)

SAN de 28 de octubre de 2013 (proc. 284/2013)

SAN de 19 de noviembre de 2013 (proc. 293/2013)

SAN de 21 de noviembre de 2013 (proc. 322/2013)

SAN de 13 de enero de 2014 (proc. 154/2013)

SAN de 16 de enero de 2014 (proc. 391/2013)

SAN de 9 de febrero de 2014 (proc. 241/2014)

SAN de 10 de marzo de 2014 (proc. 285/2013)

SAN de 28 de marzo de 2014 (proc. 44/2014)

SAN de 28 de marzo de 2014 (procs. 499/2013, 509/2013, 511/2013, y 512/2013)

SAN de 21 de abril de 2014 (proc. 218/2012)

SAN de 6 de mayo de 2014 (proc. 69/2014)

SAN de 16 de mayo de 2014 (proc. 500/2013), asunto Panrico

SAN de 12 de junio de 2014 (proc. 79/2014)

SAN de 29 de julio de 2014 (proc. 145/2014)

SAN de 24 de septiembre de 2014 (proc. 60/2012)

SAN de 11 de noviembre de 2014 (proc. 251/2014)

SAN de 15 de abril de 2015 (proc. 180/2013)

SAN de 13 de noviembre de 2015 (proc. 257/2015), asunto Indra

SAN de 17 de noviembre de 2015 (proc. 153/2015)

SAN de 18 de mayo de 2016 (proc. 63/2016)

SAN de 9 de octubre de 2017 (proc. 195/2017)

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo contencioso-administrativo)

STSJ Cantabria (CA) de 29 de febrero de 2000 (rec. 290/1999)

STSJ Madrid (CA) de 13 de septiembre de 2000 (rec. 327/2000)

STSJ Navarra (CA) de 2 de febrero de 2001 (rec. 717/1998)

STSJ Cataluña (CA) de 30 de julio de 2001 (rec. 3666/1996)

STSJ Castilla-La Mancha (CA) de 15 de mayo de 2002 (rec. 242/2001)

STSJ Cataluña (CA) de 2 de octubre de 2003 (rec. 700/1998)

STSJ Cataluña (CA) de 15 de diciembre de 2003 (rec. 15/2002)

STSJ Madrid (CA) de 27 de julio de 2004 (rec. 199/2002)

STSJ Madrid (CA) de 28 de febrero de 2006 (rec. 648/2001)

STSJ Navarra (CA) de 21 de marzo de 2006 (rec. 224/2004)

STSJ Madrid (CA) de 28 de abril de 2006 (rec. 1992/2003)

STSJ Madrid (CA) de 22 de septiembre de 2006 (rec. 1932/2003)

STSJ Cataluña (CA) de 24 de abril de 2007 (rec. 112/2003)

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo social)

STSJ Asturias de 29 de abril de 1994 (AS 1552)

STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 1994 (AS 3493)

STSJ Andalucía (Granada) de 17 de abril de 1995 (rec. 2360/1994)

STSJ Castilla y León de 11 de julio de 1995 (rec. 1382/1995)

STSJ Galicia de 21 de julio de 1995 (rec. 2568/1995)

STSJ Navarra de 31 de enero de 1996 (AS 683)

STSJ Cantabria de 20 de mayo de 1996 (rec. 719/1996)

STSJ Comunitat Valenciana de 26 de septiembre de 1997 (rec. 2860/1996)

STSJ Cataluña de 26 de febrero de 1998 (rec. 8449/1997)

STSJ Andalucía (Sevilla) de 17 de marzo de 2000 (rec. 4247/1999)

STSJ Andalucía de 9 de junio de 2000 (rec. 1421/2000)

STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2000 (rec. 121/2000)

STSJ Madrid de 16 de enero de 2001 (rec. 4583/2000)

STSJ Andalucía de 23 de marzo de 2001 (AS 2804)

STSJ Madrid de 27 de noviembre de 2001 (rec. 3601/2001)

STSJ Cataluña de 22 de marzo de 2002 (6644/2001)

STSJ Cataluña de 8 de julio de 2002 (rec. 3578/2002)

STSJ Asturias de 26 de julio de 2002 (rec. 2026/2001)

STSJ Navarra de 13 de noviembre de 2002 (rec. 360/2002)

STSJ Cataluña de 12 de diciembre de 2003 (rec. 2168/2002)

STSJ Andalucía (Granada) de 7 de enero de 2004 (rec. 2528/2003)

STSJ Comunitat Valenciana de 28 de enero de 2004 (rec. 3388/2003)

STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 30 de enero de 2004 (rec. 1664/2003)

STSJ Madrid de 18 de mayo de 2004 (rec. 478/2004)

STSJ País Vasco de 15 de febrero de 2005 (rec. 2992/2004)

STSJ País Vasco de 8 de marzo de 2005 (rec. 94/2005)

STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 10 de marzo de 2005 (rec. 981/2004)

STSJ Navarra de 30 de septiembre de 2005 (rec. 295/2005)

STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2005 (rec. 3038/2005)

STSJ País Vasco de 30 de mayo de 2006 (rec. 469/2006)

STSJ Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006 (rec. 504/2006)

STSJ Islas Canarias (Tenerife) de 8 de septiembre de 2006 (rec. 408/2006)

STSJ Cataluña de 20 de octubre de 2006 (rec. 102/2006)

STSJ Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 2006 (rec. 843/2006)

STSJ Cataluña de 13 de diciembre de 2006 (rec. 768/2005)

STSJ Cataluña de 19 de febrero de 2007 (rec. 7406/2006)

STSJ Madrid de 4 de mayo de 2007 (rec. 819/2007)

STSJ Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2007 (rec. 497/2007)

STSJ Comunitat Valenciana de 11 de febrero de 2009 (rec. 3900/2008)

STSJ Cantabria de 25 de febrero de 2009 (rec. 112/2009)

STSJ Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2009 (rec. 978/2009)

STSJ Cataluña de 23 de septiembre de 2010 (rec. 3367/2010)

STSJ Asturias de 11 de noviembre de 2010 (rec. 1888/2010)

STSJ Illes Balears de 23 de febrero de 2011 (rec. 244/2010)

STSJ Cataluña de 1 de abril de 2011 (rec. 7089/2010)

STSJ Andalucía (Granada) de 4 de mayo de 2011 (rec. 631/2011)

STSJ Comunitat Valenciana de 25 de mayo de 2011 (rec. 700/2011)

STSJ Castilla y León (Valladolid) de 29 de junio de 2011 (rec. 1019/2011)

STSJ Comunitat Valenciana de 5 de julio de 2011 (rec. 1518/2011)

STSJ País Vasco de 8 de noviembre de 2011 (rec. 2297/2011)

STSJ Madrid de 12 de marzo de 2012 (rec. 823/2012)

STSJ Cataluña de 25 de abril de 2012 (rec. 658/2012)

STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (proc. 10/2012)

STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (proc. 17/2012)

STSJ Asturias de 15 de junio de 2012 (rec. 1228/2012)

STSJ Madrid de 22 de junio de 2012 (proc. 20/2012)

STSJ Madrid de 25 de junio de 2012 (proc. 21/2012)

STSJ Galicia de 26 de junio de 2012 (rec. 1131/2009)

STSJ Cantabria de 28 de junio de 2012 (proc. 367/2012)

STSJ Galicia de 6 de julio de 2012 (proc. 12/2012)

STSJ Murcia de 9 de julio de 2012 (proc. 3/2012)

STSJ Galicia de 9 de julio de 2012 (rec. 2021/2012)

STSJ Madrid de 11 de julio de 2012 (proc. 32/2012)

STSJ Galicia de 16 de julio de 2012 (rec. 1894/2012)

STSJ Galicia de 19 de julio de 2012 (rec. 8/2012)

STSJ País Vasco de 4 de septiembre de 2012 (proc. 6/2012)

STSJ Navarra de 24 de septiembre de 2012 (rec. 337/2012)

STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2012 (proc. 31/2012)

STSJ Galicia de 28 de septiembre de 2012 (rec. 2183/2012)

STSJ País Vasco de 9 de octubre de 2012 (rec. 13/2012)

STSJ Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012 (rec. 4/2012), asunto Ayuntamiento de Estepona

STSJ Comunitat Valenciana de 7 de noviembre de 2012 (rec. 2304/2012)

STSJ País Vasco de 6 de noviembre de 2012 (rec. 2405/2012)

STSJ Madrid de 8 de noviembre de 2012 (proc. 37/2012)

STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 de noviembre de 2012 (rec. 659/2012)

STSJ Asturias de 16 de noviembre de 2012 (rec. 2065/2012)

STSJ Asturias de 23 de noviembre de 2012 (rec. 2378/2012)

STSJ Andalucía (Granada) de 29 de noviembre de 2012 (proc. 8/2012)

STSJ Navarra de 30 de noviembre de 2012 (rec. 398/2012)

STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proc. 19/2012)

STSJ Cataluña de 19 de diciembre de 2012 (proc. 36/2012)

STSJ Cataluña de 22 de enero de 2013 (rec. 6055/2012)

STSJ Castilla y León (Valladolid) de 4 de febrero de 2013 (proc. 1/2012)

STSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 2013 (rec. 11/2012), asunto Ayuntamiento Jerez de la Frontera

STSJ Asturias de 22 de marzo de 2013 (rec. 266/2013)

STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (rec. 18/2013), asunto Telemadrid

STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013)

STSJ Comunitat Valenciana de 2 de mayo de 2013 (rec. 561/2013), asunto IVVSA

STSJ Madrid de 8 de mayo de 2013 (rec. 5858/2012)

STSJ Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013), asunto Agencia Laín Entralgo

STSJ Aragón 11 de junio de 2013 (proc. 209/2013)

STSJ Castilla y León de 13 de junio de 2013 (rec. 732/2013)

STSJ Cataluña de 21 de junio de 2013 (rec. 1793/2013)

STSJ Navarra de 24 de junio de 2013 (rec. 106/2013)

STSJ País Vasco de 9 de julio de 2013 (rec. 1254/2013)

STSJ Islas Canarias de 10 de julio de 2013 (rec. 476/2013)

STSJ País Vasco de 16 de julio de 2013 (rec. 1250/2013)

STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 345/2013)

STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1079/2013)

STSJ Castilla y León de 17 de julio de 2013 (rec. 1183/2013)

STSJ Navarra de 18 de julio de 2013 (rec. 191/2013)

STSJ Asturias de 26 de julio de 2013 (rec. 1058/2013)

STSJ Comunitat Valenciana de 10 de septiembre de 2013 (rec. 1481/2013)

STSJ Cataluña de 10 de septiembre de 2013 (rec. 2789/2013)

STSJ Castilla y León de 25 de septiembre de 2013 (rec. 1182/2013)

STSJ Murcia de 14 de octubre de 2013 (proc. 10/2013)

STSJ Andalucía (Málaga) de 14 de octubre de 2013 (proc. 14/2013), asunto Isofotón

STSJ Madrid de 14 de octubre de 2013 (rec. 891/2013), asunto UGT

STSJ Navarra de 16 de octubre de 2013 (rec. 265/2013)

STSJ Madrid de 18 de octubre de 2013 (rec. 1481/2013)

STSJ Asturias de 31 de octubre de 2013 (rec. 1755/2013)

STSJ Comunitat Valenciana de 4 de noviembre de 2013 (proc. 17/2012), asunto Radio Televisión Valenciana

STSJ Castilla y León de 4 de noviembre de 2013 (rec. 1352/2013)

STSJ Castilla y León de 6 de noviembre de 2013 (rec. 1339/2013)

STSJ Castilla y León de 6 de noviembre de 2013 (rec. 1348/2013)

STSJ Castilla y León de 13 de noviembre de 2013 (rec. 1691/2013)

STSJ Castilla y León de 20 de noviembre de 2013 (rec. 1541/2013)

STSJ Castilla y León de 11 de diciembre de 2013 (rec. 1817/2013)

STSJ Asturias de 20 de diciembre de 2013 (rec. 1868/2013)

STSJ Castilla y León de 20 de diciembre de 2013 (rec. 1542/2013)

STSJ Castilla y León de 26 de diciembre de 2013 (rec. 1853/2013)

STSJ Castilla y León de 27 de diciembre de 2013 (rec. 1336/2013)

STSJ Castilla y León de 27 de diciembre de 2013 (rec. 1486/2013)

STSJ Castilla y León de 30 de diciembre de 2013 (rec. 1878/2013)

STSJ Madrid de 30 de diciembre de 2013 (rec. 1935/2013)

STSJ Madrid de 30 de diciembre de 2013 (rec. 1978/2013)

STSJ Navarra de 30 de diciembre de 2013 (rec. 1978/2013)

STSJ Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2014 (rec. 919/2013)

STSJ Madrid de 9 de enero de 2014 (rec. 1834/2013)

STSJ Madrid de 13 de enero de 2014 (rec. 1263/2013)

STSJ Navarra de 16 de enero de 2014 (rec. 6/2014)

STSJ Navarra de 16 de enero de 2014 (rec. 345/2014)

STSJ Castilla y León (Burgos) de 16 de enero de 2014 (rec. 693/2013)

STSJ Galicia de 21 de enero de 2014 (proc. 32/2013)

STSJ Madrid de 22 de enero de 2014 (rec. 1857/2013)

STSJ Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1891/2013)

STSJ Madrid de 17 de febrero de 2014 (rec. 1594/2013)

STSJ Madrid de 17 de febrero de 2014 (rec. 1702/2013)

STSJ Madrid de 24 de febrero de 2014 (rec. 1384/2013)

STSJ Cantabria de 5 de marzo de 2014 (rec. 49/2014)

STSJ País Vasco de 17 de marzo de 2014 (rec. 364/2015)

STSJ Madrid de 17 de marzo de 2014 (rec. 2149/2013)

STSJ Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2014 (rec. 62/2014)

STSJ Galicia de 31 de marzo de 2014 (rec. 4478/2013)

STSJ País Vasco de 8 de abril de 2014 (rec. 527 y 540/2014)

STSJ País Vasco de 8 de abril de 2014 (rec. 562/2014)

STSJ Madrid de 9 de abril de 2014 (rec. 1905/2013)

STSJ Madrid de 22 de abril de 2014 (rec. 2121/2013)

STSJ Castilla y León de 21 de mayo de 2014 (rec. 667/2014)

STSJ Madrid de 26 de mayo de 2014 (rec. 169/2014)

STSJ Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2014 (rec. 190/2014)

STSJ País Vasco de 17 de junio de 2014 (rec. 21/2014)

STSJ de Madrid de 25 de junio de 2014 (rec. 244/2014)

STSJ Castilla y León (Burgos) de 2 de julio de 2014 (rec. 452/2014)

STSJ Castilla y León (Burgos) de 10 de julio de 2014 (rec. 454/2014)

STSJ de Madrid de 14 de julio de 2014 (rec. 457/2014)

STSJ País Vasco de 15 de julio de 2014 (rec. 1189/2014)

STSJ Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2014 (rec. 763/2013)

STSJ Cataluña de 24 de julio de 2014 (rec. 2031/2014)

STSJ Castilla-La Mancha de 25 de julio de 2014 (rec. 748/2013)

STSJ Navarra de 30 de julio de 2014 (rec. 213/2014)

STSJ Navarra de 30 de julio de 2014 (rec. 259/2014)

STSJ Cataluña de 22 de septiembre de 2014 (rec. 33/2014)

STSJ Galicia de 24 de septiembre de 2014 (rec. 2041/2014)

STSJ Navarra de 8 de octubre de 2014 (rec. 396/2014)

STSJ Cataluña de 24 de octubre de 2014 (rec. 4541/2014)

STSJ Madrid de 31 de octubre de 2014 (rec. 550/2014)

STSJ Andalucía de 27 de noviembre de 2014 (rec. 2557/2013)

STSJ Madrid de 5 de diciembre de 2014 (rec. 504/2014)

STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 18 de diciembre de 2014 (rec. 416/2014)

STSJ Madrid de 19 de diciembre de 2014 (rec. 384/2014)

STSJ Madrid de 22 de enero de 2015 (rec. 527/2014)

STSJ Castilla y León de 28 de enero de 2015 (rec. 33/2015)

STSJ Castilla y León de 4 de febrero de 2015 (rec. 41/2015)

STSJ Castilla y León de 11 de febrero de 2015 (rec. 59/2015)

STSJ Illes Balears de 11 de febrero de 2015 (rec. 430/2014)

STSJ Aragón de 16 de febrero de 2015 (rec. 44/2015)

STSJ Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2015 (rec. 32/2014)

STSJ Cataluña de 27 de febrero de 2015 (rec. 7364/2014)

STSJ Madrid de 2 de marzo de 2015 (rec. 767/2014)

STSJ País Vasco de 10 de marzo de 2015 (rec. 233/2015)

STSJ Islas Canarias de 10 de marzo de 2015 (rec. 426/2014)

STSJ Castilla y León (Valladolid) de 12 de marzo de 2015 (rec. 12/2014)

STSJ Andalucía (Granada) de 29 de abril de 2015 (rec. 275/2015)

STSJ Cataluña de 5 de junio de 2015 (rec. 1348/2015)

STSJ País Vasco de 10 de junio de 2015 (rec. 1021/2015)

STSJ País Vasco de 23 de junio de 2015 (proc. 6/2015)

STSJ Islas Canarias de 29 de junio de 2015 (rec. 436/2015)

STSJ Comunitat Valenciana de 9 de septiembre de 2015 (rec. 1816/2015)

STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2015 (rec. 3675/2015)

STSJ País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (rec. 13/2015)

STSJ Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2015 (rec. 1581/2015)

STSJ Madrid de 21 de septiembre de 2015 (rec. 310/2015)

STSJ Castilla y León (Valladolid) de 5 de noviembre de 2015 (proc. 2/2015)

STSJ Castilla-La Mancha de 12 de noviembre de 2015 (rec. 561/2015)

STSJ Cataluña de 17 de noviembre de 2015 (rec. 4048/2015)

STSJ Cataluña de 30 de noviembre de 2015 (rec. 5191/2015)

STSJ Castilla y León (Valladolid) de 9 de diciembre de 2015 (rec. 1751/2015)

STSJ Comunitat Valenciana de 15 de diciembre de 2015 (rec. 2800/2015)

STSJ Madrid de 28 de diciembre de 2015 (rec. 119/2013)

STSJ Galicia de 19 de octubre de 2016 (rec. 1924/2016)

STSJ Madrid de 3 de febrero de 2017 (rec. 1006/2016)

STSJ País Vasco 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017)

STSJ Madrid de 22 de mayo de 2017 (rec. 861/2016)

STSJ Cataluña de 26 de abril de 2018 (rec. 3002/2015), asunto Porras Guisado

STSJ Madrid de 31 de mayo de 2018 (rec. 764/2017)

STSJ Galicia de 25 de septiembre de 2018 (rec. 1360/2018)

STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2018 (rec. 2531/2018)

STSJ País Vasco de 5 de febrero de 2019 (rec. 74/2019)

Sentencias de Juzgados de lo Social

SJS núm. 1 de Oviedo de 23 de noviembre de 1993

SJS núm. 1 Pamplona de 4 de enero de 2013 (proc. 853/2012)

SJS núm. 33 Barcelona de 10 de septiembre de 2014 (proc. 32/2014)

SJS núm. 1 Burgos de 2 de agosto de 2019 (proc. 317/2019)

LISTADO DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS⁹⁸⁴

Convenios (OIT)

Convenio de la OIT núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958 (C111)

Convenio de la OIT núm. 135, sobre los representantes de los trabajadores, de 1971 (C135)

Convenio de la OIT núm. 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982 (C158)

Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. BOE 29/06/1985

Recomendaciones (OIT)

Recomendación de la OIT núm. 119, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1963 (R119)

Recomendación de la OIT núm. 143, sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (R143)

Recomendación de la OIT núm. 166, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982 (R166)

⁹⁸⁴ Sistematizados por tipología y orden cronológico. Se citan instrumentos normativos y también aquellos no estrictamente normativos, como recomendaciones, dictámenes, etc.

Otros instrumentos internacionales

Carta Social Europea, 1961, revisada en 1996

Directivas (UE)

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. DOCE 19/02/1975

Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE 22/02/1975

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DOCE 14/02/1976

Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOCE 05/03/1977

Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DOCE 28/10/1980

Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. DOCE 12/08/1986

Directiva 87/164/CEE del Consejo de 2 de marzo de 1987 por la que se modifica, con motivo de la adhesión de España, la Directiva 80/987/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DOCE 11/03/1987

Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE 26/08/1992

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. DOCE 28/11/1992

Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. DOCE 20/01/1998

Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOCE 17/07/1998

Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE 12/08/1998

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. DOCE 19/07/2000

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOCE 02/12/2000

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. DOCE 22/03/2001

Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. DOCE 23/03/2002

Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DOCE 08/10/2002

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE 26/07/2006

Decisiones (UE)

Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. DOCE 27/01/2010

Recomendaciones (UE)

Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad. DOCE 12/08/1986

Otros instrumentos de la UE

Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en 1989.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 01/12/2009. DOUE 14/12/2007

Leyes orgánicas

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. BOE 08/08/1985

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. BOE 30/04/2012

Leyes ordinarias

Ley Sindical 2/1971, de 17 de febrero. BOE 19/02/1971

Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas. BOE 24/06/1971

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE 21/04/1976

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE 14/03/1980

Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre Integración Social de los Minusválidos. BOE 30/04/1982

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 23/05/1994

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE 10/11/1995

Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE 08/01/2000

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE 10/07/2003

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE 18/09/2010

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE 02/08/2011

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE 11/10/2011

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE 07/07/2012

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE 09/11/2017

Reales Decretos Legislativos

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 29/03/1995

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE 11/04/1995

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 08/08/2000

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE 16/11/2011

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE 03/12/2013

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 24/10/2015

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE 31/10/2015

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 31/10/2015

Reales Decretos-ley

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE 09/03/1977

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE 17/06/2010

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE 11/02/2012

Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. BOE 16/03/2013

Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. BOE 03/08/2013

Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE 07/03/2019

Decretos (preconstitucionales)

Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE 24/02/1944

Decreto 1384/1966, de 2 de junio, por el que se regula el régimen de garantías de los trabajadores que desempeñan cargos electivos de origen sindical. BOE 14/06/1966

Decreto 2431/1966, de 13 de agosto, sobre el empleo de los trabajadores de edad madura. BOE 29/09/1966

Decreto 1293/1970, de 30 de abril, sobre el empleo de los trabajadores mayores de cuarenta años. BOE 08/05/1970

Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos. BOE 15/09/1970

Decreto 1878/1971, de 23 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos. BOE 13/08/1971

Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas. BOE 28/12/1971

Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo. BOE 15/11/1972

Decreto 2487/1974, de 20 de julio, por el que se da nueva redacción al artículo 15 del Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo. BOE 11/11/1974

Reales Decretos

Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo. BOE 17/04/1980

Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. BOE 20/02/1996

Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE 31/01/1997

Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. BOE 16/02/2000

Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. BOE 14/06/2011

Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. BOE 30/10/2012

Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. BOE 30/10/2012

Órdenes ministeriales

Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. BOE 13/03/2012

Resoluciones de la Dirección General de Trabajo (o Empleo)

Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 17 de junio de 1981

Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 16 de mayo de 1983

Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 7 de octubre de 1985

Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 3 de octubre de 1986

Resolución de la Dirección General de Empleo de 19 de enero de 2018, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. BOE 01/02/2018

Criterios operativos de la ITSS

Criterio Operativo núm. 92/2012 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Criteri Tècnic 1/2013, de la Direcció General de la Inspecció de Treball de la Generalitat de Catalunya, sobre el contingut de l'informe de la Inspecció de Treball en els expedients de regulació d'ocupació

Dictámenes del Consejo de Estado

Dictamen del Consejo de Estado sobre el RPDC, de fecha 4 de octubre de 2012, referencia 1020/2012

Disposiciones de las comunidades autónomas

Ley 4/2012, de la Comunidad de Madrid, de 4 de julio, de Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica. BOE 13/10/2012

Normativa comparada

Alemania

Código civil alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB

Ley alemana de 10 de agosto de 1951, de Protección contra el Despido, *Kündigungsschutzgesetz*, KSchG

Ley alemana de 24 de enero de 1952, de Protección de la Madre Trabajadora, *Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter*, o *Mutterschutzgesetz*, MuSchG

Austria

Austrian Labour Constitution Act, *Arbeitsverfassungsgesetz*, ArbVG

Francia

Code du Travail

Italia

Ley italiana núm. 223, de 23 de julio de 1991. *Gazzetta Ufficiale* 27/07/1991

Ley italiana núm. 236, de 19 de junio de 1993. *Gazzetta Ufficiale* 20/05/1993

Portugal

Codigo do trabalho

Reino Unido

Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act (TULRCA) de 1992

Employment Rights Act (ERA) de 1996

Suecia

Swedish Employment Protection Act (*Lag om anställningsskydd*), de 1982