



Universitat Autònoma de Barcelona

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**Universitat Autònoma  
de Barcelona**

**“LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. EL DESPIDO  
COLECTIVO: EVOLUCIÓN, SITUACIÓN ACTUAL Y TENDENCIAS”**

**JUAN FRANCISCO SÁENZ PASTOR**



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA**

**Tesis doctoral**

**LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. EL DESPIDO  
COLECTIVO: EVOLUCIÓN, SITUACIÓN ACTUAL Y TENDENCIAS**

**Doctorando**

**Juan Francisco Sáenz Pastor**

**Directora**

**Dra. María José Feijóo Rey**

**Departament de Dret Públic y Ciències històrico-jurídiques  
Programa de Doctorat en Seguretat Humana y Dret Global**

**2020**



## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	10
RESUMEN .....	15
INTRODUCCIÓN .....	17
PRIMERA PARTE: EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	19
CAPÍTULO I. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	19
1. Regulación legal .....	24
2. Causas: concepto y clasificación .....	36
3. Nuevas causas de extinción: Globalización y deslocalización .....	42
3.1. Concepto y efectos .....	43
3.2. Normativa internacional .....	50
3.2.1. Organización Internacional del Trabajo.....	50
3.2.2. La Unión Europea.....	51
3.3. Cuestiones finales .....	55
CAPÍTULO II. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DESPIDO COLECTIVO: EVOLUCIÓN....	57
1. Concepto y naturaleza jurídica del despido colectivo .....	57
2. Aproximaciones al concepto.....	62
2.1. Aproximación al concepto desde la perspectiva internacional .....	62
2.1.1. La Organización Internacional del Trabajo .....	63
2.1.2. Unión Europea .....	65
2.2. Aproximación al concepto desde la perspectiva nacional.....	71
2.2.1. Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 27 de noviembre de 1.931.....	72
2.2.2. La Ley de Contrato de Trabajo y Decreto publicado el 26 de enero de 1944 .....	73
2.2.3. Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre sobre política de empleo .....	75
2.2.4. Ley 16/1976, de 8 de abril y el Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo.....	75
2.2.5. Estatuto de los Trabajadores .....	77
2.2.6. Ley 11/1994, de 19 de mayo .....	78
2.2.7. Real Decreto-ley 10/2010 y Ley 35/2010 .....	80
2.2.8. Real Decreto 801/2011, de 10 de junio.....	83
2.2.9. Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y la Ley 3/2012, de 6 de julio .....	85
2.2.9.1. Desaparición de la autorización administrativa .....	89
2.2.9.2. Limitación de las atribuciones de la autoridad laboral.....	89

2.2.10.	Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre .....	91
2.2.11.	Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto .....	92
2.2.12.	Ley 1/2014, de 28 de febrero .....	95
2.2.13.	Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo .....	96
2.2.14.	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.....	97
SEGUNDA PARTE: DESPIDO COLECTIVO.....		99
CAPÍTULO I. CONCEPTO Y ELEMENTOS.....		99
1.	Concepto.....	101
2.	Elementos .....	104
2.1.	Elemento numérico .....	105
2.1.1.	Umbrales.....	107
2.1.1.1.	Extinciones no computables .....	111
2.1.1.2.	Extinciones computables .....	114
2.1.2.	Disponibilidad de los umbrales.....	124
2.2.	Elemento temporal.....	129
2.3.	Elemento causal.....	134
2.4.	Conexión de funcionalidad o razonabilidad .....	151
2.5.	Documentación.....	160
2.5.1.	Documentación general.....	161
2.5.2.	Documentación según la causa alegada.....	166
2.5.2.1.	Causas económicas .....	166
2.5.2.1.1.	Pérdidas actuales .....	167
2.5.2.1.2.	Pérdidas previstas.....	168
2.5.2.1.3.	Disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas. ....	170
2.5.2.2.	Causas técnicas, organizativas o de producción.....	172
CAPÍTULO II. COMPARACIÓN NORMATIVA NACIONAL – NORMATIVA EUROPEA.....		174
1.	Planteamiento .....	174
2.	Discrepancias entre ambas normativas.....	175
3.	Interpretación e integración entre ambas normativas.....	178
TERCERA PARTE: PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: FASES .....		191
CAPÍTULO I. FASE INICIAL .....		191
1.	Iniciación .....	191
2.	Comunicación de la intención.....	193
3.	Comunicación del inicio del período de consultas .....	197
CAPÍTULO II. FASE DE NEGOCIACIÓN: FASE COLECTIVA .....		199

1.	Naturaleza jurídica.....	200
2.	Comunicación del inicio del período de consultas .....	205
3.	Fase de designación: Constitución de la comisión .....	206
3.1.	Plazo para la designación y número de miembros.....	206
3.1.1.	Plazo para la constitución .....	207
3.1.2.	Número de miembros integrantes .....	209
3.1.3.	Acta de constitución .....	211
3.1.4.	Extinción del plazo sin nombramientos.....	214
3.2.	Composición de la comisión negociadora .....	215
3.2.1.	Interlocutores privilegiados.....	217
3.2.2.	A falta de interlocutores privilegiados.....	219
3.2.2.1.	Único centro de trabajo afectado.....	219
3.2.2.2.	Cuando sean dos o más los centros de trabajo afectados .....	221
3.2.2.3.	Cuestiones finales .....	226
4.	Documento de inicio y documentos que lo acompañan .....	232
5.	La intervención de la autoridad laboral.....	246
5.1.	Intervención en la fase inicial .....	252
5.2.	Intervención durante el desarrollo del período de consultas .....	253
5.3.	Intervención finalizado el período de consultas.....	254
6.	Posición de los convenios colectivos de trabajo.....	258
7.	El período de consultas.....	266
8.	Criterios de selección de los trabajadores afectados .....	286
8.1.	Antecedentes legislativos .....	287
8.2.	Estatuto de los Trabajadores y legislación vigente.....	290
8.3.	Identificación de criterios .....	293
9.	Límites a los criterios de selección de los trabajadores afectados.....	299
9.1.	Adscripción voluntaria .....	300
9.2.	Edad .....	301
9.3.	Discapacidad .....	305
9.4.	Violación de un Derecho fundamental.....	308
9.5.	Garantía de indemnidad .....	314
9.6.	Prioridad de permanencia .....	315
9.6.1.	Prioridad de permanencia legal.....	316
9.6.2.	Prioridad de permanencia convencional .....	325
9.7.	Otros límites.....	326
9.8.	Conclusiones .....	330



10.	Impugnación del despido colectivo .....	336
10.1.	Motivos de impugnación .....	337
10.2.	Legitimación.....	340
10.2.1.	Legitimación activa .....	341
10.2.1.1.	Legitimación activa propia .....	342
10.2.1.2.	Legitimación activa impropia.....	345
10.2.1.3.	Legitimación de la autoridad laboral .....	348
10.2.1.4.	Legitimación en la impugnación individual .....	349
10.2.2.	Legitimación pasiva.....	349
10.3.	Cuestiones finales en materia de legitimación.....	351
11.	El despido colectivo en el sector público.....	354
11.1.	Causas .....	357
11.2.	Procedimiento .....	362
12.	Despido colectivo y concurso de acreedores .....	366
12.1.	Fase inicial.....	370
12.2.	Fase de negociación.....	372
12.3.	Resolución judicial .....	376
12.4.	Cuestiones finales .....	378
12.4.1.	Fondo de Garantía Salarial.....	378
12.4.2.	Recursos.....	379
CAPÍTULO III. FASE FINAL DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: FASE INDIVIDUAL.....		381
1.	Fase final .....	381
2.	Fase individual .....	393
2.1.	Cuestiones previas .....	393
2.1.1.	Plazo para la notificación .....	393
2.1.2.	Anticipo de la comunicación.....	396
2.1.3.	Momento en el que debe entenderse producido el despido .....	400
2.2.	Requisitos.....	402
2.2.1.	Comunicación escrita al trabajador expresando la causa .....	403
2.2.1.1.	Expresión de la causa.....	406
2.2.1.2.	Expresión de los criterios.....	416
2.2.2.	Indemnización de veinte días por año de servicio.....	420
2.2.2.1.	Puesta a disposición de la indemnización .....	433
2.2.2.2.	Pago de la indemnización .....	435
2.2.2.3.	Reclamación contra la indemnización .....	442
2.2.3.	Concesión de un plazo de preaviso de quince días .....	443

2.2.4. Obligación de dar copia a la representación legal de los trabajadores.....	444
CONCLUSIONES .....	451
BIBLIOGRAFÍA.....	467
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA .....	478
ANEXO NORMATIVO .....	487

## ABREVIATURAS

AIEE	Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo
AA.VV.:	Autores varios
Art.:	Artículo
AN:	Audiencia Nacional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CA:	Comunidad Autónoma
CCAA:	Comunidades Autónomas
CC:	Código Civil
CC <sup>o</sup>	Código de Comercio
CDFUE:	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE:	Constitución Española
CESE:	Comité Económico y Social Europeo
<i>Cfr.:</i>	Confróntese
CIF:	Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud
Cit.:	Citado
CIT:	Conferencia Internacional de Trabajo

COM:	Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas
DGE:	Dirección General de Empleo
EBEP:	Estatuto Básico del Empleado Público
EBITDA:	Siglas en inglés de Earning Before Interests, Taxes, Depretiations and Amortizations, resultado empresarial antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones productivas.
ET:	Estatuto de los Trabajadores
FEAG:	Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización
FEAGA	Fondo Europeo Agrícola de Garantía
FEDER:	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FIDE:	Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa
FMI:	Fondo Monetario Internacional
FSE:	Fondo Social Europeo
I+D:	Investigación y desarrollo
IED:	Inversión extranjera directa
ISSN:	Número internacional normalizado de publicaciones seriadas (International standard serial number)

ITSS:	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LC:	Ley Concursal
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LISOS:	Ley de Infracciones y Sanciones en el orden Social
LO:	Ley Orgánica
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOLS:	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LRJAP:	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJS:	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRL:	Ley de Relaciones Laborales
LSC:	Ley de Sociedades de Capital
MAC:	Método Abierto de Coordinación
NIC:	Normas Internacionales de Contabilidad
Núm.:	Número
OCDE:	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
Op. cit.	Obra citada ( <i>Opere citato</i> )

PAC:	Política Agrícola Común
Pág. (s):	Página (Páginas)
Proced.:	Procedimiento
PYME:	Pequeña Y Mediana Empresa
RD:	Real Decreto
RD-L:	Real Decreto-ley
Rec.:	Recurso
Rcud:	Recurso para la unificación de doctrina
RRHH	Recursos humanos
RLT:	Representación Legal de los Trabajadores
RPDC:	Reglamento de Procedimiento de Despido Colectivo
RSC:	Responsabilidad Social Corporativa
SAN:	Sentencia de la Audiencia Nacional
SSAN:	Sentencias de la Audiencia Nacional
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SSTSJ:	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
ss.:	Siguientes
TAS:	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE:	Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TMS:	Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
TRLET:	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
UE:	Unión Europea
VV.AA.:	Varios Autores
<i>Vid.:</i>	Véase
Vol.:	Volumen

## RESUMEN

La tesis doctoral depositada ante los órganos de la Universidad Autónoma de Barcelona, lleva a cabo un estudio del procedimiento de despido colectivo, tanto en su dimensión histórica como actual, poniendo de manifiesto su evolución conceptual hasta llegar a la regulación vigente, en la que ha dejado de ser un procedimiento administrativo laboral para pasar a ser un procedimiento puramente privado presidido por la autonomía de la voluntad, sin control administrativo previo admitiendo, solo, el control a posteriori y por vía judicial de lo actuado en él.

Su objetivo es poner de manifiesto los problemas interpretativos y aplicativos de que adolece la nueva regulación, muchos de los cuales proceden de una inadecuada trasposición al derecho español de la normativa europea, lo que ha producido numerosos problemas tratando de identificar hacia dónde deben dirigirse las futuras modificaciones de la institución para adecuarse a la normativa europea y facilitar a nivel nacional, tanto la actuación de empresarios y trabajadores –a la hora de concluir acuerdos- como la de los tribunales de justicia -a la hora de valorarlos-.

La extensión del trabajo hace que queden fuera de su ámbito, salvo en puntos incidentales, cuestiones importantes tales como, las planteadas por los grupos de empresas, las producidas en empresas con implantación supranacional o los procedimientos que tienen su origen en causas de fuerza mayor.

Se analizará, por tanto, el procedimiento general y los problemas que su interpretación y aplicación vienen produciendo tratando de ofrecer alternativas.

**Palabras clave:** Regulación, Evolución, Trasposición, Procedimiento, Despido, Colectivo, Interpretación.



## **SUMMARY**

The doctoral thesis deposited with the organs of the Autonomous University of Barcelona, carries out a study of the collective dismissal procedure, both in its historical and current dimensions, highlighting its conceptual evolution until reaching current regulations, in which it has ceased to be a labour administrative procedure to become a purely private procedure governed by the freedom of choice, without prior administrative control admitting, only, ex-post and judicial control.

Its objective is to highlight the interpretative and application problems that the new regulation poses, many of which stem from an inadequate transposition of European regulations into Spanish law. This has caused numerous problems trying to identify where future modifications of the legal concept should be led to in order to adapt to European regulations and facilitate, at national level, both the actions of employers and workers - when concluding agreements - and those of the courts of justice - when evaluating them.

The extension of the work means that important issues, such as those raised by groups of companies, those produced in companies with supranational implantation, or the procedures arising out of any cause or event of force majeure, are left out of their scope, except for incidental points.

Therefore, the general procedure and the problems that its interpretation and application have produced trying to offer alternatives will be analysed.

**Keywords:** Regulation, Evolution, Transposition, Procedure, Dismissal, Collective, Interpretation.

## **INTRODUCCIÓN**

La tesis doctoral depositada ante la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA, realiza un análisis profundo –sustantivo, doctrinal y jurisprudencial- del procedimiento de despido colectivo, el cual ha sido objeto de numerosos cambios legislativos que han determinado su evolución desde la concepción administrativo-laboral hasta la configuración actual como un procedimiento puramente privado.

Los cambios normativos producidos por la reforma llevada a cabo en el año 2012 –que se habían iniciado en la reforma de 2010-, insisten en la idea de la flexiseguridad, que preside la nueva normativa tratan: por un lado, de objetivar las causas eliminando los matices subjetivos que venían siendo exigidos legalmente –al condicionar la medida colectiva a la viabilidad futura de la empresa o a la capacidad de mantener el volumen de empleo o una evolución negativa-; por otro, apuesta por el carácter privado de todo el procedimiento al perder la autoridad laboral las facultades decisorias que había tenido.

La desaparición de esa decisión administrativa –sustituida por un cierto control y asesoramiento- ha sido objeto de numerosas críticas al entender que la objetividad en la decisión y la preparación técnica de la Administración hacían el proceso mucho más seguro, especialmente para los trabajadores, dada la falta de preparación técnica de la que muchas veces adolecen sus representantes –en ocasiones miembros de una comisión “ad hoc” carente de conocimientos técnicos-.

No obstante, de la pérdida del carácter de procedimiento administrativo-laboral se derivan, también, aspectos positivos, especialmente que la impugnación del despido colectivo resulta atribuida a la jurisdicción social lo, que obviamente, ha obligado a adaptar su tratamiento procesal.

La regulación vigente plantea numerosos problemas interpretativos, al paso de muchos de los cuales sale esta tesis doctoral: el concepto y naturaleza jurídica del procedimiento de despido colectivo; las causas –tanto las objetivas como las producidas por motivos no inherentes a la persona del trabajador-; los elementos –numérico, temporal y causal-; la documentación necesaria; la adaptación de la normativa nacional a la comunitaria; las tres fases, inicial, de negociación colectiva y la individual, son básicamente los aspectos identificados y abordados.

Para alcanzar los objetivos propuestos, la tesis se articula en cuatro grandes apartados:

- Análisis general de las causas de extinción del contrato de trabajo.
- Análisis de la evolución legislativa, nacional y supranacional, experimentada hasta llegar a la actual regulación.
- Análisis de la normativa vigente.
- Estudio del procedimiento de despido colectivo y de sus fases: inicial, de negociación colectiva y final.

Todo ello para concluir identificando los aspectos en los que futuras reformas de la institución deberán incidir para evitar los problemas interpretativos y aplicativos actuales.

La finalidad última perseguida es analizar la realidad del procedimiento de despido colectivo identificando aquellos aspectos que se recogen a modo de conclusiones, que faciliten la interpretación y aplicación de la regulación actual ofreciendo nuevas perspectivas a las futuras modificaciones de la normativa del procedimiento de despido colectivo que permitan mejorar la institución.

Todos estos puntos van a ser tratados conforme a la redacción de la normativa vigente poniendo de manifiesto las discrepancias con la normativa europea y tratando de identificar las perspectivas de cambio.

# **PRIMERA PARTE: EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

## **CAPÍTULO I. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

La relación jurídica que surge del contrato de trabajo tiene su propio ciclo vital, comienza con la celebración del contrato (el acuerdo de voluntades lo crea dado su carácter consensual); permanece durante el tiempo en el que se produce el intercambio de prestaciones, periodo durante el cual puede sufrir diversas vicisitudes -modificación, suspensión-; y perdura hasta el momento de su extinción.

La extinción del contrato de trabajo implica el cese de un contrato válido, producido el cual no podrá tener lugar la reanudación de la relación laboral, aunque si la celebración de otro contrato nuevo. Supone, por tanto, la terminación del vínculo que une a trabajador y empresario y, en su consecuencia, el cese de los derechos y obligaciones recíprocos derivados de su carácter bilateral o sinalagmático. No obstante, hay casos en los que permanece vigente alguna obligación, como pueden ser las derivadas del pacto de no competencia<sup>1</sup> o la subsistencia de obligaciones cuyo cumplimiento está pendiente, como puede ser el pago de salarios, bonus, indemnizaciones o comisiones pendientes de liquidación.

---

<sup>1</sup> Art. 21.2 del TRLET.

El estudio de la extinción del contrato de trabajo debe partir de tres de sus caracteres más relevantes: es un contrato consensual, de tracto sucesivo y bilateral.

El primero, el carácter consensual, significa que el contrato de trabajo se incluye dentro de los contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento -principio espiritualista que, desde el Ordenamiento de Alcalá de 8 de febrero de 1.348, preside la contratación en España -. La concurrencia de consentimiento, objeto y causa<sup>2</sup>, crea el contrato. Este carácter determina su comienzo desde que existe acuerdo de voluntades, con independencia del consecuente inicio o no de la actividad laboral -sus efectos pueden diferirse a un momento posterior-, es decir, no es un contrato real, la prestación laboral no lo constituye, ni es formal, en cuanto la forma tiene carácter declarativo, no constitutivo, aunque, en ocasiones, la forma tiene, también, carácter *ad utilitatem*<sup>3</sup>. El carácter consensual determina, que, prestado el consentimiento, el contrato producirá, además de los efectos pactados, *"todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"*<sup>4</sup>.

El contrato de trabajo se caracteriza, en segundo lugar, por ser un contrato de tracto sucesivo, lo que determina que, a diferencia de los contratos de tracto único cuya causa de extinción principal es, precisamente, su ejecución o cumplimiento, en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continua, el cumplimiento viene a confirmar su existencia y, por tanto, su continuidad. El modo de poner fin a esa continuidad y los medios a través de los cuales puede producirse, son objeto de regulación legal, y materia de derecho indisponible para las partes.

---

<sup>2</sup> Art. 1.261 CC.

<sup>3</sup> Art. 8.2 TRLET.

<sup>4</sup> Art. 1.258 CC.

Por último, el carácter bilateral o sinalagmático del contrato de trabajo, tercero de los caracteres mencionados, implica la existencia de dos partes unidas por un nexo causal, por un sinalagma, que determina que cada una de ellas tiene derechos y obligaciones recíprocos. Este carácter bilateral influye, durante la vida del contrato -por la reciprocidad de las prestaciones-; al tiempo de su modificación -que puede producirse de común acuerdo o por voluntad de alguna de las partes-; y en el momento de su extinción -pudiendo ser causa de extinción, tanto la voluntad, común o no de los contratantes, como la inobservancia de los derechos y obligaciones recíprocos de cualquiera de las partes-.

El Derecho del Trabajo se caracteriza o se inspira en una serie de principios, que se manifiestan en materia extintiva, entre los que pueden destacarse:

1/ El principio protector, ya que, a diferencia del Derecho civil basado en la igualdad, el Derecho laboral protege a la parte más vulnerable, al trabajador, estableciendo a su favor una desigualdad que viene a equilibrar la situación entre las dos partes.

Desde los orígenes del trabajo hasta llegar a la concepción actual, aparecen diferencias entre las dos partes que conforman la relación laboral, naciendo el Derecho del Trabajo como mecanismo de corrección de dichas diferencias. Las desigualdades solo pueden corregirse creando otras, es decir, la desigualdad, producida de hecho por la sumisión del trabajador a las órdenes del empresario y por el sometimiento consecuencia de la dependencia económica, se corrigen con normas más favorables al trabajador, que le permitan recuperar en el ámbito jurídico lo perdido en el ámbito económico.

Este principio protector se articula a través de tres reglas: la regla *in dubio pro operario*, que determina que la interpretación de cualquier norma, se realizará en el sentido que favorezca al trabajador, bien

entendido que su aplicación queda limitada al supuesto de que una norma o situación genere dudas interpretativas, no siendo aplicable con la finalidad de corregir una norma; la regla de la norma más favorable, ante una concurrencia de normas, impone la aplicación al trabajador de aquélla que le sea más favorable, regla que permite hacer prevalecer el contenido del contrato sobre una norma jurídica si la norma contractual beneficia al trabajador, siempre sometido, eso sí, al respeto a las exigencias del orden público; y, por último, la regla de la condición más beneficiosa, que determina que un cambio normativo no puede perjudicar al trabajador.

2/ Principio de irrenunciabilidad de los derechos, en cuya virtud no se puede privar al trabajador, ni siquiera por su voluntad, de los derechos que tenga reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, lo que impide que el trabajador pueda renunciar a las posibilidades o ventajas que tiene legalmente atribuidas.

Este principio se articula mediante otros dos: intransmisibilidad de los derechos; y carácter de orden público de sus normas, al no poder ser renunciadas o derogadas por la voluntad de las partes.

3/ Principio de continuidad, consecuencia de que el contrato de trabajo se concibe como un contrato de efectos prolongados en el tiempo, a través del cual puede producirse una mutabilidad que no impide su permanencia. Ambas partes de la relación laboral tienen interés en prolongarla en el tiempo, durante el cual producirá sus efectos, subsistencia que, conviene al trabajador en cuanto le proporciona estabilidad en su vida personal, y conviene al empresario en cuanto el trabajador se identifica con el trabajo y alcanza un conocimiento que le permite especializarse en él.

4/ Principio de primacía de la realidad, que determina que en caso de discrepancia entre los documentos o pactos y lo que sucede en la

realidad práctica, tendrá preferencia esa realidad práctica sobre los documentos.

5/ Principio de razonabilidad, que impone que en las relaciones laborales se proceda conforme a la razón, de modo que, ante una prestación de servicios compensada con una retribución, en la que existan dudas sobre el carácter laboral o no de la relación, este principio sirve de guía, presuponiendo que el hombre actúa siempre conforme a la razón y en función de unos patrones de conducta cuyas excepciones deben acreditarse, empleando tal principio para determinar la realidad, sirviendo, además, como límite en el ejercicio de facultades que puedan ejercerse de modo arbitrario.

6/ Por último, como todo el Derecho español de la contratación, el Derecho del Trabajo y la relación laboral surgida del contrato de trabajo, vienen presididos por el principio de la buena fe con la peculiaridad, en el ámbito laboral, de que el contrato de trabajo, no solo genera obligaciones patrimoniales sino, también, obligaciones personales, que imponen la recíproca confianza en el cumplimiento de las obligaciones y presupone una actuación honesta y honrada por parte de ambos intervinientes, trabajador y empresario.

Como consecuencia de todos estos principios, el Derecho del Trabajo español, sigue anclado en una concepción de la relación laboral, y en concreto de sus causas de extinción, que no responden a la evolución empresarial actual. Continúa nuestro Derecho con una regulación tuitiva de las causas de extinción basándose en una estabilidad en el empleo que, aunque deseable, cada vez está más alejada de la realidad social, lo que exigiría una reforma profunda en numerosos aspectos y, en particular, en la regulación de las causas de extinción.



## 1. Regulación legal

La ruptura del vínculo jurídico existente entre las partes comporta el cese de la relación laboral y, en su consecuencia, de las prestaciones recíprocas: el trabajador cesa en la obligación de prestar sus servicios y el empresario, cesa en la obligación de pagar la retribución establecida. La extinción del contrato de trabajo pone fin a la relación de dependencia del trabajador frente al empresario.

Los caracteres propios del contrato de trabajo hacen inaplicable la teoría general de la extinción de las obligaciones y contratos regulada en los artículos 1.156 y siguientes del Código Civil. En el Derecho del Trabajo no hay un concepto de extinción, limitándose el TRLET a fijar las causas que la producen, causas regidas por normas de derecho necesario, o de acuerdo con MERCADER UGUINA, *“fijadas de modo completo, tasado, inalterable, y sin espacio alguno para la negociación colectiva”*<sup>5</sup>.

La extinción del contrato de trabajo, la determinación de sus causas, se regula en los artículos 49 a 57 del TRLET y toda una normativa complementaria nacional<sup>6</sup>, a la que vienen a unirse normas internacionales, como el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, y comunitarias, tales como las Directivas europeas (en

---

<sup>5</sup> Así MERCADER UGUINA, J.R., *“Lecciones de Derecho del Trabajo”*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª edición, Valencia, 2019, página 604, *“Desde esta perspectiva, el régimen general de extinción del contrato de trabajo se configura en el ET (artículos 49 y siguientes) de modo completo, tasado, inalterable, y sin espacio alguno para la negociación colectiva, de forma que no cabe añadir causa extintiva alguna ni alterar el preciso carácter de las ya establecidas.”*

<sup>6</sup> LOLS, LPRL, LETT, LISOS, LGSS, LRJS, LC.

especial la 98/59), Reglamentos UE del Parlamento Europeo y del Consejo (especialmente el 593/2008<sup>7</sup> y el 44/2001<sup>8</sup>).

La extinción del contrato de trabajo es, por tanto, una materia intervenida en la que rigen dos principios básicos: el principio de conservación del negocio y el principio de causalidad de la extinción. El principio de conservación del negocio, en virtud del cual se ha de salvaguardar la voluntad de las partes intervinientes en el negocio jurídico, y cuyas manifestaciones más importantes son: la convalidación del negocio jurídico, la ratificación, la nulidad parcial, la prescripción sanatoria, la cláusula de sumisión a arbitraje y la interpretación de sus cláusulas de la forma más adecuada para que produzcan efectos. El otro principio, el de causalidad de la extinción, determina la necesidad de una justa causa, de las establecidas legalmente en el artículo 49 del TRLET, fijación de causas que es materia de derecho público indisponible por las partes. Es decir, el art. 49.1 del TRLET recoge las causas de extinción en un listado cerrado, no ampliable por la voluntad de las partes ni por medio de negociación colectiva. Establece un sistema de *numerus clausus*, que consiste en una enumeración de derecho necesario absoluto no pudiendo ser modificada por convenio colectivo ni por pacto individual.

No obstante, en la extinción del contrato de trabajo, la autonomía colectiva tiene un importante campo de actuación, y mediante ella se podrá concretar o aclarar alguna causa extintiva o mejorar las consecuencias de la extinción, especialmente en materia de indemnización –autonomía colectiva que tiene una capacidad de maniobra importante en los procedimientos de despido colectivo-.

---

<sup>7</sup> REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

<sup>8</sup> REGLAMENTO (CE) No 44/2001 DEL CONSEJO, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La extinción del contrato plantea una diversidad de problemas, tanto desde el punto de vista técnico como práctico, lo que ha generado una gran atención legal y jurisprudencial. Dicha atención toma en cuenta, muy especialmente, la trascendencia humana que conlleva la pérdida del empleo, puesta de manifiesto en numerosos aspectos, tales como, el desarraigo social respecto del medio laboral al que pertenece el trabajador, la pérdida de habilidades laborales adquiridas, y fundamentalmente en la pérdida de ingresos. Dado que ésta última será, normalmente, paliada de modo temporal con ciertos mecanismos legales de carácter prestacional, se produce, además, una importante carga social, consecuencia de que el ordenamiento jurídico presta especial atención a los trabajadores cuya relación laboral se extingue, considerándolos en situación legal de desempleo y permitiéndoles, salvo en el caso de que la extinción se haya producido por voluntad del trabajador, el acceso a una prestación económica<sup>9</sup> -de naturaleza contributiva o asistencial, según los casos-<sup>10</sup>.

El carácter social del Derecho del Trabajo, su carácter tuitivo de defensa del contratante económicamente más débil, y la tensión social que provoca la extinción del contrato de trabajo, son los factores que determinan la necesidad de proteger a una de las partes, el trabajador, frente a desistimientos del empresario carentes de alguna de las causas justificativas previstas legalmente.

En España, el art. 35.1 de la Constitución Española reconoce el derecho al trabajo, cuya importancia se pone de manifiesto en dos momentos: en el momento de acceder al empleo mediante un contrato de trabajo; y en el momento de su pérdida, al tiempo de la extinción del mismo. El derecho al trabajo es entendido, por tanto, como “*el deber de*

---

<sup>9</sup> Véanse los arts. 262 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>10</sup> Véase recientemente el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, *por el que se establece el ingreso mínimo vital*.

*trabajar y el derecho al trabajo*<sup>11</sup>, pero también y no menos importante, como el derecho al mantenimiento del empleo vigente. Es decir, el derecho al trabajo, en su aspecto individual, se concreta en la estabilidad en el empleo y, por tanto, en la continuidad en el mismo y, en consecuencia, en el derecho a no ser despedido sin justa causa<sup>12</sup>; así como en la regulación de una reacción adecuada contra la extinción -despido o cese- del trabajador. La regulación de dicha reacción, sus técnicas y su alcance, corresponde al legislador<sup>13</sup>.

La regulación legal de la extinción del contrato de trabajo se basa en una serie de principios que siguiendo a CRUZ VILLALÓN podemos aislar en "*estabilidad en el empleo, libertad personal, fiduciariadad y productividad*"<sup>14</sup>.

La *estabilidad en el empleo* supone la salvaguarda de la continuidad del contrato de trabajo, continuidad en la que pueden tener interés, tanto el empresario como el trabajador. Sin embargo, el carácter tuitivo del Derecho del trabajo determina que la protección de dicha estabilidad actúe, exclusivamente, en beneficio del trabajador y no del empresario el cual, por otras vías, tales como la fijación de incentivos o la mejora de las condiciones salariales, dispone de mecanismos para favorecer esa estabilidad del empleo.

El carácter tuitivo del Derecho del Trabajo determina que el legislador establezca fórmulas de protección frente a la posibilidad de pérdida del empleo, que implican limitaciones, tanto materiales como formales: entre las primeras, la causalidad requerida para la extinción del

---

<sup>11</sup> Cfr. art. 35 CE.

<sup>12</sup> Véase la STC de 16 de octubre de 2019, rec. 2.960/2019, que remite a las SSTC 22/1981, de 2 de julio, en su FJ 8; y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4.

<sup>13</sup> Así, la STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2.

<sup>14</sup> Véase CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, 3ª edición, Valladolid, 2014, páginas 383 y siguientes.

contrato; entre las segundas, la necesaria observancia de las formalidades exigidas por la ley, según cual sea la causa de extinción.

La *libertad personal* deriva del carácter personal de los servicios prestados, que afectan a la esfera personal del trabajador. Si a ello unimos la voluntariedad<sup>15</sup>, nota definitoria del contrato de trabajo, se aprecia que esa voluntariedad opera, tanto en el momento inicial de la relación laboral, como en el momento final. Ello supone la atribución al trabajador de la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por su sola voluntad sin necesidad de alegar causa alguna. No obstante, la libertad personal se da en cuanto al trabajador -admitiéndose la dimisión y el abandono-, no en cuanto al empresario al que se le exige, siempre, la alegación de una causa para poner fin al contrato.

La *confianza mutua* -la fiduciariad-, en virtud de la cual, la continuación del contrato solo podrá tener lugar mientras permanezca la relación de mutua confianza entre trabajador y empresario.

La *productividad*, derivada de las imposiciones que trae consigo la economía de mercado, atenta a la rentabilidad y a la competencia con el resto de empresas. Es por eso, por la posibilidad de que la relación laboral no cumpla las expectativas de productividad previstas, por lo que se prevén situaciones en las que la extinción se produce, precisamente, por esta causa.

Desde otro punto de vista, el Derecho del Trabajo, a diferencia de otros ámbitos del Derecho Español eminentemente individualistas, da acogida al carácter colectivo en numerosos aspectos, tales como la negociación colectiva, la participación de los trabajadores en la empresa, el derecho de reunión y un largo etcétera. La extinción del contrato de trabajo no supone una excepción a esa influencia de lo colectivo,

---

<sup>15</sup> Cfr. con el art. 1.1 del TRLET.

previéndose legalmente, junto a la extinción individual, la posibilidad de que la extinción sea colectiva por afectar a una pluralidad de trabajadores.

Así, la extinción de los contratos de trabajo de un grupo de trabajadores se basa, normalmente, en causas objetivas -económicas, técnicas, organizativas o de producción- o en situaciones de fuerza mayor, considerando el art. 51 del TRLET, que el despido es colectivo si en un periodo de noventa días afecta al número de trabajadores que prevé. Del mismo modo se considera que el despido es colectivo si afecta a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de afectados sea superior a cinco, y se produzca por el cese de la actividad empresarial consecuencia de alguna de aquellas causas objetivas.

En cuanto al cómputo del número de trabajadores afectados, la ley española, siguiendo al Derecho de la Unión Europea, lo facilita incluyendo las extinciones producidas en el periodo de referencia por voluntad del empresario o por causas no inherentes a la persona del trabajador, diferentes a la terminación de la obra o servicio o a la expiración del plazo, siempre que su número sea, al menos, de cinco. Recoge, asimismo, la llamada regla antifraude al prever que cuando en períodos sucesivos de noventa días se despidan individualmente por causas objetivas a un número de trabajadores inferior a los umbrales del despido colectivo, sin que se justifique la actuación empresarial, dichas extinciones se declararán nulas y sin efecto.

El contrato de trabajo, como cualquier otro, se basa en la reciprocidad de intereses entre las partes que en él intervienen. La extinción del contrato es, probablemente, el aspecto en el que el choque entre los intereses de trabajador y empresario es más violento. La extinción es el momento crítico del contrato en el que se produce el mayor enfrentamiento de intereses entre las partes, lo que ha generado

posiciones enfrentadas, entre los que sostienen la estabilidad en el empleo y los que, por el contrario, abogan por la necesidad de ampliar el poder de decisión del empresario, aduciendo que la estabilidad en el empleo reduce las contrataciones e impide el reparto del trabajo<sup>16</sup>.

Quienes abogan por la estabilidad en el empleo, se oponen a posturas más liberales que abogan por el despido libre. El Derecho del Trabajo busca el equilibrio entre ambas concepciones y entre las dos partes de la relación laboral, equilibrio al que se ha de atender, muy especialmente, al tiempo de la extinción del contrato. Supone combinar el derecho a la estabilidad en el empleo, con el derecho de los empresarios a adaptar su plantilla de trabajadores a los cambios producidos en sus necesidades.

Desde la perspectiva del trabajador, la estabilidad en el empleo supone, básicamente, dos realidades: la primera, que los contratos sean indefinidos, utilizándose los temporales, exclusivamente, para necesidades de esta naturaleza; la segunda, la protección legal frente a las decisiones arbitrarias de extinción del contrato de trabajo, adoptadas por el empresario. No obstante, la estabilidad del empleo también es importante desde la perspectiva empresarial, especialmente por el mayor grado de implicación del trabajador y por su conocimiento del funcionamiento de la empresa, razones que justifican el interés empresarial en dicha estabilidad. Ahora bien, como afirma MONTROYA MELGAR<sup>17</sup>, esa estabilidad no puede impedir ni dificultar, que la empresa pueda adaptarse a los cambios económicos o productivos que le permitan acomodarse a las circunstancias de un mercado en constante evolución,

---

<sup>16</sup> Sobre la rigidez de los mercados véase el Informe Dahrendorf que aboga por la liberalización de los RRHH y la contención de los costes empresariales.

<sup>17</sup> MONTROYA MELGAR, A., "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 33, 2001, página 61, "De este modo, habrá que aceptar una posición intermedia, que combine prudentemente el derecho de los trabajadores a una razonable seguridad en cuanto a la duración de su empleo y el derecho de los empresarios a organizar también racionalmente el proceso productivo adaptando las plantillas a las necesidades reales de cada momento."

es decir, la estabilidad en el empleo no puede ser un lastre para el desarrollo y la evolución de la empresa que le impida acomodarse a los cambios de tipo estructural y económico que se produzcan.

El principio de estabilidad en el empleo, como señala el citado autor, quedó seriamente comprometido en el periodo 1984-1994, mediante el fomento de la contratación temporal, con lo que ello implica en la pérdida de tal estabilidad.

El ataque al principio de estabilidad en el empleo comienza con el Real Decreto-ley 18/1976<sup>18</sup> y el Real Decreto 1363/1981<sup>19</sup>, que apuestan por los contratos a tiempo parcial y temporales.

La reforma de la Ley 32/1984<sup>20</sup> amplía la contratación de carácter temporal, crea el contrato de lanzamiento de nueva actividad y el contrato temporal de fomento de empleo. A esta ley vino a unirse el Real Decreto 1989/1984, que admite la contratación temporal de desempleados sin tomar en consideración la causalidad en los contratos temporales. Además, se facilitan y abaratan las extinciones en cuanto, los contratos temporales, no generaban derecho a indemnización al tiempo de su extinción.

Este auge de la contratación temporal, sociológicamente, supuso una bajada del consumo y, laboralmente, menor cualificación y experiencia de los trabajadores y, en consecuencia, menor eficacia del sistema productivo, así como un aumento de la accidentalidad en el trabajo. De hecho, la excesiva temporalidad tiene graves inconvenientes, que, siguiendo a ALFONSO MELLADO<sup>21</sup>, pueden concretarse en que

---

<sup>18</sup> Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, *sobre medidas económicas*.

<sup>19</sup> Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio, *por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo*.

<sup>20</sup> Ley 32/1984, de 2 de agosto, *sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*.

<sup>21</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., SALA FRANCO, T., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y BLASCO PELLICER, A., "La contratación temporal: un pacto posible", en *Actualidad Laboral*, 2001-1, página 326.



contraen el consumo y, en consecuencia, la producción; encarecen la formación profesional, consecuencia de la rotación de trabajadores; desarraiga a los trabajadores de la empresa; y ralentiza la economía perdiéndose, en consecuencia, beneficios empresariales.

Ante esta situación, que había producido precariedad en el empleo, la reforma de 1994 opta por la supresión de los contratos temporales de fomento de empleo, opción que no evitó el abuso en la utilización de la contratación temporal, básicamente mediante el contrato de obra. Además, este mismo año, se publica la ley reguladora de las empresas de trabajo temporal<sup>22</sup>, cuya propia actividad es la cesión temporal de trabajadores a empresas usuarias utilizando el contrato temporal para llevar a cabo esas cesiones. Fue, posteriormente la ley 29/1999<sup>23</sup>, la que estableció la equiparación salarial entre los trabajadores de la empresa de trabajo temporal y la usuaria y la que determinó la aplicación, a los contratos de puesta a disposición, de las mismas causas que justifican, con carácter general, la contratación temporal.

La reforma de 1994, no obstante suprimir los contratos temporales de fomento de empleo, vino a facilitar los despidos en los contratos indefinidos por una doble vía: en los despidos disciplinarios, al establecer que los defectos formales no producen la declaración de nulidad del despido, sino su improcedencia; y acortando los salarios de tramitación si en conciliación la empresa reconocía la improcedencia. Excluyó, también, la necesidad de autorización administrativa en los despidos plurales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando su número no alcanzaba determinados umbrales, estableciendo que el despido plural por causas objetivas no tuviera un control previo administrativo, sino, solamente, un control judicial posterior.

---

<sup>22</sup> Ley 14/1994, de 1 de junio, *por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*.

<sup>23</sup> Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, *por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal*, arts. 5 y 9.

Las leyes 63 y 64 de 1.997<sup>24</sup> permiten la contratación temporal causal, pero suprimen la contratación temporal no causal, fomentando, con ello, la contratación indefinida. Además, la contratación de fomento de empleo se desplaza abiertamente hacia la contratación indefinida, no a la temporal, incentivando los contratos indefinidos por dos medios: por un lado, mediante bonificaciones a la Seguridad Social; por otro, limitando la cuantía de la indemnización en los despidos llevados a cabo alegando causas objetivas, cuando aquéllos eran calificados de improcedentes.

El Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo<sup>25</sup>, sigue en la misma línea y elimina, como dice VARAS GARCÍA<sup>26</sup>, todo resto de contratación temporal no causal. Sus claves, siguiendo a CAVAS MARTÍNEZ<sup>27</sup>, podemos concretarlas: en el refuerzo de la causalidad en el empleo temporal; el fomento de la contratación indefinida en los colectivos con mayor tasa de desempleo; potenciar la negociación colectiva en la regulación y control de las modalidades contractuales; refuerzo de los contratos formativos; y determinar cuándo los contratos a tiempo parcial deben revestir la forma de indefinidos, regulando el contrato fijo discontinuo.

La Ley 12/2001<sup>28</sup> siguió en la misma línea, tratando de combatir la precariedad laboral derivada del contrato a tiempo parcial, mediante incentivos a la contratación a tiempo parcial indefinida; mediante bonificaciones por la conversión de contratos temporales en indefinidos;

---

<sup>24</sup> Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida; Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

<sup>25</sup> AIEE, siglas del Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo, de 7 de abril de 1997.

<sup>26</sup> VARAS GARCÍA, P, "Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo: una nota técnica", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, número 10, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 1997, página 227.

<sup>27</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 58, página 113.

<sup>28</sup> Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

estableciendo la indemnización que corresponde al trabajador en el momento de la extinción de los contratos temporales; ayudado, todo ello, por la penalización que supone el aumento de la cotización por desempleo en la contratación temporal.

Posteriormente, la Declaración para el Diálogo Social<sup>29</sup> prevé la consecución de tres objetivos: "*La Competitividad, el Empleo estable y la Cohesión Social*", comprometiéndose a cohonstar la seguridad para los trabajadores y la flexibilidad para las empresas. En el mismo sentido, el Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, de 31 de enero de 2005, con la rúbrica "*Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*", aboga por políticas de empleo que mejoren la relación entre flexibilidad y seguridad en el empleo, no produciendo la pérdida de garantías sino compatibilizando la flexibilidad con el respeto a los derechos laborales. Señala que la flexibilidad tiene múltiples dimensiones y no debe entenderse, solo, en materia de restricción a las extinciones de los contratos.

La idea de la compatibilidad entre la flexibilidad y la seguridad de los trabajadores -la flexiseguridad-, es uno de los principios inspiradores de la reforma de 2012. La reforma introduce cambios importantes en la extinción del contrato que modifican el montante de la indemnización por despido calificado o reconocido como improcedente, abaratándolo, y dando una nueva regulación al despido colectivo en cuanto a las causas y al procedimiento, apostando decididamente por su carácter objetivo, mediante la reforma del art. 51 del TRLET.

Quienes, por el contrario, abogan por aumentar el poder de decisión empresarial, posición en la que militan las asociaciones empresariales,

---

<sup>29</sup> Declaración para el Diálogo Social, firmada el 8 de julio de 2004, por el Gobierno, asociaciones patronales y sindicatos más representativos.

abogan por la flexibilización del mercado de trabajo. Así, como señalan FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y MARTÍNEZ LUCIO, la última crisis económica ha supuesto “*un resurgir de los discursos a favor de la flexibilización del mercado laboral como medida esencial para la salida de la crisis*”<sup>30</sup>.

Los partidarios de aumentar el poder empresarial abogan por el contrato temporal no causal y denuncian como causas que producen la incapacidad para generar nuevos empleos, los costes derivados del despido de los trabajadores, superiores en España al resto de la Unión Europea, manteniendo que si fueran menores, los empresarios crearían más empleos al tener menos limitadas sus posibilidades de inversión. Denuncian, asimismo, que la regulación actual del despido minora la autoridad empresarial y limita la renovación de las plantillas, entendiendo que la reducción de costes flexibilizaría la economía y el empleo<sup>31</sup>, criterio mantenido por el Fondo Monetario Internacional en recomendaciones dirigidas al Estado español en las que se inclina por una mayor flexibilidad y por la reducción de los costes de indemnización.

Por su parte, el derecho de la Unión Europea, siguiendo su objetivo de fomentar el empleo, prevé “*la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral*”<sup>32</sup> así como la protección “*en caso de despido injustificado*”<sup>33</sup>, apostando por la intervención armonizadora de la propia Unión Europea en materia de extinción del contrato de trabajo, algunos de cuyos avances serán objeto de estudio posterior.

---

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J. y MARTÍNEZ LUCIO, M., “El discurso del despido libre en España: una reflexión sobre el papel de los mitos y los prejuicios en las políticas de empleo españolas”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, número 1 (2014), páginas 191-219.

<sup>31</sup> Véanse a favor y en contra, el Manifiesto de los 100, firmado por cien economistas en mayo de 2009 a favor de una reforma del mercado laboral en España; y el Manifiesto de los 700 de junio de 2009.

<sup>32</sup> Cfr. con el art. 153.1.d, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>33</sup> Cfr. con el art. 30, de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## 2. Causas: concepto y clasificación

Las causas de extinción del contrato de trabajo se recogen en los arts. 49 y siguientes del TRLET, que fijan las diferentes causas por las que el contrato de trabajo y la relación laboral surgida de él, pueden llegar a su término. El Derecho español opta por la estabilidad en el empleo recogiendo un repertorio o elenco de causas.

Siguiendo la doctrina generalizada, ALFONSO MELLADO, GOERLICH PESET, BLASCO PELLICER<sup>34</sup>, las causas de extinción pueden clasificarse distinguiendo:

- Las que se producen por voluntad conjunta de trabajador y empresario; mutuo acuerdo, condición resolutoria y expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

- Las que se producen por voluntad del trabajador, ya sea sin causa justificada, dimisión y abandono; o por causa justificada, resolución por incumplimiento empresarial, por modificación sustancial o por ser víctima de violencia de género.

- Las producidas por voluntad del empresario, despido disciplinario, extinción por causas objetivas y despido colectivo.

- Las causas que afectan a la persona del trabajador: muerte, jubilación e incapacidad.

---

<sup>34</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., en VVAA, *“Extinción del contrato de Trabajo”*, coordinadores SALCEDO BELTRÁN, M.C., RODRIGUEZ PASTOR, G. E., *“Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013, página 407, *“El ET regula diversas causas de extinción del contrato de trabajo; en algunos casos responden a motivos involuntarios, en otros a incumplimientos contractuales y en otros a la voluntad de las partes.”*; GOERLICH PESET, J.M., GARCÍA RUBIO, M.A., BLASCO PELLICER, A., *Extinción del contrato de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011, páginas 31 y siguientes.

- Las que afectan a la persona del empresario, sea persona física – muerte, jubilación e incapacidad- o persona jurídica –extinción de la personalidad jurídica del contratante-.

La clasificación general permite distinguir dos categorías:

1ª.- Extinción del contrato de trabajo por causas dependientes de la voluntad del trabajador<sup>35</sup>, presuponen su voluntad extintiva pudiéndose distinguir:

- Por su nacimiento, la voluntad extintiva puede deberse a una voluntad actual o a una voluntad presente en el propio contrato<sup>36</sup>, es decir, por acuerdo de extinción o por cumplimiento de una condición resolutoria o por transcurso del plazo fijado en el contrato.

- Por su relación con la voluntad del empresario, puede implicar un acuerdo entre ambos -mutuo acuerdo-, o puede producirse sin su voluntad o incluso en contra de ella, extinción por dimisión y por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género<sup>37</sup>.

- Por la forma de manifestar el trabajador su voluntad, puede ser expresa –a veces incluso mediante un procedimiento judicial, cuando se basa en un incumplimiento contractual del empresario- o tácita -despido por hechos que demuestran una voluntad incompatible con el trabajo<sup>38</sup>.

2ª.- Causas extintivas independientes de la voluntad del trabajador<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Recogidas en las letras a), b), c), d), j), k) y m), del art. 49.1 del TRLET.

<sup>36</sup> Cfr. art. 49.1, b) y c).

<sup>37</sup> Mutuo acuerdo previsto en la letra a), sin su voluntad o incluso en contra de ella, letras d) y m), dimisión y decisión de la trabajadora víctima de violencia de género.

<sup>38</sup> Mediante un procedimiento judicial, letra j), cuando se base en un incumplimiento contractual del empresario- o tácita -previsto en la letra k), despido por hechos que demuestran una voluntad incompatible con el trabajo.

<sup>39</sup> Recogidas en las letras, e), f), g), h), i) y l) del art. 49.1 del TRLET.

Suelen distinguirse las que llevan consigo la obligación de indemnizar y las que no.

- No conllevan la obligación de indemnizar, la muerte, incapacidad permanente o jubilación del trabajador.

- Y si producen obligación indemnizatoria, como más destacadas, el despido colectivo y el despido individual "*por causas objetivas legalmente procedentes*", causas que actúan independientemente de la voluntad del trabajador y por motivos que no le son imputables, despidos objetivo y colectivo, los cuales, en épocas de crisis podrían resultar especialmente atractivos, sobre todo, por la limitación de la carga indemnizatoria. Sin embargo, a pesar de que no han faltado autores, como MARTÍNEZ GIRÓN y ARRUFÉ VARELA, que señalan que aquéllas "*...son con mucho, las causas extintivas independientes de la voluntad del trabajador de más frecuente concurrencia en la realidad diaria (y mucho más en la situación de crisis económica aguda en que nos encontramos). Ambas cuentan, además, con un desarrollo legal explícito y muy detallado en el Estatuto de los Trabajadores contenido en su artículo 51 (por lo que respecta al despido colectivo) y en sus artículos 52 y 53 (por lo que respecta al despido objetivo)*"<sup>40</sup>, lo cierto es que, a pesar de la limitación de la carga indemnizatoria -veinte días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades- propia de los despidos colectivo y objetivo, que podrían hacerlos especialmente atractivos, la realidad práctica demuestra, como se analizará más adelante que, especialmente en lo que al despido colectivo se refiere, no ha sido así.

De las otras causas independientes de la voluntad del trabajador, la extinción por fuerza mayor exige la constatación por la autoridad laboral<sup>41</sup>. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física, a salvo lo dispuesto en el art. 44 del TRLET<sup>42</sup>, dará derecho al

---

<sup>40</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARRUFÉ VARELA, A., "*Derecho crítico del trabajo, Critical labor law*", Ed. Atelier Libros jurídicos, 4ª edición, Barcelona, 2016, página 150.

<sup>41</sup> Cfr. con el art. 51.7 TRLET.

<sup>42</sup> Art. 44 relativo a la sucesión de empresa.

trabajador al abono de un mes de salario; y, la extinción de la personalidad jurídica del empresario deberá seguir los trámites del procedimiento colectivo.

Las conclusiones que se obtienen, a la vista de la regulación legal, pueden sintetizarse en tres: primera, no existe un concepto legal de extinción, limitándose el art. 49 del TRLET a enumerar las causas extintivas. Segunda, el TRLET reconoce una pluralidad de causas extintivas que pueden proceder, de hechos ajenos a la voluntad –como la muerte-, o de un negocio jurídico –ya sea unilateral, como la dimisión o el despido, o bilateral, cuando la extinción tenga lugar por mutuo acuerdo-. Tercera, las causas se rigen por normas de derecho necesario absoluto, no susceptibles de modificación por voluntad de los interesados ni por convenio colectivo; la enumeración del art. 49.1 del TRLET es una enumeración completa e inalterable que puede calificarse de tasada.

La regulación de las causas extintivas no contempla con carácter general ningún requisito formal. El art. 49.2 TRLET impone al empresario que “con ocasión de la extinción” al comunicar la “denuncia” o dar el “preaviso” de extinción, “deberá acompañar una propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas” como consecuencia de la relación laboral.

Denunciado o preavisado, debe acompañarse un documento de liquidación. Este documento, llamado normalmente finiquito, es el soporte documental que pone fin a la relación laboral de manera que, desde su suscripción, empresario y trabajador quedan liberados de sus obligaciones contractuales. Supone la formalización de la extinción del contrato, pero, a pesar de su importancia, aparece referido solamente en dos arts., el 49.2 del TRLET y 7.4 Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, ocupados, el primero en el establecimiento de garantías al tiempo de su firma, posibilitando que el trabajador solicite la presencia de un representante legal en el momento de suscribirlo, y el segundo, al



calificar como infracción grave "4. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de tramitación de los recibos de finiquito."

Al carecer el finiquito de regulación legal, son la doctrina y la jurisprudencia las que van perfilando su contenido, al que se aplica la normativa recogida con carácter general en el Código Civil<sup>43</sup>.

El Tribunal Supremo<sup>44</sup> acude para determinar su concepto al Diccionario de la Lengua Española, que lo define como "*Remate de las cuentas, o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas.*". Lo configura como un documento no sujeto a forma *ad solemnitatem* cuyo contenido puede referirse al pago de salarios, o de otras obligaciones fundamentalmente patrimoniales, derivadas de la extinción del contrato, así como a la propia terminación de la relación laboral, y que normalmente incorpora la declaración de las partes de no adeudarse nada recíprocamente, así como la renuncia al ejercicio de acciones de reclamación<sup>45</sup>.

El finiquito es un documento que puede producir dos tipos de efectos: liquidatorios, en cuanto recoge el saldo de cuentas; y extintivos, en cuanto recoge la declaración de que el contrato queda extinguido. Supone, por tanto, el recibo de cantidad y la declaración de que las partes nada se adeudan como consecuencia de la relación contractual que les ha unido durante la vigencia del contrato.

Aunque en su origen, el finiquito se circunscribía a la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo (art. 49.1.c del TRLET), se fue extendiendo a otros supuestos. Así, en un primer momento a las extinciones producidas por baja voluntaria o dimisión (art. 49.1.d del

---

<sup>43</sup> Véase GARCÍA RUBIO, M.A., *Extinción del contrato ...*, op. cit., páginas 1.433 a 1.510.

<sup>44</sup> Véanse las SSTs de 13 de mayo de 2008, rec. 1.157/2007 y la de 24 de junio de 1998, rec. 3.464/1997, entre otras.

<sup>45</sup> Véanse las SSTs de 13 de mayo de 2008, rec. 1.157/2007, 28 de febrero de 2000, rec. 4.977/1998, 18 de noviembre de 2004, rcud. 6.438/2003, 26 de junio de 2007, rcud. 3.314/2006, entre otras.

TRLET), llegándose a admitir por los tribunales la extensión a todo documento que declara la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa de las previstas en el art. 49.1 del TRLET a la que siga un acuerdo empresario-trabajador.

La entrega del finiquito sin declaración extintiva tiene un valor puramente liquidatorio de salarios o haberes; la entrega del finiquito manifestando el trabajador su conformidad con él, determina la extinción del contrato. La formalización y suscripción del finiquito no supone, *per se*, la conformidad del trabajador con la decisión empresarial de extinguir el contrato, teniendo efectos liberatorios plenos, únicamente en los casos de dimisión, mutuo acuerdo o cuando recoja un acuerdo transaccional, si la extinción tuvo su origen en una decisión unilateral de la empresa<sup>46</sup>.

Aunque como se ha visto, el finiquito no está sujeto a forma *ad solemnitatem*<sup>47</sup>, lo normal es que se documente por escrito no siendo infrecuente que los convenios colectivos contengan normas relativas a su contenido y formalidades<sup>48</sup>, llegando algunos, incluso, a contener un modelo<sup>49</sup>.

El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante en el momento de su entrega y suscripción. La presencia de un representante legal está prevista, también, en el art. 18 del TRLET, en los registros llevados a cabo sobre la persona del trabajador o sus efectos particulares. Es, no obstante, una facultad sobre la que el trabajador tiene libre

---

<sup>46</sup> Así la mencionada STS de 13 de mayo de 2008, rec. 1.157/2007.

<sup>47</sup> Así la STS de 28 de febrero de 2000, rcud. 4.977/1998.

<sup>48</sup> Resolución de 15 de abril de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional para las industrias de turrones y mazapanes, art. 15, y Resolución de 19 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, en cuyo art. 66 determina que “*el finiquito no tendrá carácter liberatorio hasta transcurridas 72 horas desde su entrega.*”

<sup>49</sup> Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general del sector de la construcción, en su ANEXO III, contiene un modelo de finiquito.

disposición, por lo que solo será menester su asistencia si el trabajador manifiesta su deseo de que asista.

Debe destacarse que la presencia del representante legal solo se prevé para la firma del documento de liquidación, no para la suscripción de otros recibos o liquidaciones, lógica consecuencia de la trascendencia que la suscripción del documento de liquidación puede tener. Por lo demás, su presencia, no solo supone la de un testigo cualificado sino, además, la aún más importante de prestar asesoramiento al trabajador del contenido del finiquito, pero actuando como tal asesor, sin que la previsión legal permita convertirlo en un apoderado del trabajador.

Si el trabajador efectivamente lo solicita, el empresario deberá permitir dicha presencia. Si la impide, se hace constar a los "*efectos oportunos*"<sup>50</sup>, expresión que por ambigua no proporciona ninguna seguridad jurídica y cuya consecuencia es incurrir en una infracción grave en materia laboral<sup>51</sup>.

### **3. Nuevas causas de extinción: Globalización y deslocalización**

Globalización y deslocalización se configuran como circunstancias actuales que tienen gran importancia, entre otros aspectos, en la extinción de los contratos de trabajo.

La globalización es una de las máximas expresiones del capitalismo en cuanto recoge como fundamental la libre competencia, el libre mercado, la libre circulación de capitales, libre circulación de mercancías y un largo etc., extendidas a lo largo del mundo. A todos estos

---

<sup>50</sup> Cfr art. 49.2 TRLET.

<sup>51</sup> Como se vio, art. 7.4, LISOS.

planteamientos capitalistas viene a unirse, cada vez con más fuerza, la inmediatez de la comunicación y la movilidad, factores, todos ellos, que se avienen bien con el capital pero no con el trabajo, es decir, los fondos invertidos en un determinado lugar -país o nación- pueden con toda facilidad e inmediatez trasladarse a otro lugar geográfico, lo que, sin embargo, no ocurre con el trabajo. De ello resulta que la localización es actualmente, o puede ser, una rémora para las empresas. Las normas jurídicas, entre ellas las laborales, están limitadas geográficamente, afectan a cada país y se aplican dentro de su territorio.

### **3.1. Concepto y efectos**

El Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, define la globalización en su cuarta acepción como: “4. f. Econ. Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos.” La globalización tiene gran importancia en el mundo actual por lo que ha sido contemplada desde distintas perspectivas, económicas, tecnológicas, culturales, sociales, etc., que tratan de poner de manifiesto las ventajas e inconvenientes que conlleva.

Esta importancia es destacada por la doctrina, DE LA DEHESA ROMERO manifiesta que “la globalización va a ser positiva para el crecimiento y la convergencia mundial, aunque sus costes y beneficios no van a estar distribuidos equitativamente. La globalización mejora, en conjunción con la nueva ola de desarrollo de las tecnologías, la eficiencia de la economía en general y, por tanto, la productividad y el crecimiento mundial. Pero también tiende a fragmentar los procesos de producción, los mercados laborales, las entidades políticas e, incluso, las sociedades. Conlleva, al mismo tiempo, aspectos positivos y beneficiosos, innovadores y dinámicos para la economía mundial y también aspectos negativos y perturbadores”<sup>52</sup>; la premio Nobel de literatura GORDIMER, señala su importancia como “a verdadeira

---

<sup>52</sup> DE LA DEHESA ROMERO, G., “Comprender la Globalización”, Ed. Alianza Editorial, 1ª edición Madrid, 2000.

*necessidade de globalização é nada menos do que a questão de definir se com ela é possível encurtar a distancia entre países pobres e ricos”<sup>53</sup>.*

La globalización es un fenómeno impulsado por los mercados sin que los gobiernos hayan podido canalizar sus avances, es decir, es un fenómeno impulsado por las razones aludidas –económicas, tecnológicas, etc.- las cuales, como normalmente ocurre, van muy por delante de los ajustes legales que dichas situaciones exigen.

La globalización es una realidad que nos obliga a distinguir, por un lado, el ciclo de producto, en torno al cual se organizaba tradicionalmente la producción, lo que generaba una localización del proceso productivo; por otro, la globalización de los mercados que permite superar esa localización y actuar a nivel global.

El término sirve, también, para distinguir entre las empresas multinacionales –que desarrollan sus actividades en varios países-; y las empresas globales, caracterizadas por la pérdida de su carácter nacional que había sido el tradicional en la economía, derivando a empresas, podríamos decir apátridas, que operan a nivel global, en las que la vinculación nacional es sustituida por la vinculación al mercado.

Este fenómeno viene de la mano de los avances tecnológicos y de la libre circulación de capitales, bienes y servicios, es decir, implica una globalización financiera y una globalización comercial, impulsada o propiciada por los avances de las comunicaciones<sup>54</sup> y de la logística, que permite conocer lo que se produce en cualquier lugar del mundo y permite actuar en ese mercado global, comprando o vendiendo, cualquier

---

<sup>53</sup> GORDIMER, N., “A face humana da globalização”, *Folha de San Paulo, Caderno Mais*, enero de 2000, páginas 10 a 30.

<sup>54</sup> GORDIMER, N., “Uma Carta às Futuras Gerações”, *Tempos de reflexão*, 1.999, “A viabilidade da globalização tornou-se possível pelos imensos avanços tecnológicos do século xx, particularmente nos meios de comunicação, desde o satélite lá no alto entre as estrelas até o computador em toda mesa de escritório. As informações podem ser trocadas através do mundo em tempo real; a distância não significa nada, desde que os aviões a jato tenham combustível para superá-la. A globalização tem todos os recursos eficientes para regular a si mesma, da maneira como está sendo concebida até agora: principalmente como um único mundo de investimento, uma superferramenta de finanças internacionais.”

bien o servicio cuya distribución permite recibirlo y disfrutarlo en cualquier parte del planeta.

Señala FERNÁNDEZ BRICEÑO<sup>55</sup>, que la globalización afecta, también, a la concepción misma del estado y de sus funciones suponiendo un límite para estados y gobiernos, en el sentido de que, según cómo se maneje, puede tener una gran trascendencia en cuanto podrán resultar beneficiados o perjudicados porque, del mismo modo que la globalización supone un beneficio en los países de acogida -mayor crecimiento y mayores rentas-, también supondrá en los países desarrollados, o más bien en vías de desarrollo, importantes costes, especialmente, en el desempleo y en la caída de salarios. Es decir, la globalización de los mercados favorece que las empresas puedan desarrollar parte de sus procesos productivos mediante una actuación intensiva sobre la mano de obra en el país de acogida, pero, simultáneamente, afecta a la desindustrialización en el país desarrollado de origen, así como a la caída del empleo e incluso a la desigualdad salarial.

Un elemento de extraordinaria importancia en la globalización es internet, calificado por ECO<sup>56</sup> de "*equivalente virtual del universo*", expresión recogida por GADOTTI<sup>57</sup>. Aunque la globalización es un fenómeno más económico que cultural, sirve también, obviamente, para difundir tecnología, conocimiento y nuevas ideas, cuya capacidad de penetración en los distintos estados dependerá de numerosos aspectos como la cohesión social, la apertura al mundo exterior o la tradición en materia de emigración.

DE LA DEHESA ROMERO<sup>58</sup> señala que son tres los retos que en materia de globalización deben asumir los estados. El primero, la eficiencia y competitividad, mediante una apertura al exterior y una

---

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ BRICEÑO, L., "Recensiones", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 31, páginas 165 a 169.

<sup>56</sup> ECO, U., *Folha de San Paulo*, enero de 2000, páginas 8 a 10.

<sup>57</sup> GADOTTI, M., "*Pedagogía da Terra*", Ed. Peiropolis, 2ª edición, Sao Paulo, enero 2000.

<sup>58</sup> DE LA DEHESA ROMERO, G., "*Comprender la Globalización*", *op. cit.*

modificación del mercado de trabajo, facilitando los medios de flexibilidad interna -movilidad geográfica, funcional, contratos a tiempo parcial- en evitación de los medios de flexibilidad externa -finalizaciones de contratos y, especialmente, despidos colectivos-. El segundo, el desarrollo de la economía de servicios, basada en la innovación y desarrollo I+D, lo que exige una inversión muy importante en formación. El tercero, y último, la sostenibilidad del estado del bienestar, cuyo mantenimiento exige ajustes, tales como el retraso de la edad de jubilación, el favorecimiento de la inmigración, etc.

La globalización está íntimamente unida a otro fenómeno, la deslocalización<sup>59</sup>, definido por ERMIDA URIARTE<sup>60</sup> como *“neologismo creado en el área de la economía, la sociología, el Derecho del trabajo y las relaciones laborales, para visualizar este fenómeno que nos ocupa”* y añade, *“la deslocalización es el traslado de unidades productivas desde países industrializados a países en desarrollo caracterizados estos últimos por poseer niveles sensiblemente inferiores de renta per capita, salario, condiciones de trabajo, etc.”*.

CANALS<sup>61</sup> define el *offshoring* o *outsourcing*<sup>62</sup> internacional como la *“adquisición de bienes intermedios (inputs) en países distintos al propio”*. La autora distingue dos posibilidades:

-Deslocalización, situación en la que los bienes se producen en una filial de la empresa que, una vez producidos, los importa, es decir, *“la empresa local fragmenta la producción del bien final en distintas tareas, bienes o servicios intermedios y decide producirlos en distintas filiales localizadas en distintos países”*;

---

<sup>59</sup> El diccionario de la lengua española de la real Academia de la Lengua, define deslocalizar como *“Trasladar una producción industrial de una región a otra o de un país a otro, normalmente buscando menores costes empresariales”*, y define la deslocalización como *“Acción y efecto de deslocalizar.”*

<sup>60</sup> ERMIDA URIARTE, O, “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, *Iuslabor*, número 1/2007, ISSN-e 1699-2938.

<sup>61</sup> CANALS, C., “Offshoring y deslocalización: nuevas tendencias de la economía internacional”, *DOCUMENTOS DE ECONOMÍA “la Caixa”*, número 3, diciembre de 2006.

<sup>62</sup> Traducidas, *offshoring*, deslocalización; o *outsourcing*, subcontratación, externalización o tercerización.

- *Arm's length*<sup>63</sup> o *contratación externa*, situación que tendrá lugar cuando la empresa que produce o vende el producto final, utiliza bienes o servicios intermedios producidos por empresas independientes ubicadas en otro país.

Desde el punto de vista jurídico, la deslocalización significa el cierre total o parcial de una empresa o de un centro de trabajo en un determinado lugar y la simultánea o posterior apertura de aquél en otro emplazamiento geográfico. El riesgo que conlleva la deslocalización radica en que no toma en consideración los costes que se producen para los trabajadores, ni para los ciudadanos en general, prescindiendo de economías eficientes, que puedan llegar a destruirse, produciendo unas consecuencias sociales negativas evidentes.

No obstante, el concepto de deslocalización debe distinguirse del establecimiento de un centro de trabajo fuera del país, cuando éste es consecuencia de la expansión empresarial que no lleva consigo el cierre del centro productivo inicial, sino que supone un crecimiento, una expansión, que está en el origen de la mayor parte de las empresas multinacionales.

El fenómeno de la deslocalización está íntimamente unido con el cambio en la concepción sociológica de la empresa, e incluso del trabajo. Así, GARCÍA CALAVIA<sup>64</sup> señala que la empresa *"tiende a configurarse con la estructura mínima multiplicando exponencialmente la red de unidades que produce el bien o servicio y que adopta, al mismo tiempo, fórmulas organizativas cada vez más flexibles que se traducen en una precarización del vínculo de los trabajadores con la misma (Linhart, 1997:16). Su resultado: una mayor movilidad de los asalariados, y en muchos casos, además, una rebaja cuando no un fuerte deterioro de las condiciones laborales (Castillo, 2005: 39) puesto que la capacidad de defensa y de presión colectivas disminuyen a medida que los grupos se reducen (Míquelez, 2004: 47)."*

---

<sup>63</sup> Expresión traducida como longitud de brazo.

<sup>64</sup> GARCÍA CALAVIA, M.A., "Despidos laborales. Fracturas sociales e identitarias", *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, Vol. LXVI, número 51, Septiembre-Diciembre, 2008, páginas 123-144, ISSN: 0034-9712.



La deslocalización ha propiciado la aparición en el ámbito internacional, de lo que se ha dado en llamar nuevos *players*<sup>65</sup>, entendidos como los países que compiten en la distribución internacional del trabajo, lo que ha venido a cambiar radicalmente la situación y las relaciones norte-sur. Esta situación ha propiciado la aparición de grupos de presión -como más relevante el llamado BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica)-, que pretenden captar inversión extranjera al objeto de conseguir el establecimiento en su territorio del mayor número de empresas posible. Los países que aspiran a ser destinatarios de la inversión extranjera directa (IED) compiten por captarla y por conseguir el establecimiento de industrias extranjeras en su territorio, lo que produce un impacto muy importante en el empleo.

La deslocalización es una realidad que actúa o puede actuar en diferentes formas y ámbitos, lo que permite distinguir según sea total -cuando el bien o servicio se produce íntegramente en otro país-, o parcial -cuando es solo una parte la que se produce fuera-; nacional (la que se produce entre regiones de un mismo país) o internacional (la producida de un país a otro), e incluso la producida a diferentes espacios económicos (dentro de la Unión Europea entre los distintos países miembros).

Actualmente la globalización y la deslocalización producen en el ámbito laboral la búsqueda de mano de obra más barata, situación calificada de *dumping*<sup>66</sup> *social*. Esta situación, superada en el mundo occidental en el pasado siglo, renace con fuerza y tiene consecuencias negativas, tanto en el país de origen como en el de destino.

En el país de origen producirá efectos negativos tales como la degradación de las condiciones laborales entre países que competirán a la baja, lo que podrá revertir en una disminución de la protección

---

<sup>65</sup> Jugadores.

<sup>66</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española, "1. m. Econ. Práctica comercial de vender a precios inferiores al costo, para adueñarse del mercado, con grave perjuicio de este."

dispensada por el Derecho laboral, efectos negativos que se producen, fundamentalmente, sobre el empleo por la pérdida de puestos de trabajo, lo que llevará al país de origen a intentar conservar las empresas que conforman su tejido empresarial mediante la reducción de las condiciones laborales, lo que favorecerá que se produzcan despidos, suspensiones y cualesquiera otras medidas de flexibilidad interna y externa.

En el país de destino los efectos son radicalmente opuestos, y, por tanto, beneficiosos para la captación de inversión extranjera, para atraer la cual, sin embargo, tenderán a reducir la protección laboral, permitiendo la creación de empleo pero en condiciones muy diferentes y de peor calidad a las que existían en el país de origen.

La deslocalización produce, además, un aumento del gasto social en el país de origen derivado del desempleo generado, así como por la necesidad de llevar a cabo acciones tendentes a mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Por el contrario, en el país subdesarrollado de destino se produce una reducción del coste social (en el supuesto poco probable de que haya algún tipo de prestación por desempleo).

Los efectos negativos de la deslocalización podrán tratar de paliarse en el país de origen, tanto mediante la concesión de subvenciones, beneficios fiscales a empresas, como mediante ajustes flexibilizadores que permitan evitar acudir a despidos colectivos, teniendo una gran importancia los planes sociales, el aumento de la investigación, los planes de mejora de la formación dirigidos a aumentar la empleabilidad de los trabajadores. Frente a ello los países de destino intentarán por todos los medios atraer inversión extranjera, lo que generará ajustes, no siempre favorables –sino más bien al contrario- a los trabajadores en esos países de destino.

### **3.2. Normativa internacional**

Son numerosos los organismos que realizan notables esfuerzos para que se unifiquen, o mejor se homologuen, las normativas a efectos de facilitar esa libertad –de competencia, de mercado, de circulación de capitales y mercancías-, y, con ello, la libre circulación de las personas.

Dentro de la normativa internacional hay que hacer referencia a la Organización Internacional de Trabajo y a la normativa de la Unión Europea.

#### **3.2.1. Organización Internacional del Trabajo**

Los organismos internacionales se han planteado la situación producida a nivel mundial por la globalización y la deslocalización. Así, la Organización Internacional del Trabajo, cuya vocación original fue crear un Derecho internacional del trabajo, concebido como un Derecho del Trabajo básico, aplicable en cualquier lugar del mundo, cuya existencia favorecería a los países de origen y a los de destino en un doble sentido: paliando el interés empresarial en la deslocalización –en los de origen-; y mejorando la situación laboral tendente a buscar la justicia social –en los países de destino-.

Desde esta perspectiva la Organización Internacional del Trabajo, en la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, de 1998<sup>67</sup>, establece como principios relativos a los derechos fundamentales: la libertad de asociación, libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la

---

<sup>67</sup> Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, “*declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.*”

abolición del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en el ámbito laboral. Esta declaración vino a profundizar en el contenido de la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, que ha sido objeto de tres ediciones, la primera de 1977, la segunda de 1991 y la tercera de 2006, principios que ponen en valor en las empresas multinacionales como instrumentos de política social, la notificación previa, la consulta, la negociación, etc..

Sin embargo, la aplicación de estas Declaraciones no es, ni mucho menos, universal, sobre todo por la falta de medios coercitivos de la propia Organización Internacional del Trabajo.

También deben destacarse las Recomendaciones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, para empresas multinacionales<sup>68</sup> que vienen a incidir en las mismas ideas y valores.

### **3.2.2. La Unión Europea**

La Unión Europea ha dictado normas trascendentes en esta materia, especialmente la Directiva 96/71 CE *sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios* y la Directiva 98/59 CE, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos*. Todas estas normas se hacen eco, de algún modo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de los planteamientos de la Organización Internacional del Trabajo y del reconocimiento como derechos fundamentales de carácter laboral, el derecho al trabajo y el derecho a la negociación colectiva.

Los problemas y desajustes de que se viene tratando se producen, también, en el ámbito de la Unión Europea a través de lo que LLOVERA

---

<sup>68</sup> Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, revisada en 2011, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

VILA<sup>69</sup> señala que se conoce como “*empresas buzón*” –entendidas como aquéllas que, mediante sociedades ficticias, pretenden eludir la aplicación de ciertas normas legales para obtener ventajas competitivas-. Así, ha sido frecuente cambiar la sede social del país de origen a otro, cambio motivado por los mejores costes sociales del país de destino sin que ni la normativa comunitaria ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hayan sido rotundos en la evitación de prácticas consistentes en fijar la sede social en otro país de la Unión para beneficiarse de unos costes sociales inferiores. También son frecuentes los desajustes producidos por el dumping, que en el ámbito europeo tendrá lugar cuando una empresa constituida en un estado miembro, desplaza trabajadores a otra empresa perteneciente a su mismo grupo empresarial –pero emplazada en otro estado miembro-, manteniendo la relación laboral entre el país de origen y el trabajador, aplicándosele, por tanto, la legislación del estado de origen (menos favorable) y no la del estado de destino (más favorable).

A este respecto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “*Mercado interior del transporte internacional de mercancías por carretera: dumping social y cabotaje*”<sup>70</sup>, es claro al definir el dumping social en su apartado 1.3 “...como las prácticas que pretenden (mediante sociedades ficticias) eludir normas de acceso al mercado o que son contrarias a tal normativa con el objeto de obtener ventajas competitivas.” La situación de la que parte el Dictamen, es la propiciada por las diferencias entre los salarios y costes absolutos de la mano de obra y resto de elementos retributivos entre los propios países de la Unión Europea, distinguiendo entre los que se incorporaron antes de 2004 y los demás (EU12, EU13 y EU15). Reconoce que las diferencias salariales son inevitables dentro de la Unión, pero previene contra su utilización para evitar la aplicación de

---

<sup>69</sup> LLOBERA VILA, M., “La respuesta europea a las «empresas buzón»: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Volumen 10, número 2, ISSN 1989-4570, páginas 536-566.

<sup>70</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre el “*Mercado interior del transporte internacional de mercancías por carretera: dumping social y cabotaje*”, de 17 de septiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 15 de enero de 2016, páginas 176 a 182.

la legislación de un país miembro, de forma contraria a la ley, con lo que se evitaría el dumping social.

A este respecto hay dos pronunciamientos contenidos en sendas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos Viking<sup>71</sup> y Laval<sup>72</sup>. En la primera –asunto Viking–, se pretendía reabanderar un barco, abanderado en un estado miembro, en otro estado miembro para aprovecharse de las condiciones más favorables existentes en el estado de reabanderamiento; en la segunda –asunto Laval–, a la vista de la Directiva 96/71 CE<sup>73</sup>, una empresa desplazaba trabajadores naturales de Letonia a trabajar para una empresa de su mismo grupo empresarial, constituida y cuya actividad se ejercía en Suecia, señalando la sentencia contrario al Derecho de la Unión que los sindicatos pretendieran alcanzar condiciones superiores a las establecidas con el carácter de mínimas en la Directiva 96/71 para los desplazamientos transnacionales. La interpretación de las sentencias es que tal actuación es posible si se respeta el mínimo fijado en la Directiva, dejando, con ello, un espacio jurídico en el que los países podrán competir, un espacio que provocará y propiciará el dumping.

La Unión Europea ha tratado de paliar los efectos de la globalización a través de diversas normas que prevén la creación de organismos a los que se atribuyen facultades tendentes a paliar los efectos de la globalización<sup>74</sup>. Toda la normativa europea apuesta, frente a la

---

<sup>71</sup> Sentencia de TJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05.

<sup>72</sup> Sentencia de TJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05.

<sup>73</sup> Directiva 96/71 CE, DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 1996 *sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*. Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, *relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»).

<sup>74</sup> Entre ellos, el Reglamento (UE) n.º 1309/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, *sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, FEAG*, señalando en su art. 1.º, párrafo 2.º, “El objetivo del FEAG será contribuir a fomentar un crecimiento económico inteligente, integrador y sostenible y fomentar el empleo sostenible en la Unión, haciendo posible que ésta pueda dar muestras de solidaridad y apoyar a los trabajadores despedidos y a los trabajadores por cuenta propia que cesan en su actividad laboral como consecuencia de los importantes cambios estructurales en los patrones del comercio mundial debidos a

globalización y a la deslocalización de empresas, por la creación de un empleo sostenible en el Unión Europea, creando para ello numerosos organismos o planes de acción<sup>75</sup>, los cuales acuden a mecanismos muy diferentes que oscilan desde subvenciones e incentivos hasta programas de formación, reciclaje, ayudas en la búsqueda de empleo, asesoría, tutoría, prestaciones y un largo etc.

En este sentido, los organismos europeos e internacionales se han planteado el reto de la transición industrial que tendrá consecuencias sobre la materia de que se trata. Así, la Comisión Europea y la OCDE recomiendan a los países y regiones de la UE para realizar la transición industrial una serie de medidas, entre ellas: formar a los trabajadores para los puestos de trabajo del futuro; facilitar la innovación, especialmente en las PYMEs; fomentar el emprendimiento, favoreciendo a las empresas emergentes y en expansión; llevar a cabo la transición hacia una economía climáticamente neutra; favorecer el crecimiento integrador superando los escollos territoriales.

La propia Comisión Europea establece para el septenio 2021-2027 que las inversiones, canalizadas a través del FEDER y del Fondo de Cohesión, tendrán como prioridades una *“Europa más inteligente”*, *“más ecológica y libre de carbono”*, *“más conectada”*, *“más social”* y *“más cercana a los ciudadanos”*.

---

*la globalización, a la continuación de la crisis financiera y económica mundial que aborda el Reglamento (CE) no 546/2009, o a una nueva crisis financiera y económica mundial.”*

El Reglamento (UE) N° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 *por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo.*

<sup>75</sup> Como tales los aludidos FEAG, FEAGA, PAC, entre otros muchos.

### 3.3. Cuestiones finales

Hoy se señalan como medios trascendentes para la mejora de la situación producida por la globalización y la deslocalización dos vías, más utópicas que prácticas, cuales son: los códigos de conducta de la empresa y la responsabilidad social; y la acción sindical internacional a través de la negociación colectiva internacional.

No obstante, el hecho de que sea la ley del lugar de prestación de servicios la que rija la relación jurídica laboral, es lo que justifica el interés de las empresas en establecerse en otro país, normalmente subdesarrollado, de destino. Un planteamiento adecuado para evitar la deslocalización sería que, tanto en el país deslocalizado como en el país relocalizado, se aplicaran las normas, de uno u otro, que fueran más favorables a los trabajadores.

Hay autores, PURCALLA BONILLA, que abogan por la creación de un "Derecho del Trabajo supranacional" que impediría el dumping social, proponiendo ante la imposibilidad de crear un ordenamiento laboral único, la fijación de unos derechos laborales mínimos de observancia en todos los países<sup>76</sup>.

Como posible solución, en los casos en los que la deslocalización se lleve a cabo mediante la creación de una nueva forma empresarial en el país donde se produce la relocalización, se ha planteado considerar a todos los trabajadores de los países deslocalizados y relocalizados, como trabajadores del mismo empresario y sujetarlos a las mismas normas laborales. En este sentido VAQUERO LÓPEZ<sup>77</sup>, frente a la libertad de empresa que supone la deslocalización, aboga por la protección de los trabajadores mediante la extensión del ámbito de aplicación de las

---

<sup>76</sup> PURCALLA BONILLA, M.A., "Deslocalización de empresas: problemática y alternativas", *Revista de Derecho Social*, número 39, julio-septiembre de 2007, páginas 104-105.

<sup>77</sup> VAQUERO LÓPEZ, C., "Mecanismos de Derecho internacional privado europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XVII, 2017, páginas 425 a 471.



normas de la Unión Europea. Estas soluciones, muy aconsejables desde el punto de vista de la responsabilidad social, probablemente llevarían aparejada la pérdida de interés empresarial en la deslocalización al llevar consigo un notable incremento de los costes económicos.

Por último, pero no por ello menos importante, la extinción de contratos de trabajo cuyo fundamento último es la deslocalización, no parece tener encaje en el despido colectivo regulado en el art. 51 del TRLET, dado que la intención de maximizar el beneficio empresarial, mediante la sustitución de trabajadores contratados en España por otros contratados en otros países con inferiores condiciones laborales, no es causa que pueda amparar dicha medida extintiva. Si el interés empresarial que motiva el despido colectivo es la mejora de costes a través de la deslocalización, tal medida no puede ampararse en causas organizativas o de producción. Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2014, entiende que el traslado pretende mejorar los costes de producción, es decir, no hay cambio en la demanda de los bienes o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, no se pretenden mejoras organizativas ni en los sistemas y métodos de trabajo ni en la manera de organizar la producción<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> La STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2014, rec. 33/2014, FD CINQUÈ, “En aquest context, ni es planteja l'existència de canvis en les demandes de béns o serveis o altres circumstàncies de mercat, ni millores organitzatives derivades de canvis en l'àmbit dels sistemes i mètodes de treball o manera de organitzar la producció, ni canvis en els productes que es vulguin col·locar en el mercat. La única causa de l'extinció és que es trasllada la producció de país, copiant a més tot el sistema de fabricació.”

## **CAPÍTULO II. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DESPIDO COLECTIVO: EVOLUCIÓN**

### **1. Concepto y naturaleza jurídica del despido colectivo**

#### **Concepto.**

El Diccionario Ideológico de la Lengua española de CASARES<sup>79</sup>, define “despedir” en su tercera acepción como “*Quitar a uno la ocupación empleo o servicio, destituirlo*”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, rec. 109/2012, señala que la institución o figura del despido es el vértice y el punto álgido de la relación laboral. Este reconocimiento impone que las garantías que le afectan sean rigurosas, tanto desde el punto de vista del contenido, como desde el punto de vista del cauce formal.

El TRLET, como se ha visto, recoge las causas de extinción del contrato de trabajo en los artículos 49 y siguientes, señalando el primero de ellos “*El contrato de trabajo se extinguirá:*

*i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.*

*k) Por despido del trabajador.”*

El TRLET emplea, en ambos casos, el término “despido” existiendo, a pesar de ello, una gran diferencia entre ambas causas de extinción. El análisis de esa diferencia debe partir de los dos poderes básicos que el

---

<sup>79</sup> CASARES, J., *Diccionario Ideológico de la Lengua española*, Ed. Gustavo Gili, S.A., 2ª edición, Barcelona, 1963.

TRLET atribuye a los empresarios, a saber: el poder de organización y dirección y el poder disciplinario.

El primero, el poder de organización y dirección, lo recoge el art. 1.1 del TRLET, al definir el contrato de trabajo como aquél en el que se prestan los servicios voluntariamente, retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.

El segundo, el poder disciplinario, lo recoge el art. 58.1 del propio TRLET, cuando dice que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales.

Es obvio que ambos poderes confieren atribuciones diferentes a los empresarios, el primero organizar y dirigir, el segundo, sancionar.

El TRLET al recoger en el art. 49.1.i) como causa de extinción el *"...despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"* -y con mayor claridad, como se verá, la normativa comunitaria- pone bien de manifiesto que lo que el empresario está ejerciendo, en este caso, no es el poder disciplinario, lo que lleva, necesariamente, a la consideración de que la extinción es consecuencia del ejercicio del poder de organización y dirección.

El art. 49 TRLET recoge también como causa de extinción del contrato el *"despido del trabajador"* lo que se completa con el art. 54, que lo circunscribe al producido por *"un incumplimiento grave y culpable del trabajador"*, con lo que está recogiendo, con claridad, que el poder que en este caso se ejerce es un poder disciplinario, un poder sancionador concedido expresamente por la ley como medida coercitiva que respalda el poder de dirección atribuido a la empresa.

Partiendo de estas ideas, puede definirse el despido colectivo como el efectuado por un empresario, en un periodo de tiempo determinado -

noventa días-, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de afectados alcance los umbrales legalmente establecidos y se lleve a cabo a través del procedimiento legalmente previsto.

Los aspectos básicos recogidos en esta definición y que van a ser objeto de estudio son:

- La exclusión de los motivos inherentes a la persona de los trabajadores, lo que confiere al despido colectivo un evidente carácter objetivo, alejándolo del concepto tradicional del despido-sanción, y pone de manifiesto que el despido colectivo deberá basarse en un elemento objetivo esencial: la causa.

- Que los despidos se hayan verificado en un periodo de noventa días, elemento temporal que lo acota.

- La fijación del número de trabajadores afectados, es decir la determinación de los umbrales, que sirven para definir el propio concepto de despido colectivo como un despido plural -por afectar a varios trabajadores-, que se convierte en colectivo cuando se alcance el número de afectados legalmente requerido.

- Todo ello unido al establecimiento de un procedimiento para llevarlo a efecto que supone una garantía para los trabajadores al iniciarse un período de consultas que *"deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento."*<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Cfr. art. 51.2 TRLET.

Siguiendo a SÁEZ LARA<sup>81</sup>, puede afirmarse que el despido colectivo, desde una perspectiva económica, es un instrumento de flexibilidad externa aplicable para atender necesidades de la empresa; y, desde una perspectiva jurídica, es una forma de extinción del contrato de trabajo.

Desde el punto de vista legal, su concepto nos lo proporciona el art. 51.1 TRLET: *“A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:*

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.”*

Sobre el despido colectivo, su concepto, evolución, elementos, procedimiento, fases, deficiencias y perspectivas de modificación, versará la tesis.

### **Naturaleza jurídica.**

Antes de la reforma de 2012, el procedimiento de despido colectivo se definía como un procedimiento administrativo-laboral de carácter especial.

Desaparecida la necesidad de autorización administrativa, pierde el carácter administrativo-laboral para convertirse en un procedimiento completamente privado con cierta intervención administrativa.

---

<sup>81</sup> SÁEZ LARA, C., *“Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos”*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015, página 28.

No han faltado voces que han entendido que en los despidos individuales, consecuencia de un procedimiento de despido colectivo concluido con acuerdo, no es el empresario quien despide sino que la extinción es consecuencia del acuerdo alcanzado. La extinción, desde esta perspectiva, tendría un carácter negociado, sería consecuencia del acuerdo de voluntades.

La doctrina general entiende, sin embargo, que el acuerdo alcanzado entre el empresario y la representación de los trabajadores en el periodo de consultas en un procedimiento de despido colectivo, no altera la naturaleza de la decisión extintiva, sigue siendo un despido colectivo, adoptado por el empresario de modo unilateral tras el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas<sup>82</sup>.

Así resulta del art. 51.4 TRLET, al prever que el empresario, una vez alcanzado el acuerdo (o comunicada la decisión a la representación de los trabajadores) *“podrá notificar los despidos individualmente”*. La utilización del verbo, en tiempo futuro, pone de manifiesto que, alcanzado el acuerdo, el empresario *“podrá”* proceder a efectuar los despidos individuales, lo que evidencia que, no obstante el acuerdo alcanzado con la representación de los trabajadores, no es obligatorio para el empresario llevar a efecto las extinciones previstas; podrá decidir si efectivamente hace efectivos los despidos previstos, o no, debiendo, caso de decidir hacerlos efectivos, realizarlos en la forma acordada con la

---

<sup>82</sup> Así, la STSJ del País Vasco, de 18 de diciembre de 2012, en su FD QUINTO señala *“...Hemos de indicar, en primer lugar, que no se ajusta a derecho la tesis de la empresa impugnante defendiendo que un despido colectivo con acuerdo no puede impugnarse con éxito por los trabajadores afectados, en la que incluso subyace la idea de que no es el empresario quien despide sino que la extinción es fruto del acuerdo alcanzado. El acuerdo alcanzado en un despido colectivo entre el empresario y la representación de los trabajadores no altera la naturaleza de la decisión extintiva de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, que sigue siendo un despido colectivo, adoptado por el empresario unilateralmente tras el acuerdo (lo que hay, hasta entonces, es un proyecto de despido colectivo, respecto al cual se ha logrado un acuerdo en orden a determinar su alcance y consecuencias, en base al cual el empresario adopta unilateralmente su decisión extintiva). Despido colectivo que ha de sustentar en la concurrencia de las causas empresariales que justifican este tipo de despidos...”*

representación de los trabajadores durante el periodo de consultas concluido con acuerdo.

Hasta que se produzca la decisión empresarial de despedir habrá un proyecto de despido colectivo, en el que podrá haberse logrado un acuerdo determinante de su alcance y consecuencias, pero la extinción no se producirá hasta que, en base a ese acuerdo, el empresario unilateralmente lleve a efecto su decisión extintiva.

## **2. Aproximaciones al concepto**

La determinación del concepto del despido colectivo hace necesario aproximarse a él desde diversas perspectivas: internacional y nacional, y dentro de cada una de ellas, las relativas al origen, evolución histórica y situación actual.

Muy brevemente podemos distinguir:

### **2.1. Aproximación al concepto desde la perspectiva internacional**

La adopción de instrumentos internacionales en materia de despidos comenzó a mediados del siglo pasado.

Las disposiciones y directrices más importantes pueden analizarse en función del órgano del que emanan:

### 2.1.1. La Organización Internacional del Trabajo

La OIT, creada por el Tratado de Versalles al término de la Primera Guerra Mundial, parte de la premisa de que la justicia social es esencial para conseguir una paz universal permanente.

La intervención de la OIT en los ajustes de plantilla comienza a través de la Recomendación número 119, de 1963, sobre la "*terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*"<sup>83</sup>, sustituida, en 1982, por la Recomendación número 166<sup>84</sup>. Esta última, en su número 21, referente a las "*terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos*", señala como medidas de ajuste de la plantilla, la restricción de la contratación, la disminución de empleados mediante la no reposición temporal de bajas, traslados internos, el readiestramiento y formación, el retiro anticipado y la reducción de horas extraordinarias y de jornada<sup>85</sup>.

El Convenio número 158 de la OIT, sobre "*Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*"<sup>86</sup>, regula la que se produce a su iniciativa, excluyendo de su ámbito de aplicación la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador o mediante acuerdo entre ambas partes. Impone el carácter causal del despido, que deberá basarse en la capacidad o conducta del trabajador,

---

<sup>83</sup> R119 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (número 119) Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptada en Ginebra, el 26 junio 1963.

<sup>84</sup> R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (número 166). Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador adoptada en Ginebra, 22 junio 1982.

<sup>85</sup> R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, número 21, "*la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo.*"

<sup>86</sup> C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (número 158) Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptada en Ginebra, el 22 junio 1982 ratificado por España en 1985.



o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio<sup>87</sup>.

En lo que a la terminación por “*motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos*” se refiere, el Convenio impone una serie de obligaciones de especial importancia, entre las que destacan, la notificación por escrito al trabajador con derecho a preaviso<sup>88</sup>; la entrega a los representantes de los trabajadores de la información pertinente, dándoles la posibilidad de mantener consultas con la dirección de la empresa<sup>89</sup>; y la notificación por escrito a la autoridad laboral de toda la información relacionada con la terminación<sup>90</sup>. Prevé, por último, que el trabajador que considere que la terminación de su contrato es injustificada tenga el derecho de recurrir la decisión empresarial ante un organismo neutral, entendiéndose que renuncia si no lo hace en un plazo razonable<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, art. 4 “*No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*”.

<sup>88</sup> Cfr. art. 11, C158 OIT, “*el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada, tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.*”

<sup>89</sup> Cfr. art. 13, C 158 OIT, “*Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: A) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el periodo durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones; B)...ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos.*”

<sup>90</sup> Cfr. art. 14, C 158 OIT, “*...el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente, comunicándole la información pertinente, incluida una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el periodo durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones.*”

<sup>91</sup> Cfr. arts. 8 y 9, C 158 OIT, el Convenio prevé, como última fase, que “*el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral...*” considerándose que “*...el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación*”. Los organismos neutrales a que alude “*...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.*”

En todo caso, incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación.

La importancia de estos preceptos se pone de manifiesto en que recogen todos los elementos fundamentales del procedimiento de despido colectivo, a saber: la empresa que prevea ajustes por causas objetivas que vayan a producir terminaciones de contratos, deberá suministrar a los representantes de los trabajadores interesados la información relevante para adoptar la medida propuesta; prevé la notificación a la administración pública; y, en cuanto al trabajador, impone que la comunicación de la medida se haga por escrito, preavisándole con antelación y fijándose su derecho a recurrir en un plazo razonable, extremos todos ellos que se recogen tanto en la normativa europea, como en la española. El Convenio es evidentemente el germen de la regulación moderna, es decir, las reglamentaciones actuales, internacional o nacionales, en nada superan el contenido del Convenio desarrollando, no siempre con acierto, estos principios básicos.

### **2.1.2. Unión Europea**

El Ordenamiento comunitario se caracteriza, de acuerdo con FEIJÓO REY<sup>92</sup>, por dos rasgos de identidad: tener un sistema normativo propio que prevalece sobre las disposiciones internas de los estados miembros; y tener su propio sistema jurisdiccional, que resolverá los contenciosos que puedan ocasionar las interpretaciones de las normas comunitarias.

Desde hace muchos años, la Unión Europea ha venido interviniendo en materia de política de empleo, pudiendo destacarse La Estrategia de

---

<sup>92</sup> FEIJÓO REY, M.J., "La Directiva sobre despidos colectivos: Su incidencia en el Ordenamiento laboral español" (I), páginas 57 a 63, Revista número 70, (y II), páginas 84 a 94 Revista número 71, *Noticias CEE*, 1990.

Lisboa<sup>93</sup>, El Tratado de Lisboa<sup>94</sup> y El Libro Verde, entre otros textos<sup>95</sup>. De igual modo, el Método Abierto de Coordinación MAC -(previsto en la Estrategia de Lisboa) concebido como una forma intergubernamental de hacer política, no a través de normas vinculantes que obliguen a los estados a modificar su legislación o a incluir nuevas leyes-, también ha venido insistiendo en la necesidad de adecuar la política de empleo a las nuevas realidades.

La Estrategia Europea de Empleo comenzó en 1997. Los Estados miembros de la Unión Europea decidieron establecer unos objetivos comunes de la política de empleo, con la finalidad principal de crear más y mejores puestos de trabajo en la Unión.

Esos objetivos se engloban, actualmente, en la Estrategia de crecimiento Europa 2020<sup>96</sup>, llevándose a cabo a través del *Semestre europeo*, proceso anual de coordinación de las políticas presupuestarias y económicas entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea, que se lleva a cabo en los seis primeros meses de cada año. Su actividad se estructura en cuatro actuaciones básicas: 1/ dar orientaciones para las políticas de empleo, que fijan prioridades y objetivos comunes en materia de empleo; 2/ elaborar el Informe Conjunto sobre el Empleo; 3/ examinar la Comisión los programas nacionales de reforma, presentados por los Gobiernos de los estados miembros; y, 4/ analizar, con carácter previo, las políticas económicas de los Estados miembros, emitiendo informes sobre la situación laboral en cada uno de ellos, formulando recomendaciones específicas para cada país.

---

<sup>93</sup> La Estrategia de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000.

<sup>94</sup> Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ratificado por España el 26 de septiembre de 2008.

<sup>95</sup> El Libro Verde relativo a la responsabilidad social de las empresas, 18 de julio de 2001.

<sup>96</sup> Europa 2020 la Estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación y “Europa 2020 una estrategia para el crecimiento inteligente sostenible e integrador”, Bruselas, 3 de marzo de 2010.

La Estrategia de Europa 2020 consagra tres principios considerados básicos, a saber: *"...igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral; condiciones de trabajo justas; y protección e inclusión social."*, fijación de principios cuya única eficacia es servir de guía a los países miembros, apostando por el equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad.

De la misma generalidad peca el *"Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales"*, que pretende dirigir a los estados miembros buscando la convergencia en unas condiciones laborales y de vida mejores<sup>97</sup>.

Todos estos textos europeos parecen apostar por la flexiseguridad pero de un modo muy general, dando una serie de pautas genéricas sin una concreción.

Sin embargo, la influencia de la Unión Europea en la regulación del despido colectivo se ha producido, sobre todo, a través de las Directivas Comunitarias 75/129, de 17 de febrero<sup>98</sup>, modificada por la Directiva 92/56, de 24 de junio<sup>99</sup>, derogadas ambas por la Directiva 98/59, de 20 de julio *"relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos."*

La Directiva 98/59 trata de fijar el concepto y las normas de procedimiento para conseguir armonizar las legislaciones de los países miembros. Hasta qué punto se ha conseguido, en lo que a España se refiere, será objeto de análisis posterior.

---

<sup>97</sup> "Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales", Bruselas 26 de abril de 2017, que se concibe *"diseñado como una guía para un proceso renovado de convergencia entre los estados miembros participantes hacia unas condiciones laborales y de vida mejoradas."*

<sup>98</sup> La Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos.

<sup>99</sup> La 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.

Comienza la Directiva fijando el concepto entendiendo por "...«despidos colectivos»: los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos..." alcance los límites que recoge la propia Directiva.

La Directiva impone al empresario la obligación de consultar con los representantes de los trabajadores y de informar, a dichos representantes y a la autoridad laboral, sobre los extremos determinantes de la necesidad del despido y de sus consecuencias. Se refiere también, en lo que al procedimiento de despido colectivo propiamente dicho se refiere, a las notificaciones que han de llevarse a efecto y los plazos para ello. Coincide plenamente con el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>100</sup>, insistiéndose en la necesidad de llevar a cabo una política preventiva de programación y apoyo a empresas y trabajadores.

Hacia esta política preventiva se orienta la Unión Europea. Así, la Resolución del Parlamento Europeo sobre las reestructuraciones y el empleo (2005/2188(INI))<sup>101</sup>, que recoge la Comunicación de la Comisión de 31 de marzo de 2005, titulada "*Reestructuraciones y empleo - Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea*" (COM(2005)0120), y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 14 de diciembre de 2005 (CESE 1495/2005), entre otras muchas normas, recogen una serie de principios o planteamientos. Algunos de ellos parecen poco realistas, no obstante, debidamente extractados y en lo que a este análisis se refiere, permiten señalar una serie de vías por las que debe discurrir la modificación del despido colectivo, a nivel europeo y, por efecto cascada, en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

---

<sup>100</sup> El art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, "*Protección en caso de despido injustificado. Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.*", publicada el 30 de marzo de 2010.

<sup>101</sup> Diario Oficial número 291 E de 30 de noviembre de 2006, páginas 0297 a 0303.

Como tales principios:

- Debería preverse la necesidad de explicar anticipadamente a los trabajadores o a sus representantes, la necesidad de los cambios atendiendo muy especialmente a los intereses de los trabajadores.

- La calidad de la reestructuración debe valorarse, por la conservación de puestos de trabajo y por la adecuada gestión de las repercusiones sociales negativas.

- Promover la apertura del mercado.

- Fijar las medidas y dotar de los medios financieros para prevenir o acometer los procesos de reestructuraciones y sus efectos sociales.

- Mantenimiento de las condiciones de trabajo, promoviendo la innovación mediante la búsqueda de nuevas empresas.

- El Fondo Social Europeo y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, tienen que asumir un mayor protagonismo en la previsión y gestión de las reestructuraciones, atendiendo especialmente a las pequeñas y medianas empresas.

- Propiciar la movilidad geográfica y la movilidad del empleo especialmente entre los jóvenes, las mujeres y los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años, fomentando la desaparición de obstáculos lingüísticos y administrativos.

- En los procesos de reestructuración, las ayudas europeas deben fomentar que la reconversión, agrícola o industrial, atienda a la dimensión medioambiental y al empleo de técnicas menos contaminantes.

- Atiende a las consecuencias que las reestructuraciones producen en los trabajadores despedidos señalando la conveniencia de dedicarles ayudas, valorando los "*efectos ocultos*" de las reestructuraciones, básicamente los que afectan a la salud, física y psíquica de los trabajadores que han sido objeto de una reestructuración o que están amenazadas por un despido –poniendo de manifiesto que se llega a alcanzar una tasa de mortalidad que en los cinco primeros años de la reestructuración duplica la tasa general-; por lo que la ayuda financiera debe atender directamente al factor humano.

- Denuncia como "*efecto oculto*" la práctica de las prejubilaciones por las dificultades de acceso al empleo, el coste social y la pérdida en el individuo de sus competencias profesionales.

- Aboga por la creación de lo que denomina células de reconversión permanentes, con la finalidad de que acompañen a los afectados por las reestructuraciones garantizándoles la igualdad de trato.

- Pide a los Estados miembros que adopten medidas para el reconocimiento de los títulos de formación profesional, certificación de cualificaciones atípicas y reconocimiento de experiencia.

- Considera necesario adoptar programas encaminados a apoyar a los trabajadores despedidos, señalando la conveniencia de concederles ayudas para la formación continua y la reconversión.

- Considera necesario realizar análisis sectoriales, para el seguimiento y evaluación de los sectores de actividad económica en Europa.

- Recomienda la creación de una ventanilla europea en Internet para ciudadanos, empresas, autoridades e interlocutores sociales, que

proporcione información sobre las reestructuraciones, los medios para su prevención y gestión, así como sobre los derechos y obligaciones;

- Señala la necesidad de realizar un seguimiento de las reestructuraciones llevadas a cabo, que permita conocer el impacto producido en la empresa afectada para mejorar futuras reestructuraciones.

El trabajo para llevar a cabo todos estos planteamientos, tanto a nivel Unión Europea como a nivel derecho interno de los Estados miembros, se adivina verdaderamente ingente, pero es un reto que debe abordarse sin dilación.

Todo ello concuerda con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>102</sup> que recoge una serie de principios aplicables, entre otros: el derecho de información y consulta; el de negociación y acción colectiva; el de protección frente al despido injustificado; el establecimiento de condiciones justas y equitativas para los trabajadores; el principio de conciliación de la vida familiar y profesional.

## **2.2. Aproximación al concepto desde la perspectiva nacional**

En el ámbito de las relaciones laborales, el Estado puede asumir dos posiciones. Una, de neutralidad en la configuración del modelo social, dando lugar a un modelo voluntarista o liberal, en el que el Estado se abstiene de intervenir en las relaciones laborales, cuya configuración queda en manos de empresarios y trabajadores. La otra posición, opuesta a este modelo liberal, es el modelo corporativo, en el cual el Estado

---

<sup>102</sup> La CDFUE, proclamada el 7 de diciembre de 2000, en Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, Título IV (arts. 27 a 38).



interviene en la vida social, en ocasiones solo a nivel funcional u organizativo, en otras, también en la resolución de conflictos que puedan plantearse entre las dos partes que integran las relaciones sociales. Estas dos posiciones han ido fluctuando durante la evolución legislativa en España y, al estar íntimamente unidas a planteamientos políticos, variarán con relativa frecuencia.

Los hitos fundamentales en la regulación del despido colectivo en España, que conforman su evolución histórica son:

### **2.2.1. Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 27 de noviembre de 1.931**

Dispone en su art. 46 que *"El despido de un obrero podrá estar justificado por causas imputables al mismo o por motivos independientes de su voluntad."*

La importancia de la norma la pone de manifiesto ARIAS DOMINGUEZ<sup>103</sup>, al señalar que es el antecedente de la regulación actual, distinguiendo entre el despido por causas imputables al trabajador o por motivos independientes de su voluntad, negando el derecho a indemnización en el primer caso y reconociéndolo en el segundo.

La intervención administrativa en los Jurados mixtos se pone de manifiesto, por una doble vía; por un lado, eran creados por el Ministerio de Trabajo y Previsión (art. 3) y, por otro, en cuanto que los presidentes y vicepresidentes, a falta de acuerdo, los nombraba el propio Ministerio (art. 18).

---

<sup>103</sup> ARIAS DOMINGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2014, página 157.

### **2.2.2. La Ley de Contrato de Trabajo y Decreto publicado el 26 de enero de 1944**

La Ley de Contrato de Trabajo y, especialmente, el Decreto publicado el 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.

La redacción dada por el Decreto al artículo 76<sup>104</sup>, que contempla la extinción de los contratos de trabajo "*por cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundado en crisis laboral o económica*", recogía, evidentemente, el despido por causas objetivas, exigiendo al empresario la obtención de la autorización en la forma legalmente prevista.

Dice el texto "*debidamente autorizada*", lo que pone de manifiesto que es la Ley de Contrato de Trabajo la que introduce, en 1944, el requisito de la autorización administrativa en la terminación de los contratos por estas causas.

El art. 81 del propio texto<sup>105</sup> distinguía según cual fuera la causa de despido: el imputable al trabajador no daba derecho a indemnización; el despido por motivos justificados, independientes de su voluntad, atribuía derecho a preaviso. Además, preveía que en el despido del trabajador sin causa justificada pudiera optarse entre la readmisión o la indemnización,

---

<sup>104</sup> El art. 76 de la *Ley de Contrato de Trabajo* y especialmente el Decreto publicado el 26 de enero de 1.944 dice textualmente que, "*Los contratos de trabajo terminarán por las siguientes causas: 7ª Por cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundado en crisis laboral o económica siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada conforme a las disposiciones legales en vigor.*"

<sup>105</sup> El art. 81 señalaba, "*Si el trabajador fuera despedido por causas imputables al mismo, no tendrá derecho a indemnización alguna. Si lo fuera por motivos justificados, pero independientes de su voluntad, podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por las reglamentaciones de trabajo y en su defecto por la costumbre.*"

"*Si es despedido sin causa justificada podrá optarse entre que se le readmita en igual puesto e idénticas condiciones que venía desempeñando o se le indemnice en una suma que fijará el Magistrado de Trabajo a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada cargas familiares, tiempo de servicio en la empresa, etc., sin que pueda exceder del importe de un año de sueldo o jornal. La opción anteriormente establecida corresponderá al empresario cuando se trate de Empresas de menos de 50 operarios fijos y al trabajador cuando exceda de este número...*"

fijada por el Magistrado de Trabajo a su prudente arbitrio, sin que aquélla pudiera exceder de una anualidad de salario.

Los preceptos de dicha Ley de Contrato de Trabajo no debieron ser objeto de una aplicación generalizada por lo que, ante la inobservancia del procedimiento basado en la autorización administrativa, la Orden de 23 de abril de 1947 *“por la que se dictan normas aclaratorias al Decreto de 26 de enero de 1944 sobre suspensión de actividades por las empresas”*, trata de impedir el fraude que suponía acudir al despido para reducir la plantilla, en lugar de acudir al expediente administrativo dotado de todas las garantías.

La Orden consciente de que, en numerosas ocasiones, se prescindía de la autorización administrativa, lo que daba lugar a numerosos procedimientos, estableció que cuando en las actuaciones ante la magistratura se pruebe que no se obtuvo la autorización administrativa, se declarará que el despido es nulo<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> La Orden de 23 de abril de 1.947 *“por la que se dictan normas aclaratorias al Decreto de 26 de enero de 1.944 sobre suspensión de actividades por las empresas”*, establecía en su número 1º, que *“...el Decreto de 1.944 exige la previa autorización de la Dirección General de Trabajo o de la Delegación de Trabajo de la provincia donde radique la Empresa, según proceda, para que ésta pueda suspender o cesar en sus actividades y por consiguiente dar por suspendidas o extinguidas las relaciones laborales con su personal. ... son frecuentes los casos en los que omitido lo mandado la Magistratura de Trabajo tiene que intervenir en juicios de despidos o bien porque las empresas que suspenden o cesan en sus actividades lo han hecho sin solicitar la debida autorización ... este Ministerio ha tenido a bien disponer 1º Cuando por un productor se formule demanda de despido, y de las actuaciones aparezca comprobado, en cualquier trámite del juicio, que la empresa demandada adoptó su resolución por suspensión o cese de actividades sin cumplir el requisito previo de obtener la autorización adecuada de la Dirección General de Trabajo o de la Delegación de Trabajo, en su caso, se declarará que el despido es nulo; haciéndose de oficio esta declaración...”*

### **2.2.3. Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre sobre política de empleo**

El Decreto de 1944 es sustituido por el 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, que viene a añadir a las causas económicas, las tecnológicas.

Se refiere a la extinción de contratos de trabajadores fijos basada en causas tecnológicas o económicas, exigiendo la previa autorización de los organismos competentes del Ministerio de Trabajo y permite, en su art. 11, que el expediente pueda iniciarse a instancia de *“los trabajadores a través de la Organización Sindical, si racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por la empresa pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación”*.

### **2.2.4. Ley 16/1976, de 8 de abril y el Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo**

Toda esa normativa es sustituida por la Ley 16/1976, de 8 de abril de *Relaciones Laborales* y el Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo, de *Reforma normativa sobre relaciones de trabajo*.

La Ley de Relaciones Laborales, en su artículo 18, al tratar de la extinción de las relaciones individuales de trabajo fundadas en causas tecnológicas o económicas, determinaba que requerirían *“la previa autorización del Ministerio de Trabajo, precedida del trámite legal que proceda, en el que se recabará siempre el informe previo de la Organización Sindical y del Jurado de Empresa o de los Enlaces sindicales cuando no exista Jurado.”*

La ley modifica el procedimiento y las consecuencias del despido, especialmente en cuanto a la readmisión incondicionada en caso de despido improcedente y al establecimiento de los salarios de tramitación.

El Real Decreto-ley 17/1977, en su artículo 39, incluía por primera vez como causa de despido individual la causa económica al referirse a "*c) La necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar el trabajador afectado en otras tareas.*" Añadía el apartado 2 del mencionado artículo que "*cuando la amortización de puesto de trabajo...afecte a un conjunto de trabajadores, habrá de seguirse el procedimiento de regulación de empleo...*", permitiendo la extinción individual de un puesto de trabajo por las mismas causas que permiten el expediente colectivo pero sin acudir a él, sistema que sería seguido por el Estatuto de los Trabajadores y que ha llegado hasta la actualidad a través de la regulación del despido objetivo, individual o plural, y del despido colectivo.

Desde el punto de vista formal, se imponía la comunicación escrita, la puesta a disposición del trabajador de la indemnización y la concesión de un preaviso, estableciendo que el incumplimiento de tales requisitos, salvo el preaviso, determinaba la nulidad del despido.

El Real Decreto-ley 17/1977, se refiere en su art. 45, a las reestructuraciones de plantillas -suspensión y extinción de las relaciones de trabajo fundada en dichas causas-, señalando que "*en los expedientes de reestructuración de plantilla, únicamente será preceptivo el informe de la representación de los trabajadores en el seno de la Empresa, sin perjuicio de los informes complementarios que en cada caso se estimen procedentes por la autoridad laboral.*"

Admitía, además, que la suspensión y extinción de las relaciones de trabajo fundadas en causas tecnológicas y económicas, pudieran tener lugar por pacto entre empresario y trabajadores afectados, pacto que habría de ponerse en conocimiento de la autoridad laboral quien podría, sin más trámite, autorizar la suspensión o reducción pretendida, o bien determinar que se siguiera el procedimiento reglamentariamente establecido

### **2.2.5. Estatuto de los Trabajadores**

El Estatuto de los trabajadores sigue en su redacción original el camino del Real Decreto-ley 17/1977 pero sustituye el término despido por el de extinción.

Las circunstancias que permiten acudir a la extinción colectiva son:

1/ Que el hecho determinante, que impide la continuación de la relación laboral, sea ajeno a la voluntad del trabajador.

2/ Que las causas que lo motivan sean causas empresariales, sobrevenidas con posterioridad al contrato, que modifican el carácter conmutativo propio del contrato de trabajo haciéndolo excesivamente oneroso, desde el punto de vista económico.

La exigencia de que el acontecimiento sea sobrevenido es una manifestación de la cláusula *rebus sic stantibus* que permite la extinción por voluntad empresario, con una indemnización menor que la correspondiente al despido disciplinario declarado improcedente.

Como señala ARIAS DOMINGUEZ<sup>107</sup>, la extinción por causas objetivas se basa en el cambio de las circunstancias contempladas al tiempo de la celebración del contrato, por otras sobrevenidas e imprevisibles en aquel momento.

---

<sup>107</sup> ARIAS DOMINGUEZ, A., *Tres años de...*, op. cit., página 26. "...la nueva teoría de la extinción objetiva se construye sobre la importación al derecho laboral de la doctrina, más propia del derecho civil, que permite algún tipo de incumplimiento contractual por estimación de circunstancias que, *rebus sic stantibus* legitiman la alteración (o incluso la extinción) unilateral del contenido del contrato –consecuencia en principio prohibida por el clásico brocardo *pacta sunt servanda*- en la medida en que las obligaciones, ontológicamente de tracto sucesivo, que surgen del contrato de trabajo pueden verse afectadas por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles al momento de su concertación."

El Estatuto de los Trabajadores regulaba la extinción por causas tecnológicas, económicas y por fuerza mayor en su art. 51<sup>108</sup>, exigiendo autorización de la autoridad competente a petición del empresario, quien estaba obligado a abrir un período de treinta días naturales de discusión y consultas con los representantes legales de los trabajadores, a los que debía facilitar la información y documentación acreditativa de las circunstancias pudiendo los representantes actuar en toda la tramitación.

Mantiene la posibilidad de que la petición de autorización a la autoridad competente, para extinguir los contratos de trabajo por estas causas, pueda realizarse por los trabajadores a través de sus representantes, si racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.

### **2.2.6. Ley 11/1994, de 19 de mayo**

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores.

La reforma afecta fundamentalmente al procedimiento y a la causalidad.

---

<sup>108</sup> Así, el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores regulaba, la *“Extinción por causas tecnológicas económicas y fuerza mayor”*, y establecía en sus números dos y tres: *“Dos. La extinción de las relaciones de trabajo fundada en causas económicas o en motivos tecnológicos deberá ser autorizada por la autoridad competente a petición del empresario interesado.”*

*“Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar la autorización si racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.”*

*“Tres. El empresario, salvo en los casos previstos en el apartado uno de este artículo, estará obligado a abrir un período de treinta días naturales de discusión y consultas con los representantes legales de los trabajadores, a los que se facilitan la información y documentación acreditativa del expediente pudiendo éstos constituirse como interesados en la totalidad de la tramitación del mismo.”*

En cuanto al procedimiento, regula de un modo completo la comunicación de la apertura del período de consultas, introduciendo la obligación de la autoridad laboral de comunicar la iniciación del expediente a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo y de recabar, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La reforma de 1994, haciéndose eco de las Directivas comunitarias, recoge ya los umbrales numéricos que determinan el carácter colectivo del despido.

En el ámbito causal, establece con toda claridad la llamada conexión de funcionalidad al referirse a la necesidad de que *"...la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa..."*.

Es destacable la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005, rec. 2.363/2004, en la que el Alto Tribunal compara (en la redacción entonces vigente en el Estatuto de los Trabajadores) el artículo 41 relativo a las modificaciones sustanciales, y los artículos 51 y 52 relativos a las extinciones –colectiva o individual, respectivamente- por causas objetivas. Señala que, en el caso de la modificación, no es la "crisis" empresarial sino la "mejora" de la situación de la empresa la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial, a diferencia de lo que ocurre en el despido colectivo u objetivo en los que la justificación es mucho más estricta dada la exigencia legal de que la decisión empresarial: contribuya en el despido colectivo, a *"superar una situación económica negativa"* (art. 51, si la causa es económica) o a *"garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma"* (art. 51, en el caso de las técnicas, organizativas o de producción); o contribuya, en el despido objetivo a los mismos fines, es decir, a superar una "situación económica negativa" (art. 52.c para las causas



económicas), o a superar “*las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa*” (art. 52.c, para las causas técnicas, organizativas y de producción)<sup>109</sup>.

La Disposición Final séptima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas, y de orden social autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley, un texto refundido de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, incorporando las modificaciones introducidas por ésta así como las efectuadas por las disposiciones legales que enumera, texto refundido que vería la luz al año siguiente a través del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

### **2.2.7. Real Decreto-ley 10/2010 y Ley 35/2010**

A través de lo que MOLINS GARCÍA-ATANCE<sup>110</sup> llama legislación en dos etapas, se publican en el año 2010 estas dos disposiciones.

---

<sup>109</sup> Véase la STS de 17 de mayo de 2005, al determinar que el despido colectivo u objetivo su justificación exigía “...una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a «superar una situación económica negativa de la empresa» (art. 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma» (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la «superación de situaciones económicas negativas» (art. 52.c., para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» (art. 52.c., para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa).”

<sup>110</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del despido objetivo y colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 1, año 2011, “No es infrecuente que, invocando la urgencia de las medidas, se efectúen reformas de gran importancia en el ámbito laboral mediante Real Decreto-ley. Y de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.2 y 3 CE, además de convalidar el Congreso el Real Decreto-ley, se tramita como proyecto de ley.”

La legislación española a partir del año 2010 ha tratado de matizar las causas del despido.

Antes de esta reforma, el artículo 51 TRLET se limitaba a decir que concurrían las causas cuando la adopción de las medidas contribuía, *“...si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”*, expresiones que no proporcionaban seguridad, ni a los empresarios a la hora de hacer sus previsiones, ni a los trabajadores a la hora de fijar su modo de actuar y de oponerse a las medidas planteadas por la empresa.

Con la reforma de la Ley 35/2010 se concretan las causas de extinción, al entender que existen causas económicas, cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, incluyendo supuestos de pérdidas actuales o previstas o de disminución de ingresos o ventas, pero condicionando la medida a la viabilidad de la empresa o al mantenimiento del volumen de empleo; técnicas, cuando afectan a los medios o instrumentos de producción; organizativas, las afectantes a los sistemas y métodos de trabajo del personal; y de producción, concebidas como los cambios en la demanda de lo que la empresa pretende colocar en el mercado, justificando la extinción en estos tres casos, en la evitación de una situación económica negativa o en la mejora de la organización de los recursos para favorecer la posición competitiva, o responder a las exigencias de la demanda<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Cfr. con la redacción dada al art. 51 del TRLET, *“...en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”*, debiendo la empresa acreditar la *“...conurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma*

El legislador pretende con ello, sin conseguirlo, proporcionar una mayor certeza tanto a trabajadores y empresarios como a los órganos jurisdiccionales.

La jurisprudencia surgida a consecuencia de la reforma, reconociendo la mejora de la nueva redacción, consistente en contemplar las pérdidas actuales o previstas, pone de manifiesto, también, sus deficiencias tales como hablar de pérdidas previstas –entendiendo que lo previsto ni existe ni admite demostración- y señalando que la noción de “*disminución persistente de su nivel de ingresos*” y de “*pérdidas*” exigiría una mayor concreción. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de septiembre de 2011, rec. 2.823/2011<sup>112</sup>, señala la conveniencia de fijar un período que cifra en seis meses (actualmente, la reforma de 2012 recoge el plazo de tres trimestres), para acreditar el carácter persistente.

Con la referencia hecha por la Ley de 2010, a la viabilidad como determinante de la causa, se abre la puerta a otros motivos económicos entre los que ALFONSO ESTEBAN<sup>113</sup> señala “*la reducción de la demanda, el incremento del coste o el encarecimiento del crédito.*”

---

*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.*”

<sup>112</sup> STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2011, rec. 2.823/2011, “*El concepto de situación económica negativa viene mejorado en la versión ofrecida por la LRMT clarificando que se refiere tanto a la existencia de pérdidas actuales o previstas, cuando la previsión deviene fundada o razonable (STSJ Castilla-La Mancha 8 febrero 2001), como a la disminución persistente de su nivel de ingresos, con lo que la caída de beneficios, si es de una cierta entidad, tiene cabida dentro del mismo, cuando afecten a su viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo de las empresas. Con todo, la nueva redacción no garantiza la plena certidumbre en su interpretación y aplicación por los tribunales. Para empezar, la existencia de pérdidas previstas es una contradicción pues lo que se prevé para el futuro no existe actualmente ni por tanto admite demostración.*”

“*Falta una mayor concreción a la hora de fijar la noción de «disminución persistente de su nivel de ingresos» y de «pérdidas», como habría sido, por ejemplo, contemplar un mínimo de seis meses en la duración de la disminución o en las pérdidas, o un determinado porcentaje en la aminoración de los ingresos.*”

<sup>113</sup> ALFONSO ESTEBAN, M., “*Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas*”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 26, 2013, página 64.

Por último, la reforma de 2010 flexibiliza los despidos colectivos y objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción facilitando la salida de la empresa. Así, disminuye el plazo de preaviso en el despido objetivo y los defectos formales, que venían siendo determinantes de nulidad, pasan a ser causa de improcedencia del despido.

En relación a esta reforma, APARICIO TOVAR<sup>114</sup> señala que *“la norma laboral «no es causa sino efecto» del mercado de trabajo capitalista.”*

### **2.2.8. Real Decreto 801/2011, de 10 de junio**

El Real Decreto aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, determinando la autoridad laboral competente, los interesados, la legitimación para actuar y el procedimiento, haciendo especial hincapié en el plan de acompañamiento social.

El Real Decreto mantiene la posibilidad de que la iniciación del procedimiento se produzca a instancia de los trabajadores. En el caso de que el despido afecte a varios centros de trabajo, prevé la existencia de comisiones negociadoras en cada centro de trabajo.

Contemplaba la posibilidad de que el empresario solicitase la modificación del periodo previsto para llevar a cabo las extinciones, lo que se resolvía mediante una resolución complementaria sin necesidad de plantear un nuevo expediente de regulación de empleo.

---

<sup>114</sup> APARICIO TOVAR, J., *“Garantías de empleo y derechos laborales en la ley 35/2010 de reforma laboral”*, en VVAA, I. TRABAJO, EMPLEO Y POLÍTICA. La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010, editorial Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2011, página 30.

Además, regulaba toda la tramitación del procedimiento dándose a las partes, a la finalización del periodo de consultas, audiencia del expediente durante tres días.

La resolución del expediente dependía del resultado de las negociaciones:

- Si concluían con acuerdo y la autoridad administrativa lo consideraba conforme a derecho, dictaba resolución en siete días naturales autorizando la extinción, entendiéndose autorizada si en ese plazo no recaía pronunciamiento expreso.

Si la autoridad laboral apreciase *“la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo”*<sup>115</sup> o si estimase que *“el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones”*<sup>116</sup>, remitiría el expediente a la autoridad judicial.

- Si el periodo de consultas concluía sin acuerdo, la autoridad laboral dictaba resolución en el plazo de quince días naturales *“estimando o desestimando en todo o en parte la solicitud empresarial.”*<sup>117</sup>

Preveía la estimación parcial en dos casos: cuando acreditada la causa no se justifique *“la razonabilidad del número de extinciones pretendido”*<sup>118</sup>; o cuando afecte a varios centros de trabajo, caso en el que la estimación parcial podrá referirse a un centro de trabajo determinado.

Contra la resolución dictada por la autoridad administrativa, se preveía el recurso de alzada cuya resolución era impugnabile ante la

---

<sup>115</sup> Cfr. con el art. 14.2 del RD 801/2011.

<sup>116</sup> Cfr. con el art. 14.2 del RD 801/2011.

<sup>117</sup> Cfr. con el art. 15.1 del RD 801/2011.

<sup>118</sup> Cfr. con el art. 15.2 del RD 801/2011.

jurisdicción competente, siéndolo la jurisdicción contencioso-administrativa y no la jurisdicción social.

### **2.2.9. Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y la Ley 3/2012, de 6 de julio**

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* y la Ley 3/2012, de 6 de julio *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, dan la redacción actual al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, recogida por el 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.

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, siguiendo el objetivo de la flexiseguridad<sup>119</sup>, defiende que “*el equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa*” es un instrumento fundamental para conseguirlo.

Este objetivo, la flexiseguridad, pretende coordinar una gestión flexible de la mano de obra con una seguridad para los trabajadores. Supone armonizar, por un lado, la flexibilidad, creando un marco de

---

<sup>119</sup> Así resulta del preámbulo de Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, “*La reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos.*”

“*La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc. El objetivo es la flexiseguridad. Con esta finalidad, la presente Ley recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, reformando aspectos relativos a la intermediación laboral y a la formación profesional (capítulo I); fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por PYMES y de jóvenes (capítulo II); incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III); y, finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo (capítulo IV).*”

regulación capaz de asegurar a los empresarios niveles razonables de flexibilidad en un mercado cada vez más abierto y más competitivo y, por otro, la seguridad, proporcionando la regulación legal adecuada que dé a los trabajadores niveles razonables de seguridad en el empleo y en la protección social.

La recesión económica ha traído consigo la promulgación de normas, que tienen como finalidad mantener las estructuras productivas y empresariales a costa de los derechos de los trabajadores, imponiéndose el concepto de la flexiseguridad como el objetivo principal.

La cuestión básica que se plantea es si una protección férrea del empleo reduce el dinamismo del mercado laboral. La flexiseguridad trata de salir al paso queriendo ser la panacea, flexibilizando el mercado laboral pero dando, a la vez, seguridad al empleo.

La flexiseguridad parte de un entorno económico caracterizado por la globalización, el envejecimiento de la población, la generalización de las tecnologías de la información y de la comunicación -las TIC- (entre otros aspectos), tratando de armonizarlo con las necesidades de acomodarse a los cambios en la demanda, garantizar la innovación y la competitividad y proporcionar a los trabajadores la capacidad de adaptarse a las nuevas tecnologías y a las nuevas formas de organizar el trabajo.

Del mismo modo, armoniza la flexibilidad interna y la externa entendidas: la interna, como la capacidad para modificar las condiciones de empleo y organización del trabajo; la externa, como la capacidad del empresario para contratar y despedir trabajadores.

La contradicción entre la libertad de empresa (art. 38 Constitución Española) y los derechos de los trabajadores, se intensifica ante la

escasez de trabajo, situación en la que las dos partes integrantes de la relación laboral buscarán la norma que más les beneficie.

El carácter tuitivo del Derecho del Trabajo determina que el Ordenamiento jurídico, y quienes deban interpretarlo y aplicarlo, traten de evitar que la empresa, a través de estrategias organizativas, pueda aumentar la precariedad en el empleo.

En la regulación actual del despido colectivo, la supresión de la autorización administrativa determina que la decisión haya pasado a ser puramente empresarial pudiendo la empresa, agotado el período de consultas, adoptar la decisión que estime oportuna. Además, la fase de consultas tiene un sentido muy diferente en empresas pequeñas - carentes en muchas ocasiones de representantes de los trabajadores, lo que determina que su representación la asuma una comisión *ad hoc*-, que en grandes empresas -con una representación existente de antemano y, en muchas ocasiones, con una cierta formación o acceso a ella a través de los sindicatos a los que pertenecen-.

Todo ello determina que la implicación empresarial en la búsqueda de soluciones será mínima dado que en muchas ocasiones al empresario le resultará más fácil, rápido y barato despedir que consensuar soluciones. En este sentido, DESDENTADO BONETE<sup>120</sup> señala cómo el abaratamiento del despido y la supresión de los salarios de tramitación llevados a cabo por la reforma de la Ley 3/2012, van a tener una decisiva incidencia en el despido colectivo.

La reforma de 2010 se dedicó, fundamentalmente, a la flexibilización de las causas; la de 2012, modifica sustancialmente el procedimiento. La Ley 3/2012, en su Exposición de Motivos, justifica el

---

<sup>120</sup> DESDENTADO BONETE, A. "Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales", *Actualidad Laboral*, Ed. La Ley, número 17, tomo 2, Sección Estudios, octubre 2012, página 1.787.



cambio alegando que el procedimiento, a través de un expediente administrativo, se ha revelado lento<sup>121</sup>. Sin embargo, la agilidad que pretende obtenerse con el procedimiento podrá verse ralentizada porque el control administrativo previo –suprimido en la reforma–, suponía, como dice ARIAS DOMÍNGUEZ<sup>122</sup> un control “*ex ante*” de legalidad. Ahora al existir únicamente un control “*ex post*”, puede producirse un incremento de la litigiosidad que, evidentemente, supondrá un retraso en la firmeza de la decisión.

Con el Real Decreto-ley 3/2012 se producen tres modificaciones de gran importancia: 1/ desaparece la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo –dado que desaparecen propiamente tales expedientes–; 2/ en consecuencia, cambian las atribuciones de la autoridad laboral; y 3/ se modifica el concepto y las causas que justifican el despido.

A continuación, se analizarán ahora las dos primeras, dejando el concepto y las causas para un capítulo posterior.

---

<sup>121</sup> Así la Exposición de Motivos dice que “...La caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. De ahí, seguramente, la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, ello se ha hecho muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista para este despido. Se desnaturaliza así, en buena medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.”

<sup>122</sup>ARIAS DOMÍNGUEZ, A. *Tres años de...*, op. cit., página 60, señala que el control administrativo suponía “... un control « *ex ante* » de legalidad. Ahora al existir únicamente un control « *ex post* », puede producirse un incremento de la litigiosidad, llevando hasta el terreno judicial discrepancias jurídicas que antes se resolvían en los debates y transacciones realizados en vía administrativa, seguramente el lugar más adecuado para ello.”

### **2.2.9.1.Desaparición de la autorización administrativa**

Su consecuencia inmediata es que el control externo se limita ahora, únicamente, al judicial al desaparecer el control administrativo que suponía la necesidad de aprobación administrativa.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en este punto. En la doctrina, GOERLICH PESET, lo recoge al decir “...el control del despido colectivo deja de ser previo y de naturaleza administrativa y pasa a ser, como en la generalidad de los despidos, judicial y a posteriori.”<sup>123</sup>; en la jurisprudencia, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016<sup>124</sup>, “El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario y sin control previo sobre la concurrencia de las causas en que se basa, de manera que la revisión de su procedencia únicamente puede hacerse -se hace- en el proceso judicial que inste el trabajador impugnando la decisión extintiva.”

### **2.2.9.2.Limitación de las atribuciones de la autoridad laboral**

El TRLET prevé la intervención de tres entidades administrativas, a saber, la autoridad laboral competente, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, atribuyéndoles distintas funciones en distintos momentos.

En este punto, FALGUERA BARÓ<sup>125</sup> señala que las atribuciones de la autoridad laboral se pueden concretar en tres aspectos:

---

<sup>123</sup> GOERLICH PESET, J.M., *Reforma laboral 2.012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, VVAA, directores GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGINA, J.R., en el capítulo “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución”, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2012, página 304.

<sup>124</sup> Véase la STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2.507/2014, en el caso Bankia.

<sup>125</sup> FALGUERA BARÓ, M. A., *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, mayo de 2015, página 48.

1- Control formal del cumplimiento de legalidad, llevado a cabo al inicio, durante el período de consultas y a su término.

Al inicio, el art. 51.2 TRLET señala que *"...la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas"*. En el art. 6 del RPDC, se establece que el empresario hará llegar a la autoridad laboral, simultáneamente a la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores, copia del escrito de apertura del período de consultas, así como la documentación requerida según las causas del despido.

Una copia de la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, se hará llegar a la autoridad laboral, comunicación que deberá ir acompañada de una memoria y de los documentos que marca la ley.

Durante el período de consultas, el art. 51.2, párrafo 11 del TRLET, atribuye a la autoridad laboral la función de velar por la efectividad del período, permitiéndole hacer advertencias y recomendaciones que, eso sí, no paralizan ni suspenden el procedimiento; permitiéndole llevar a cabo, a petición de las partes, acciones de mediación ante problemas surgidos en la negociación; y, por último, atribuyéndole la posibilidad de realizar funciones de asistencia a petición de las partes o por propia iniciativa.

Al término del período de consultas, dado que según los arts. 51 TRLET y 12 RPDC, *"...el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza..."*, interviniendo, también, mediante el control, por el servicio público de

empleo competente, del plan de recolocación en empresas de más de cincuenta trabajadores.

2- La defensa del interés público en materia de prestaciones por desempleo derivadas del despido colectivo dado que, recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, arts. 51 TRLET y 6 RPDC.

De igual modo, los arts. 51.6 TRLET, 6.3 y 11.4 del RPDC y 148.b) de la LRJS, recogen esa defensa del interés público mediante la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas, 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 prestaciones, por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

3- Posible impugnación de los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando se estime que éstos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, art. 51.6. En el mismo sentido, el art. 148.b) de la LRJS y 11.4 del RPDC.

#### **2.2.10. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre**

El Real Decreto aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

Regula el procedimiento de despido colectivo recogiendo las comunicaciones iniciales, la documentación que se exige en cada caso y que deberá entregar la empresa, para asegurar una negociación lo más informada posible.

La desaparición de la garantía de carácter público que suponía la autorización administrativa, produce la consecuencia de que la regulación del periodo de consultas se realice con especial atención. Hace hincapié en las medidas sociales de acompañamiento y en los planes de recolocación externa.

Presta una atención especial al desarrollo del periodo de consultas en cuanto fija el número mínimo de reuniones y el intervalo entre ellas.

Contiene normas relativas al despido colectivo del personal laboral al servicio de la Administración.

Por otra parte, suprime la posibilidad de la celebración de acuerdos parciales, impidiendo que los procedimientos de despido colectivo plurilocalivo puedan concluir con acuerdos diferentes para cada uno de los centros de trabajo afectados.

#### **2.2.11. Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto**

El 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*, supone una modificación sustancial en el procedimiento de despido colectivo.

Modifica el art. 41.4 del TRLET, dándole su redacción actual, distinguiendo según que la medida afecte a uno o varios centros de trabajo; impone la constitución de la comisión negociadora con carácter

previo a la comunicación del inicio del periodo de consultas. Fija en trece el número máximo de miembros de la comisión negociadora, estableciendo un plazo de siete o quince días para su constitución.

Modifica el número 2 del art. 51 TRLET; estableciendo que, en todo caso la negociación se llevará a cabo en una comisión única, exigiendo su constitución con carácter previo, remitiéndose al art. 41.4 del TRLET. Añade que la falta de constitución de la comisión en plazo no impide el inicio y transcurso del periodo de consultas. En la comunicación de la apertura del periodo de consultas, añade las letras f) y g), es decir, debe consignarse la copia de la comunicación de la intención de iniciar el procedimiento, y debe determinar los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión, o la indicación de que ésta no se ha constituido en plazo. Exige, además, que la documentación vaya acompañada de una memoria.

En materia de acuerdos, impone que se adopten por la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o de los miembros de la comisión que representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Fija la caducidad del procedimiento si en los quince días siguientes a la última reunión no comunica su decisión a los representantes de los trabajadores ni a la autoridad laboral.

Modifica el número 4 del art. 51 TRLET; en materia de comunicación de los despidos individuales, señala que podrá realizarlo *“alcanzado el acuerdo o comunicada la intención a los representantes de los trabajadores”*.

Modifica la LRJS, art. 124, números 3, 6, 11 y 13, así como el art. 242.2, en materia de ejecución de sentencia.

Modifica el art. 3.2 del RPDC dando una nueva redacción a la determinación de los documentos requeridos en el procedimiento, con lo que insiste en la garantía que supone la observancia del mismo. Modifica

el art. 5.4, relativo a los grupos de empresas; el art. 6, número 1, relativo a la remisión de la documentación en soporte informático, y número 2, en lo relativo a *“la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria”* y, en su caso, las actas de constitución previstas en el art. 27.

En materia de documentación, el art. 17.2, añade las letras f) y g), y la exigencia de la memoria. Impone en el art. 19.1 y 2, la remisión simultánea a la autoridad laboral de la comunicación de apertura con la documentación del art. 18 y la información de la composición de las diferentes representaciones.

Se remite, en su art. 26, al art. 41.4; modifica el art. 27 para recoger el carácter único de la comisión, determinando que siendo varios los centros de trabajo afectados, queda circunscrita a ellos, fijando el número máximo de trece miembros.

Exige que en el acta de constitución de la comisión se determine que se constituye como órgano colegiado en la formación de voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones. Modifica el art. 28, en el sentido de fijar que los acuerdos exigen conformidad de la mayoría, que en conjunto representen a la mayoría de los trabajadores afectados. Permite que, en cualquier momento y a instancia de cualquiera de las dos partes, se pueda acudir a procedimientos de mediación o arbitraje, que deberán desarrollarse en el plazo máximo fijado para el desarrollo del periodo de consultas.

Por último, amplía las funciones de la autoridad laboral.

### **2.2.12. Ley 1/2014, de 28 de febrero**

Ley 1/2014, de 28 de febrero, *para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*, convalida lo modificado por el Real Decreto-ley 11/2013. Se modifican varios preceptos del TRLET, en lo relativo a la regulación de la comisión negociadora, los legitimados para intervenir ante la dirección de la empresa en representación de los trabajadores. Se insiste en que el periodo de consultas deberá ser previo a la adopción de cualquier medida de despido colectivo.

En todos los procedimientos colectivos se establece que la consulta se llevará a cabo mediante una comisión negociadora única, pero, siendo varios los centros de trabajo afectados, a ellos se limita el procedimiento. Desaparece la posibilidad de que la consulta se realice diferenciada por centros de trabajo. Fija un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, debiendo quedar constituida la comisión antes de su inicio, pero sin que la falta de constitución impida la apertura ni el transcurso del periodo de consultas. Se matiza quiénes van a integrar dicha comisión, siempre en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representen. Además, en el supuesto de despido colectivo, se modifica el artículo 51 en lo relativo a la información que debe facilitar la empresa. Pretende con ello mejorar la seguridad jurídica ante posibles declaraciones de nulidad del despido colectivo por falta de entrega de la documentación requerida.

Se modifica la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*, para que la impugnación colectiva adquiera mayor espacio. Se aclaran las causas de nulidad del despido colectivo, con lo que se le da mayor seguridad jurídica y se permite que las sentencias que declaren la nulidad del despido colectivo sean directamente ejecutables, sin necesidad de entablar procedimientos individuales.



Se recoge la llamada “acción de jactancia” –también llamada “acción de convalidación del despido colectivo”<sup>126</sup>- para que el empresario, concluido el plazo fijado para la impugnación por los representantes legales, pueda entablar demanda para que se declare que su decisión es ajustada a derecho. La sentencia que se dicte tendrá carácter declarativo y efectos de cosa juzgada en los procedimientos individuales, suspendiendo, la presentación de esta demanda, el plazo de caducidad para la impugnación de los despidos individuales.

Todo ello concuerda con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>127</sup>, en cuyo Título IV (arts. 27 a 38), recoge como principios aplicables en esta materia: el derecho de información y consulta; los de negociación y acción colectiva; el de protección frente al despido injustificado; la fijación de condiciones justas y equitativas para los trabajadores; y la conciliación de la vida familiar y profesional, entre otros.

### **2.2.13. Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo**

La Resolución registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, aboga por procesos transparentes, con períodos de consulta previamente informada, y por la vertebración de procedimientos de mediación y arbitraje<sup>128</sup>, como elementos de búsqueda de soluciones.

---

<sup>126</sup> Véase, ORELLANA CANO, A.M., “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*, número 17, octubre de 2012.

<sup>127</sup> La CDFUE, proclamada el 7 de diciembre de 2000, en Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea.

<sup>128</sup> La Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, aboga por “*Procesos transparentes con periodos suficientes de consulta con la representación de los trabajadores, previa entrega de toda la información preceptiva y el recurso a los procedimientos de*

La Resolución de la Dirección General de Empleo apuesta por potenciar los mecanismos de adaptación internos, con preferencia a los externos, y a los ajustes de plantilla, apostando por la flexibilidad interna como elemento que facilita la adaptación competitiva de las empresas y el mantenimiento del empleo, su estabilidad y calidad, buscando el equilibrio entre la flexibilidad para la empresa y la seguridad para los trabajadores.

Adviértase que esta Resolución es aplicable, en gran medida, a los procedimientos de negociación y toma de acuerdos en el procedimiento de despido colectivo.

#### **2.2.14. 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**

El TRLET recoge todas estas modificaciones y va a ser objeto de estudio en todo lo relativo al procedimiento de despido colectivo.

---

*mediación y arbitraje para solventar las discrepancias producidas en la negociación. Las Comisiones Mixtas y Paritarias de los convenios colectivos sectoriales deben desde el inicio del proceso asumir posibilidades de mediación e intervención.”*



## SEGUNDA PARTE: DESPIDO COLECTIVO

### CAPÍTULO I. CONCEPTO Y ELEMENTOS

El despido colectivo ejerce en la reforma de 2012, como se analizará posteriormente, una *vis atractiva*, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación numerosos supuestos de extinción del contrato de trabajo. La reforma de 2012, puede decirse que reinventa el concepto de despido colectivo: por un lado, aumentando los supuestos de extinción; y, por otro, modificando los contornos en los que se produce.

En cuanto a los supuestos, se incluyen, como después se verá, los llamados “despidos colectivos de hecho”, es decir, aquéllos en los que no se ha seguido el procedimiento de despido colectivo, pero en los que hay que considerar que aquél efectivamente ha tenido lugar, dado que el número de extinciones producidas por voluntad del empresario, excede de los límites del art. 51 del TRLET, con la necesaria consecuencia, una vez calificada la situación de “despido colectivo de hecho”, de ser nulas las extinciones producidas, al no haberse observado el procedimiento legalmente establecido. En la valoración de las extinciones incluidas en estos “despidos colectivos de hecho”, como se analizará de inmediato, se tomarán en cuenta, entre otros, los despidos disciplinarios u objetivos declarados o reconocidos como improcedentes, cuya trascendencia radica en que convierte la causa en irrelevante, dado que si las extinciones alcanzan el número legalmente fijado y se han producido a iniciativa empresarial, habrá de entenderse que el despido colectivo se ha producido, afirmación que concuerda con el art. 51.1 del TRLET, al incluir cualquier extinción producida a iniciativa empresarial por “*motivos no inherentes a la persona del trabajador*”, así como con el art. 1 de la Directiva

98/59. Además, la calificación de las extinciones producidas, como de “despido colectivo de hecho”, permite la impugnación, según el art. 124 de la LRJS, por los sujetos colectivos –representantes legales de los trabajadores o representantes sindicales-, impugnación que llevará consigo la declaración de nulidad, que se extenderá a los despidos individuales por el valor de cosa juzgada, art. 124.13 de la LRJS. Con ello, se trata de impedir el llamado “despido por goteo”, mediante el cual el empresario pretende eludir la aplicación del procedimiento legalmente previsto.

Por otro lado, en lo que a la determinación de los contornos se refiere, la reforma supone, también, una nueva formulación del despido colectivo, formulación producida de la mano de la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, asunto Rabal Cañas, la cual, sobre la base del art. 51 del TRLET y de la Directiva 98/59, considera que entran en su concepto, no solo los despidos colectivos que superen los umbrales del art. 51.1 del TRLET a nivel empresa, sino, también, los que en la determinación de los umbrales tomen en consideración el centro de trabajo, en aquéllos que empleen habitualmente a más de veinte trabajadores.

En este capítulo se analizan el concepto, los elementos y las causas del despido colectivo. El análisis pondrá de manifiesto contrastes entre la Directiva 98/59 y el art. 51 del TRLET, que se traducen en desajustes entre ambas normas nacional y europea.

Las discrepancias entre la Directiva y el TRLET generan numerosas dudas interpretativas y aplicativas, que hacen necesario un análisis minucioso, así como la profundización en la búsqueda de criterios de armonización entre ambas normativas.

## 1. Concepto

El despido colectivo es una modalidad de despido que tiene su origen en la voluntad del empresario, motivada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción, cuando se cumplan los requisitos, temporales y numéricos, legalmente establecidos.

El concepto de despido colectivo parte de dos realidades: su naturaleza contractualista, tomando como punto de partida el principio de conservación del negocio; y la posterior aparición de circunstancias que, en forma de causas, vienen a impedir que aquél se mantenga.

El planteamiento contractual subyace y está presente, tanto al tiempo de la contratación, como al de la aparición de la causa que genera la necesidad de adaptar la mano de obra a las necesidades empresariales.

Como señalan GÓMEZ ABELLEIRA y DÍAZ ZAFORAS<sup>129</sup>, el concepto de despido colectivo es un concepto complejo por su proyección cuantitativa y cualitativa, lo que tiene una decisiva influencia en la determinación de los supuestos que tienen cabida en él.

La calificación de colectivo se refiere, por tanto, no solo a su afectación plural sino, sobre todo, a la contraposición de intereses entre empresa y trabajadores y a la procedimentalización y causalización del despido, habida cuenta de que la calificación de colectivo se refiere solamente a eso, causas y procedimiento, no a la extinción del vínculo contractual que une a la empresa con cada uno de los trabajadores

---

<sup>129</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J y DÍAZ ZAFORAS, D. "La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista española de derecho europeo*, ISSN 1579-6302, número 57, 2016, páginas 37-61.

afectados por la medida extintiva, que es lo que supone, verdaderamente, el despido.

El concepto legal de despido colectivo lo recoge el art. 51.1 TRLET, que tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, dispone. *“1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”*, fijándolo en función de las causas y del número de trabajadores afectados en un determinado marco temporal.

Estas *“causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”*<sup>130</sup>, son las causas objetivas, previstas en el art. 52.c) del TRLET para el despido objetivo individual. No obstante, existen una serie de diferencias entre el despido colectivo y el despido objetivo, siendo las más importantes; el número de trabajadores afectados, teniendo el despido el carácter de colectivo cuando el número de afectados alcance los umbrales legalmente establecidos o cuando afecte a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de afectados sea superior a cinco y sea consecuencia del cese de actividad por alguna de aquellas causas; se diferencian, también, en que existe una Directiva europea, la 98/59, que se aplica al despido colectivo y no al objetivo, Directiva cuya trasposición se ha producido a través del art. 51 del TRLET y normas que lo desarrollan; difieren, también, por último, por el procedimiento a través del cual se lleva a efecto la extinción, el despido objetivo se produce por una decisión unilateral del empresario -comunicada por escrito, con entrega simultánea de la indemnización y concesión de un preaviso de quince días-, mientras que el despido colectivo exige la observancia de

---

<sup>130</sup> Las llamadas, causas ETOP.

un procedimiento previo, llevado a cabo mediante un periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El despido colectivo ha sufrido en la reforma de 2012, una importante transformación para adecuarse a la directiva 98/59/CE, sobre despido colectivo y al Convenio 158 (1982) OIT sobre la terminación de la relación de trabajo. Consecuencia de ello, al suprimirse la exigencia de autorización administrativa, el protagonismo del procedimiento se otorga a empresarios y representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas<sup>131</sup>, sin otro control real que el control judicial posterior.

Como pone de manifiesto PÉREZ CAPITÁN<sup>132</sup> el cambio introducido en la reforma de 2012, radica especialmente: en que la autoridad laboral deja de tener carácter decisorio para tenerlo de asesoramiento y control; en que se amplían las causas motivadoras del despido colectivo y se flexibilizan; y porque se limitan los motivos de control judicial, tratando de evitar el enjuiciamiento de la razonabilidad de las medidas adoptadas; todo ello con la finalidad de simplificar el procedimiento haciéndolo más ágil; limitando el control ex post y tratando de abaratar los costes del procedimiento, concibiendo el periodo de consultas como su eje central. Sin embargo, la exigencia de medidas sociales de acompañamiento, especialmente las de recolocación externa y la carga documental impuesta en el procedimiento lo ralentizan, y hacen casi inevitable para la empresa acudir a un apoyo técnico jurídico que normalmente será externo, encareciendo, con ello, el procedimiento.

---

<sup>131</sup> Véase MERCADER UGUINA, J.R., *“Lecciones de Derecho...”*, op. cit., página 632.

<sup>132</sup> PÉREZ CAPITÁN, L., *“El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada”*, Ed. Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2013.



## 2. Elementos

La Directiva 98/59, sigue en muchos aspectos la Directiva 75/129, de 17 de febrero de 1975 que, como pone de manifiesto FEIJÓO REY<sup>133</sup>, definía el despido colectivo en base a dos parámetros: cualitativo, incluyendo el despido colectivo entre los despidos causales, en el que convergen dos notas negativas, que no obedezca a motivos inherentes a la persona del trabajador y que no afecte a aquellos supuestos que son objeto de exclusión; y cuantitativo, en un doble sentido, número total de trabajadores de la plantilla y número de trabajadores afectados por el despido, ambos combinados con el tiempo durante el que se llevan a cabo los despidos.

El análisis de los elementos que intervienen en el procedimiento de despido colectivo, en una primera aproximación y como se acaba de ver, permite apreciar dos elementos básicos: el primero, hace referencia al número de trabajadores afectados; el segundo, a las causas determinantes de la decisión empresarial.

Así resulta del art. 51.1, párrafo 1º del TRLET, que recoge el número de trabajadores afectados –en función del volumen de trabajadores de la empresa-, y las causas –económicas, técnicas, organizativas o de producción- que justifican la medida colectiva.

Sin embargo, el artículo añade, a los elementos causal y numérico, el elemento temporal, al valorar los dos elementos anteriores en un período de noventa días.

---

<sup>133</sup> FEIJÓO REY, M.J., “La Directiva sobre...”, *op. cit.*.

Recoge el precepto lo que, jurisprudencial<sup>134</sup> y doctrinalmente<sup>135</sup>, se han dado en llamar elemento numérico, elemento temporal y elemento causal.

## **2.1. Elemento numérico**

El elemento numérico, es decir, la determinación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo es fundamental para determinar cuándo se está en presencia de un procedimiento de esta naturaleza.

Para analizarlo, debemos adelantar algunos aspectos del elemento causal –elemento que se analiza inmediatamente-, por la íntima conexión entre ellos y por las diferencias que se aprecian entre la Directiva 98/59 y el TRLET.

La Directiva 98/59 recoge el concepto de despido colectivo en el artículo 1. *“a) se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea...”*.

El texto señala que son los efectuados *“por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”* redacción que parece entrar en contradicción con lo dispuesto en el art. 51.1 TRLET, *“...se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción...”*.

---

<sup>134</sup> Así la STS de 17 de mayo de 2017, rec. 1.246/2016, al decir: *“Con esos antecedentes, la Sala entiende que en el caso enjuiciado se cumplían los tres elementos -numérico, temporal y causal- cuya concurrencia comporta la aplicación del art. 51 ET.”*

<sup>135</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013, página 25.

El problema que se plantea es, si debe prevalecer la redacción de la Directiva 98/59 o la del TRLET. La solución que se adopte influirá directamente en la determinación del número de trabajadores afectados.

Los tribunales de justicia, nacionales y comunitarios se han ocupado en numerosas ocasiones de esta cuestión.

En España, la jurisprudencia venía sosteniendo que los despidos colectivos exigían necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>136</sup>.

Los hermanos GUALDA ALCALÁ<sup>137</sup> señalan que el Tribunal Supremo cambia de doctrina, pasando de entender que el despido colectivo venía definido por la pluralidad de trabajadores y por la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción, a entender que en su configuración resulta determinante el elemento cuantitativo, debiendo tenerse en cuenta, no solo las extinciones producidas por causa económica, técnica, organizativa o de producción sino, también, cualesquiera otras producidas por motivos no inherentes a la persona del trabajador, excepción hecha de los contratos temporales extinguidos a su vencimiento.

Doctrina y jurisprudencia superan la confusión tradicional entre el despido por causas objetivas –el despido individual previsto en el art. 52 TRLET-, y el despido colectivo del art. 51 del mismo texto legal, que puede tener lugar por las mismas causas que el objetivo (económicas, técnicas, organizativas o de producción) y, además, por cualesquiera otras no inherentes al trabajador.

---

<sup>136</sup> Así resultaba de numerosas SSTs, 22 de enero de 2008, 22 y 26 de febrero de 2008, 14 de mayo de 2008, 15 de julio de 2008 y 30 de septiembre de 2008.

<sup>137</sup> GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ, M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Ed. Bomarzo, Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO, 1ª edición, Albacete, 2016, páginas 19 y siguientes.

El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de julio de 2012<sup>138</sup>, afirma, recogiendo textualmente la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que “*«En virtud del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva [98/59], a efectos de la aplicación de ésta, se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal», resultando indebida aplicación de las obligaciones comunitarias limitar «el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural» y no ampliar «el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores» (STJCE 2004/376, de 12/Octubre, asunto Comisión/Portugal)...*”<sup>139</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo recoge textualmente parte de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de octubre de 2004, asunto C-55/02 haciendo suyas sus conclusiones<sup>140</sup>, manifestándose abiertamente en desacuerdo con el TRLET.

### **2.1.1. Umbrales**

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define “umbral”, en su tercera acepción, como “*Valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado*”.

Al estudiar el despido colectivo debe analizarse qué valor mínimo producirá qué efecto determinado.

En una primera aproximación, como acaba de verse, se observa que los umbrales que determinan el concepto de despido colectivo se

---

<sup>138</sup> Rec. 2.341/2011.

<sup>139</sup> En el mismo sentido la STJUE 2009/381, de 10 de diciembre, caso Rodríguez Mayor.

<sup>140</sup> Así, la STJUE de 12 de octubre de 2004, asunto C-55/02 en sus párrafos “49 Por lo tanto, no puede definirse el concepto de «despido», a que se refiere el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva, mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que tiene un alcance comunitario.”

“50 El citado concepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. Tal concepto no exige que las causas subyacentes correspondan a la voluntad del empresario.”

fijan en la legislación española en base a dos criterios, el numérico y el causal, sometidos ambos a numerosas interpretaciones.

El número de trabajadores va a ser relevante desde una doble perspectiva: número de trabajadores afectados por la decisión y número de trabajadores de la empresa (o centro de trabajo) en la que se produce el despido.

Fijada la unidad de cómputo -con las reservas que posteriormente se analizan-, todos los trabajadores, cualquiera que sea el tipo de contrato que les vincule a la empresa, indefinido o temporal<sup>141</sup>, a tiempo completo o parcial, serán tenidos en cuenta para determinar el número de afectados. El TRLET trata de evitar que las exigencias formales y garantistas del despido colectivo puedan obviarse, al amparo de su art. 52, mediante la realización de despidos individuales, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que formalmente no alcancen el umbral numérico previsto en el art. 51.1 del propio TRLET.

Sale, también, al paso de otras posibles actuaciones empresariales. Así resulta del art. 51.1, párrafo 5º, cuando para el cómputo del número de extinciones toma en consideración tanto las producidas por causas objetivas, como *“...asimismo, cualesquiera otras producidas en el período de referencia [los noventa días] por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco”*, excluyendo, únicamente, la extinción por expiración del tiempo convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

---

<sup>141</sup> Así resulta de la STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422/2014, Pujalte Rivera, cuando dice: *“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: 1) El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la 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, debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados, en el sentido de este precepto, en el centro de trabajo de que se trate.”*

El Derecho español –como más adelante se verá- recoge en este punto la Directiva 98/59, art.1, números 1 *in fine* y 2.a), al asimilar a efectos del cómputo, las extinciones “...producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores siempre y cuando los despidos sean al menos cinco”, excluyendo “...los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinada, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos”.

La redacción legal plantea dudas acerca de las extinciones de contratos de trabajo que serán tenidas en cuenta, y las que no, en la apreciación del carácter colectivo, o no, de las medidas extintivas llevadas a cabo por la empresa, cuestión de extrema importancia, porque de la determinación del número de trabajadores afectados, va a depender la calificación del despido como colectivo, y ello va a determinar la aplicación de toda su normativa. Se plantea, en definitiva, qué extinciones se deben tener en cuenta a los efectos de establecer el carácter colectivo del despido, en aquellas situaciones en las que son varios los trabajadores cuya relación laboral se extingue de modo coetáneo y dentro de los parámetros numéricos legalmente establecidos.

Son dos, como se acaba de ver, los criterios de exclusión que establece la Directiva: que la extinción sea por causas inherentes a la voluntad del trabajador, o que afecte a contratos suscritos con carácter temporal o para la realización de una obra determinada que se extingan por su cumplimiento. Lógica consecuencia, a *contrario sensu*, es la inclusión entre las extinciones que determinan el carácter colectivo del despido, tanto las extinciones que no tengan su origen en la voluntad del trabajador como las extinciones de los contratos temporales llevadas a cabo de forma extemporánea.

La doctrina, MERCADER UGUINA y DE LA PUEBLA PINILLA<sup>142</sup>, ALCÁZAR ORTIZ<sup>143</sup> y los tribunales de justicia nos ayudan a determinar qué supuestos de extinción son computables y cuáles no<sup>144</sup>. Debe distinguirse:

---

<sup>142</sup> MERCADER UGUINA, J.R y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de...* op. cit., páginas 27 y 28, “Esta regla presenta algunas dificultades interpretativas que derivan de la necesidad de delimitar qué causas extintivas están excluidas del cómputo por derivar de motivos inherentes a la persona del trabajador. El art. 51 ET excluye expresamente, y también lo hace el art. 1 del Reglamento, las extinciones fundadas en el art. 49.1.c) ET. La razón es que se trata de una causa extintiva que evidentemente no afecta a la persona del trabajador, sino a un hecho objetivo –la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio– que delimita la duración del contrato desde su celebración. Por la misma razón hay que eliminar el supuesto extintivo del art. 49.1.b ET –las causas válidamente consignadas en el contrato–, aunque la causa se invoque por el empresario. El mutuo acuerdo (art. 49.1.a ET) también ha de excluirse, porque no se produce a instancia del empresario, sino por la voluntad concorde de las dos partes. Y ello aun cuando el acuerdo extintivo se haya promovido por la empresa a través de bajas incentivadas o jubilaciones anticipadas. Igualmente tampoco deben computarse, por ser inherentes a la persona del trabajador, las extinciones que se producen por circunstancias concurrentes en la persona de aquél (muerte, invalidez permanente y jubilación –art. 49, 1.e ET–, así como ineptitud o falta de adaptación a la evolución de las modificaciones técnicas del puesto de trabajo –despido objetivo procedente, arts. 49,1. l y 52, a y b ET–). Están excluidas del cómputo, asimismo, las extinciones que tienen su origen en la decisión o conducta del propio trabajador, tales como el abandono o la dimisión (art. 49.1.d ET) y los incumplimientos disciplinarios que justifican un despido disciplinario. También deben excluirse los ceses que se producen en virtud de lo dispuesto en los arts. 40.1 y 41.3 TRLET porque responden a una voluntad del trabajador ante una conducta lícita del empresario.”

“Por el contrario, la resolución judicial del contrato ex art. 50 ET debe calificarse como un cese computable, porque, aunque se produce a instancia del trabajador, trae en realidad su causa de un incumplimiento del empresario. Por supuesto serán computables también los despidos por amortización del puesto de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 52, c ET) sea cual sea la calificación judicial que proceda, así como el despido improcedente sin readmisión. Como tales, esto es como despidos improcedentes, deben computarse también las extinciones por fin de contrato en caso de contratación temporal fraudulenta y las extinciones ante tempus de contratos temporales.”

“Una última regla hay que tener en cuenta: para que opere esta previsión es preciso que el número de estas extinciones computables, según se acaba de analizar, sea al menos de cinco. Si se alcanza esta cifra el despido deberá tramitarse como colectivo.”

<sup>143</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S., *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Ed. Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, páginas. 47 y siguientes.

<sup>144</sup> Así, la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2012, rec. 5.429/2011, FD TERCERO: “Con arreglo a los criterios establecidos por la STS de 18 de marzo de 2009 y por la de esta misma Sala de 2 de febrero de 2010, para determinar si se han sobrepasado los umbrales previstos en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores no son computables a los efectos de alcanzar el número de trabajadores umbral para el expediente de regulación de empleo: las extinciones de contratos de duración determinada; los despidos disciplinarios declarados procedentes; Los despidos objetivos fundamentados en un motivo distinto del artículo 52 c) TRLET, siempre que resulten asimismo procedentes; las extinciones de contratos producidos en virtud de traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo; las extinciones realizadas en virtud de las causas válidamente consignadas en el contrato; las extinciones producidas por la dimisión, cese o abandono voluntario del trabajador; las extinciones producidas en virtud de jubilación, fallecimiento o invalidez del trabajador; y, en fin, la extinción por mutuo acuerdo cuando la misma no se realice en virtud de una propuesta empresarial realizada a una colectividad de trabajadores y fundamentada –normalmente– en causas económicas. Por el contrario, se computan a efectos de alcanzar el umbral mínimo de trabajadores necesario para abrir un expediente de regulación de empleo: los despidos disciplinarios declarados improcedentes; los despidos objetivos fundamentados en el artículo 52 c) ET, con independencia de su declaración judicial –procedente o improcedente–; los despidos objetivos fundamentados en un motivo distinto del artículo 52 c) ET

### **2.1.1.1. Extinciones no computables**

Siguiendo el orden de la enumeración de las causas de extinción del contrato de trabajo previstas en el art. 49 del TRLET y preceptos relacionados pueden hacerse una serie de puntualizaciones.

Quedan excluidas del cómputo:

- Las extinciones por mutuo acuerdo, porque no puede afirmarse que sean ajenas a la voluntad del trabajador, así como las operadas en virtud de causas consignadas válidamente en el contrato salvo abuso manifiesto del empresario, art. 49.1.a) y b) del TRLET.

- Las extinciones de los contratos temporales, producidas por agotamiento de la duración temporal o de la obra o servicio contratado, salvo caso de fraude. Tanto la normativa europea como la nacional, las excluyen del ámbito del despido colectivo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea las excluye del cómputo dado que, aunque la regulación estatal y la comunitaria parecen ser divergentes en la determinación de las causas del despido colectivo, ambas normativas coinciden en la exclusión de las extinciones de los contratos temporales.

- Del mismo modo, se excluye la extinción del contrato por dimisión del trabajador –situación a la que se asimila el abandono-, por estar motivadas por decisión de éste<sup>145</sup>.

---

*cuando fueran declarados improcedentes; la extinción por mutuo acuerdo cuando la misma se realiza en virtud de una propuesta empresarial realizada a una colectividad de trabajadores y fundamentada - normalmente- en causas económicas."*

<sup>145</sup> Así resulta del FD PRIMERO de la STSJ de Madrid de 18 de junio de 2012, en sus dos últimos párrafos, "La cuestión litigiosa se circunscribe pues, a determinar cuáles de las extinciones que no han tenido lugar por razones objetivas son o no computables a los efectos de alcanzar el número de trabajadores, umbral para el expediente de regulación de empleo."



- Se excluyen, también, las extinciones producidas por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador o por su jubilación voluntaria<sup>146</sup>. En relación con la jubilación y planteado si las anticipadas y las prejubilaciones se incluyen o no en el cómputo, si se producen fuera del marco de un despido colectivo, la jurisprudencia resulta clara, las extinciones en este caso proceden de la voluntad del trabajador que acepta la proposición patronal ofrecida normalmente en condiciones ventajosas, siendo la causa de extinción del contrato de trabajo el mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo de la relación de

---

*“No existe duda de que se debe computar el despido disciplinario y que por el contrario, no se deben computar el que finalizó por el cumplimiento del término pactado, y el que finalizó como consecuencia de la baja voluntaria del trabajador, por lo que la cuestión se circunscribe a determinar si se deben computar las extinciones que tienen lugar por no haber superado dos trabajadores el periodo de prueba, entendiendo esta Sala que no deben computarse cuanto menos la extinción que por este motivo se produjo el 12 de noviembre de 2008 al haberse producido en virtud de una causa válidamente consignada en el contrato y admitiendo que la otra, la producida el 31 de enero de 2009, por la fecha en que se produce en realidad obedeciera a que iba a tener lugar el cierre de la empresa, por lo que habría que concluir que no ha sido superada la cifra establecida en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y consecuentemente debe estimarse el recurso formulado y revocarse la sentencia de instancia, condenando al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a abonar a la empresa la cantidad reclamada.”*

<sup>146</sup> Lo recogen los FFDD SEXTO y SÉPTIMO, de la STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011: *“Sexto.- Alega a continuación el recurrente la infracción del art. 51.1 del E.T. así como de los arts. 122 y 124 de la L.P.L. y 1.1 de la Directiva 98/59 CEE y de la doctrina jurisprudencial que citará por cuanto “en términos generales...deben considerarse a efectos de determinar la existencia de fraude, la totalidad de los despidos efectuados por la empresa dentro del trimestre anterior a la fecha efectiva del despido practicado al recurrente (27/7/2010) ya que durante ese tiempo se habría producido un goteo de despidos con la finalidad de eludir los trámites previstos para el despido colectivo....”. Alega al efecto, y de acuerdo con la relación de hechos probados, que en dicho período “se realizaron 22 despidos objetivos, 6 por causa disciplinaria y 21 por final de obra y durante el trimestre siguiente al despido del recurrente se producen 2 despidos disciplinarios y 3 despidos objetivos...” Séptimo.- Tampoco este motivo del recurso puede ser, entendemos, aceptado. La empresa contaba en la fecha indicada, recordemos, con una plantilla de 349 trabajadores; y la modificación fáctica operada a instancia del trabajador no desvirtúa en tal sentido, y en cuanto no se concreta en modo alguno el resultado final de los despidos aludidos, la conclusión de la sentencia a la existencia en el período en cuestión de 13 trabajadores despedidos por causas objetivas, 2 trabajadores por despido improcedente mientras que las extinciones por no superar el período de prueba, jubilación, finalización del contrato y despido disciplinario, suman 27 trabajadores. ...”*

trabajo, causa prevista en el artículo 49.1.a) TRLET<sup>147</sup>. En el mismo sentido, numerosos autores<sup>148</sup>.

- Las que se producen por muerte, jubilación o incapacidad del empresario –persona física-, o extinción de la personalidad jurídica del contratante –persona jurídica- llevadas a cabo por el procedimiento y con las garantías legalmente establecidas.

- En cuanto a la fuerza mayor, de acuerdo con ALCÁZAR ORTIZ<sup>149</sup>, puede entenderse que, no obstante ser una causa no inherente a la persona del trabajador, no debe contabilizarse por tener un procedimiento específico y ser ajeno a la voluntad de trabajador y de empresario.

- No se computan, tampoco, las extinciones producidas por causas objetivas distintas de las económicas, técnicas, organizativas o de

---

<sup>147</sup> Así resulta con claridad de la STS de 4 de julio de 2006, rec. 4.699/2004, en cuyo FD TERCERO, señala: “En relación con el motivo cuarto es patente la falta de contenido casacional, pues la Sala ya ha unificado doctrina en sentido contrario al que se sostiene en el recurso en sus sentencias de 25 de noviembre de 2.002, 10 de diciembre de 2.002, 22 de enero de 2.003, 24 de enero de 2.003, 6 y 12 de julio de 2.004, 17 y 18 de enero de 2006, entre otras muchas. En estas sentencias se establece que «las decisiones de los trabajadores de cesar en la empresa Telefónica, acogiéndose al sistema de prejubilación establecido en la misma, han de incardinarse en la causa de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo de la relación de trabajo prevista en el artículo 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores sin que la concurrencia de razones económicas y profesionales más o menos poderosas que impulsan al trabajador a aceptar el ofrecimiento de la empresa pueda desvirtuar la bilateralidad característica de esta causa de extinción, que no se transforma por ello en extinción por voluntad unilateral del empresario. En consecuencia, en cuanto derivada de un acuerdo extintivo de la relación de trabajo adoptado por voluntad conjunta del empresario y el trabajador, la jubilación anticipada de éste tras el agotamiento de la situación contractual de prejubilación no puede considerarse forzosa sino voluntaria, y el tipo anual reductor del porcentaje de la pensión aplicable a la misma es, como pretende el Instituto Nacional de la Seguridad Social, del 8%». La doctrina unificada subraya que lo decisivo no es la existencia de una eventual causa económica, técnica, organizativa o productiva que haya podido llevar a la empresa a proponer la extinción y al trabajador a aceptarla, sino el dato de que la aplicación de esa causa no se ha realizado a través de las vías que, según el ordenamiento, permiten apreciar una extinción al margen de la voluntad del trabajador y que son el despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o el despido objetivo del artículo 52 del mismo texto legal...”

<sup>148</sup> BLASCO PELLICER, A., “Los expedientes de regulación de empleo”, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2009, página 33, MARTÍN RIVERA, L., “El despido objetivo por necesidades de la empresa”, Ed. Reus, 1ª edición, Madrid, 2009, páginas 230 y 231, NAVARRO NIETO, F., “Los despidos colectivos”, Ed. Civitas, Madrid, páginas 107 y 108.

<sup>149</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S., *El despido colectivo ...*, op. cit, página 49.

producción –las del art. 52.c) del TRLET-, si las decisiones extintivas están correctamente adoptadas.

- Se excluye, por último, la extinción por voluntad de la trabajadora que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo por su condición de víctima de violencia de género, ex art.49.m) del TRLET, dado que la extinción no se basa en una decisión empresarial adoptada por causas no inherentes a la persona de la trabajadora.

### **2.1.1.2. Extinciones computables**

La Directiva 98/59 incluye todas las extinciones contractuales siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativo-temporal, añadiendo que el concepto engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, llevada a cabo sin su consentimiento. Todo ello, habida cuenta de que no exige que las causas subyacentes procedan o se deriven de la voluntad del empresario<sup>150</sup>, excluyéndose del cómputo, solamente, las causas inherentes a la persona del trabajador.

Por tanto, deben tomarse en consideración y, en consecuencia, computarse:

- Las extinciones producidas por voluntad del trabajador por un incumplimiento contractual del empresario, art.49.j), desarrollado en el artículo 50 del propio TRLET<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Así las SSTJCE 2004/376, de 12 de octubre, asunto comisión /Portugal, apartados 43 y 50; 2.009/381, de 10 de diciembre, caso Rodríguez Mayor y otros, apartado 35.

<sup>151</sup> Recuérdese que el art. 50 del TRLET considera como tales incumplimientos, “*Extinción por voluntad del trabajador. 1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del*

- La inclusión de las rescisiones por traslado o modificación de condiciones sustanciales del contrato habían generado dudas prevaleciendo, tanto en la doctrina, ROJAS<sup>152</sup>, como en las resoluciones de los Tribunales Superiores de justicia<sup>153</sup>, la opinión de que no debían ser tenidas en cuenta.

Sin embargo, la cuestión la resuelve en sentido contrario la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422/2014, Pujalte Rivera<sup>154</sup>, cuando declara que la modificación sustancial, adoptada por el empresario unilateralmente en perjuicio del trabajador, por motivos no inherentes a éste, se incluye dentro del concepto de despido establecido por la Directiva 98/59.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2017<sup>155</sup>, siguiendo la de 24 de enero del mismo año<sup>156</sup>, considera computables las extinciones por traslado o modificación sustancial, arts. 40 y 41 TRLET, entendiéndose que proceden de la voluntad del empresario o del acuerdo con los representantes de los trabajadores, pero no de una causa inherente a la persona de trabajador.

Las dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2017, C-149/2016 y C-429/2016<sup>157</sup> señalan que el

---

*empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados. 2. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente."*

<sup>152</sup> ROJAS, R., "El Tribunal europeo modifica los umbrales del despido colectivo en España", *Fiscal & laboral al día*, número 239, octubre 2015, páginas 58 a 65.

<sup>153</sup> Así, la STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 2015, la STSJ de Castilla La Mancha de 24 de abril de 1997, o la STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2015.

<sup>154</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422/14, Pujalte Rivera, cuando dice: "En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: ... 3) La Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva."

<sup>155</sup> Rec. 74/2017, que confirma la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2016, rec. 41/2016.

<sup>156</sup> Rjud. 38/2016.

<sup>157</sup> Véanse las declaraciones de las SSTJUE de 21 de septiembre de 2017, C-149/2016 y C-429/2016.

empresario deberá llevar a cabo el procedimiento de despido colectivo, cuando pretenda una modificación de las condiciones de trabajo cuyo rechazo lleve consigo la posibilidad de optar por la extinción de la relación laboral, siempre que la medida alcance los umbrales previstos legalmente. Entiende que la decisión de extinción debe considerarse como despido y realizarse, en tal caso, el periodo de consultas.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-429, señala que aunque la novación modificativa no entra dentro del concepto de despido, la rescisión del contrato a instancia del trabajador, al no aceptar la modificación contractual propuesta por la empresa, entra dentro de la extinción del contrato "*por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador*" a que se refiere el art. 1 de la Directiva 98/59, por lo que dicha rescisión debe incluirse en el cómputo del número de extinciones a los efectos colectivos previstos en la Directiva.

El hecho de que la decisión empresarial no sea una decisión extintiva, no quiere decir que no pudiera preverse que tendría repercusiones sobre el empleo. Por ello y de acuerdo con numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que invoca<sup>158</sup>, pone de manifiesto, a la vista del art. 2 de la Directiva 98/59 que, del mismo modo que la obligación de consulta es anterior a la extinción de los contratos, también en caso de modificaciones que puedan dar lugar a la rescisión del contrato, el empresario a la vista del art. 2 citado, deberá abrir el periodo de consultas con carácter previo a la adopción de la decisión empresarial modificativa.

Estas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su aplicación al derecho español, que prevé en los arts. 40 y 41 del TRLET

---

<sup>158</sup> SSTJUE de 27 de enero de 2005, caso Junk, C 188/03; 10 septiembre de 2009, caso Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros, C 44/08.

procedimientos colectivos para la movilidad geográfica y para las modificaciones sustanciales (a diferencia del derecho polaco origen de ambos procedimientos), determinan que los trabajadores que opten por la extinción serán efectivamente computados siempre que se hayan observado los procedimientos colectivos legalmente previstos<sup>159</sup>.

La doctrina se ha planteado el momento en el que debe iniciarse el periodo de consultas, si al tiempo de planear llevar a efecto las modificaciones, o una vez producidas las extinciones. Lógicamente, deberá tener lugar en el momento de planear las modificaciones.

No será necesario seguir el procedimiento de despido colectivo en la forma prevista en el art. 51 del TRLET ni en el RPDC, sino los propios de los artículos 40 y 41.4 del TRLET. Ciertamente es que el artículo 41.1 no exige, a diferencia del art. 51, la entrega de documentos, lo que se suaviza por la jurisprudencia, sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015, rec. 180/2014, matizando que los documentos cuya entrega prevé el RPDC, es una relación más bien orientativa, siendo lo fundamental la actuación de buena fe en la búsqueda de un acuerdo.

- Se incluyen, también, los despidos disciplinarios o los despidos objetivos, si la empresa ha reconocido la improcedencia, o esta se acuerda en conciliación<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., "Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", BIB 2018\8355, *Revista Aranzadi Doctrinal* número 4/2018, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2018.

<sup>160</sup> Así lo expresa la SAN de 14 de febrero de 2012, rec. 345/2012, en cuyo FD CUARTO, remite a la SAN de 27 de julio de 2012, al decir: "...Pues bien, como dijimos en SAN 27-7-12 (proc. 127/2012), "El art. 51.1 ET distingue entre dos modalidades de despido colectivo:"

"a. - Despido colectivo de derecho, cuando el empresario, superado el umbral número para el despido colectivo, sigue el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET."

"b. Despido colectivo de hecho, cuando no lo hace así, aunque haya despedido trabajadores por encima del umbral antes dicho por causas no imputables a los mismos."

"Por consiguiente, la resolución de la excepción propuesta exigirá despejar, si los despidos, realizados por la empresa demandada desde el 15-02 al 15-05-2012 (período de 90 días anteriores al último despido), fueron por causas no imputables a los trabajadores y de ser así, si alcanzaron el número de treinta trabajadores, al haberse acreditado pacíficamente que la empresa tiene 1300 trabajadores aproximadamente."

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013<sup>161</sup> aclara que el reconocimiento de improcedencia en los despidos disciplinarios, o los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo, sino que continúan siendo extinciones adoptadas por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador. En todo caso, hay un matiz importante aunque obvio: los despidos disciplinarios que hayan sido calificados judicialmente de improcedentes, o cuya improcedencia haya sido reconocida en conciliación, a que se alude, se computarán

---

*“Centrándonos en el primer interrogante, parece evidente que los despidos por causas objetivas no son imputables a los trabajadores, siendo criterio reiterado y pacífico en la doctrina judicial, que no lo son tampoco los despidos disciplinarios, cuya improcedencia se reconoce directamente por la empresa, o en conciliación judicial o extrajudicial, por todas, STSJ Málaga 21- 04 y 9-06-2005, AS 2005\1342 y 3600 y STSJ Tenerife 7-06-2006, AS 2006\2105. Por consiguiente, probado que en los noventa días anteriores al 15-05-2012 la empresa demandada despidió disciplinariamente a cinco trabajadores, a quienes reconoció la improcedencia del despido y por causas objetivas a otros 29 trabajadores por causas objetivas, debemos convenir con la demandante, que la actuación empresarial constituyó un despido colectivo.”*

*“Dicha conclusión no puede enervarse, porque la mayoría de los trabajadores, afectados por el despido colectivo, hayan suscrito finiquitos y no hayan impugnado individualmente los despidos, puesto que la acción para impugnar el despido colectivo corresponde únicamente a los representantes legales o sindicales y solo podía activarse en el momento en el que se superaron los umbrales legales para la concurrencia de despido colectivo, de manera que la suerte, que corresponda a dichos despidos individuales se ventilará al margen de este procedimiento, bien mediante los procesos individuales contra sus despidos, bien mediante las correspondientes reclamaciones de daños y perjuicios, puesto que su aquietamiento o sus transacciones se produjeron frente a sus despidos individuales y no frente al despido colectivo, que no podían conocer en el momento de ser despedidos.”*

*“Procede, por tanto, desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento, si bien de modo parcial, puesto que la demanda reclama que se declare la nulidad del despido colectivo, a lo que accedemos, pero reclama también que declaremos la nulidad de los despidos individuales, lo que no es posible legalmente, puesto que dichos despidos deberán litigarse por el procedimiento previsto en el art. 124.11 LRJS. ...”*

<sup>161</sup> STS de 25 de noviembre de 2013, señala en su FD SEGUNDO: *“...Partiendo de estos preceptos, hay que concluir que tanto los despidos disciplinarios en los que se reconoció la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "a iniciativa del empresario" y que se producen además "por motivos no inherentes a la persona del trabajador", pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 del Código Civil). Por ello, no se ha infringido este precepto, ni el art. 1815 del mismo Código sobre el alcance del negocio transaccional y la disposición de derechos que en ella se establece. ...”*

lógicamente, si no van seguidos de la readmisión del trabajador despedido<sup>162</sup>.

- Igualmente se incluyen las extinciones derivadas de contrataciones temporales fraudulentas<sup>163</sup>, así como de aquéllas que por cualquier irregularidad se hayan convertido en indefinidas.

- No faltan supuestos dudosos, uno de ellos es el relativo a si deben incluirse en el cómputo las extinciones de contratos llevadas a cabo por el empresario durante el período de prueba. Los Tribunales Superiores de Justicia han estado en este punto divididos: mientras el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco los ha incluido –sentencias de 16 de diciembre de 2010 y de 9 de diciembre de 2010-, otros Tribunales Superiores son contrarios a tal inclusión –sentencias del Tribunal Superior de Justicia de

---

<sup>162</sup> En este sentido abundante jurisprudencia, especialmente la STS de 26 de noviembre de 2013 (que se remite a la de 13 de noviembre de 2013) al decir en su FD CUARTO: "... Al respecto, es de aplicación la doctrina emanada de la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta celebrado el 13-11-2013, (R.C.U.D. 52/2013 ), en cuyo fundamento de Derecho quinto se razona lo siguiente: "En el mismo sentido se pronuncia la Directiva CE 98/59 cuando en su art. 1.1 ) a) define los despidos colectivos como «los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores» cuando el número de los despidos alcance el número aplicable a estos efectos."

"De ahí que del ámbito del despido colectivo solo se excluyan las extinciones en virtud de motivos inherentes a la persona del trabajador -entre ellos, los derivados de la conducta en el orden disciplinario- y las que se produzcan por cumplimiento del término."

"Por ello, si un despido disciplinario -en principio, vinculado a la conducta del trabajador, como ya se ha dicho- se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue, el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. En consecuencia, los despidos disciplinarios que en el presente caso se reconocieron improcedentes son computables a efectos de los umbrales del art. 51.1 del ET y lo mismo ocurre con los despidos por causas objetivas para los que también se admitió su improcedencia y ello con independencia de lo que dispone el párrafo sexto del nº 1 del art. 51 ET."

"También es conveniente recordar que el procedimiento de despido colectivo, que contiene garantías que han de vincularse con el orden público laboral, no es disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el mencionado procedimiento. Así lo reconoce el apartado b) del art. 124.2 de la LRJS y antes el art. 124 de la LPL y así lo ha declarado también la Sala en la sentencia ya citada de 8 de julio de 2012 , en la que se dice que «el empresario no puede legítimamente optar -para extinguir un número de contratos de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET - entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [...] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET»."

<sup>163</sup> Según se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012, antes mencionada.



Madrid de 18 de junio de 2012, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de junio de 2010, entre otras-.

La opinión más segura es la que entiende que, las extinciones de contratos verificadas durante el período de prueba, no podrán incluirse en el cómputo, aunque procedan de la valoración del empresario sobre la capacidad del trabajador, salvo si la extinción hubiera sido declarada improcedente, por cualquier circunstancia que no sea estrictamente una voluntad empresarial ordinariamente ejercida y cuya posibilidad fue pactada por escrito al tiempo de suscribir el contrato de trabajo<sup>164</sup>.

- Por último, la jurisprudencia comunitaria ha ido más allá tomando en cuenta a los altos directivos y personal directivo, así como al personal en formación –becarios-. En cuanto a los altos directivos, ya la doctrina, GARRIDO PÉREZ<sup>165</sup>, había mantenido que los altos directivos quedan incluidos en el procedimiento pero no en cuanto a sus causas -al admitirse el desistimiento del empresario-, ni a los efectos –especialmente en lo relativo a las consecuencias indemnizatorias-.

Actualmente, la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de julio de 2015, Asunto C-229/14 - Caso Balkaya, recuerda que el concepto de trabajador, a efectos de la aplicación del artículo 1.1.a) de la Directiva 98/59, es autónomo y uniforme en el Derecho de la Unión Europea y, consecuentemente, no puede tenerse en consideración que el ordenamiento jurídico de un Estado Miembro excluya de ser considerados trabajadores a aquellos directivos que son administradores de una sociedad (representantes legales de una

---

<sup>164</sup> Es muy interesante la STSJ de Castilla-León, sede Valladolid, de 22 de septiembre de 2010, rec. 1.147/2010, FD TERCERO: *“Y también ha de excluirse la extinción en periodo de prueba por la misma causa, puesto que deriva de una valoración del empresario de lo que constituye el objeto de la prueba, esto es, de las características y aptitud del trabajador, aun cuando la misma no sea revisable jurisdiccionalmente salvo supuestos de vulneración de derechos fundamentales.”*

<sup>165</sup> GARRIDO PÉREZ, E., *“Los despidos por causas económicas y empresariales”*, VVAA, director CRUZ VILLALÓN, J., capítulo “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, Ed. Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1996, páginas 95 a 98.

compañía). *"...la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad"*.

La sentencia argumenta que el trabajador realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución, entendiéndose que reúne los requisitos para ser considerado trabajador a efectos de la aplicación de la Directiva y, por tanto, del cómputo de despidos o extinciones asimiladas.

El Tribunal va más allá al decir *"el concepto de trabajador en Derecho de la Unión comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste."*<sup>166</sup>

A la vista de esta sentencia, previo análisis de las circunstancias, pueden ser considerados trabajadores, tanto los directivos como los becarios, siendo ambos colectivos, por tanto, tomados en consideración para la fijación del número de trabajadores afectados por la medida colectiva<sup>167</sup>.

No puede concluirse el análisis del cómputo de los trabajadores afectados sin hacer referencia a la norma –antes mencionada– contenida en el art. 51.1, párrafo 5º del TRLET, que incluye en el cómputo las extinciones *"...producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los*

---

<sup>166</sup> Los entrecomillados provienen de los párrafos 38 y 50 de la STJUE de 9 de julio de 2015, Asunto C-229/14 - Caso Balkaya, que se hace eco de sentencias anteriores.

<sup>167</sup> Véase el artículo de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J, "De nuevo sobre las extinciones que deben computarse en el despido colectivo y los plurales criterios del tribunal de justicia de la Unión Europea", BIB 2015\18180, *Revista de Información Laboral*, número 12/2015, Lex Nova.

*previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.*"<sup>168</sup>  
Sigue el TRLET a la Directiva pero, como en tantos otros aspectos, con una redacción que produce problemas en su interpretación y aplicación.

Este párrafo 5º del art. 51.1, salva la confusión –más bien la limitación- que en la determinación de las causas del despido colectivo genera el párrafo 1º -que lo circunscribe a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción-, y armoniza con lo dispuesto en la Directiva 98/59, al incluir las extinciones efectuadas "*por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...*"

Ahora bien, la diferente redacción del TRLET y de la Directiva ha generado numerosos problemas interpretativos.

- La Directiva incluye "*...las extinciones...siempre y cuando los despidos sean al menos cinco*"<sup>169</sup>.

- El TRLET dice "*Para el cómputo del número de extinciones...se tendrán en cuenta asimismo...[las] producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.*"

La cuestión, no siempre bien entendida jurisprudencialmente<sup>170</sup>, ha evolucionado desde entender que el número de cinco extinciones se refiere a las que se añaden a los despidos realizados inicialmente, hasta entender que el precepto se refiere, no a las extinciones que se adicionan, sino a que los despidos originalmente sean, al menos, cinco.

---

<sup>168</sup> Cfr. art. 51. 1, párrafo 5º del TRLET, que recoge lo dispuesto en el art. 1. 1, párrafo 2º de la Directiva 98/59.

<sup>169</sup> Aún con mayor claridad, el Considerando (8) de la Directiva 98/59.

<sup>170</sup> Véanse las distintas interpretaciones, del TSJ de Cataluña de 13 de enero de 2012, rec. 5.429/2011 y la STJUE de 11 de noviembre de 2015, C-422/14 (caso Pujalte Rivera).

La confusión padecida y las interpretaciones de que ha sido objeto, llevan a afirmar, una vez más, que la trasposición al derecho interno de la Directiva 98/59 no se ha realizado correctamente.

En apoyo de esta afirmación, hay que partir de la evidente distinción que la Directiva realiza entre despido y extinción. En el párrafo 2º del art.1.1, la Directiva dice con claridad “...se asimilarán a los despidos las extinciones...siempre y cuando los despidos sean al menos cinco.” Con ello la Directiva está estableciendo, como se ha dicho, una distinción palmaria entre despido y extinción; en ambos casos producidos por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, pero uno y otro, conceptos distintos que, eso sí, producen el mismo resultado: la extinción del contrato.

El concepto despido, entendido como la decisión unilateral del empresario de poner fin a la relación laboral, formalmente manifestada y adoptada, bien por motivos disciplinarios –“*incumplimiento grave y culpable*”<sup>171</sup>–, bien por despido colectivo –“*extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*”<sup>172</sup>–, supone, una voluntad unilateral expresa y formal de poner fin a la relación laboral por los motivos expresados.

El concepto extinción de contrato a efectos del procedimiento de despido colectivo, es distinto y más amplio, pudiendo tener no solo el origen disciplinario o estructural del despido, sino que puede producirse –en la expresión legal– por “*otros motivos no inherentes a la persona del trabajador*”. En el concepto de extinción entran supuestos muy diferentes<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Cfr. art. 54 TRLET.

<sup>172</sup> Cfr. art. 51 TRLET.

<sup>173</sup> Recuérdense, la rescisión de un contrato de trabajo a raíz de la negativa del trabajador a aceptar una modificación unilateral y sustancial de los elementos esenciales de dicho contrato, (STJUE de 11 de noviembre de 2015, C-422/14, caso Pujalte Rivera); las extinciones por voluntad del trabajador fundado en justa causa

Para que estas extinciones se asimilen a los despidos a efectos del cómputo de los umbrales, son los despidos, planteados unilateralmente por la empresa, los que deben ser al menos cinco.

Es a partir de, al menos, cinco despidos –no cinco extinciones– cuando se acudirá a la regla contenida en los preceptos que se analizan –art. 1.1, párrafo 2º de la Directiva y art. 51.1, párrafo 5º del TRLET– para sumar en el cálculo de los umbrales, las extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador.

El sentido de la norma es claro y trata de salir al paso de lo que se ha dado en llamar el *despido por goteo* mediante dos elementos correctores: el plazo de noventa días y la adición a los despidos de las extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que los despidos sean al menos cinco, como con propiedad dice la Directiva -traspuesta de un modo equívoco al derecho español-.

Una futura reforma del despido colectivo en España, deberá adoptar una expresión clara en este punto redactando el art. 51 de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva y estableciendo palmariamente la relación, a efectos del cómputo, entre despidos y extinciones.

### **2.1.2. Disponibilidad de los umbrales**

La disponibilidad de los umbrales del despido colectivo plantea básicamente dos cuestiones: si alcanzándose los umbrales fijados legalmente es admisible no acudir al procedimiento de despido colectivo y; si aun no alcanzando el número de trabajadores afectados por el despido los umbrales previstos legalmente, cabe acudir al despido

---

(art. 50 del TRLET); las extinciones por causas objetivas (art. 52 del TRLET) y un largo etcétera que ha sido analizado en su momento.

colectivo. En cuanto a la primera cuestión, la jurisprudencia<sup>174</sup> ha sido taxativa: alcanzados los umbrales, la observancia del procedimiento de despido colectivo es indisponible. En cuanto a la segunda, no han faltado pronunciamientos judiciales que abogan por la posibilidad empresarial de elegir, pudiendo seguirse un procedimiento de despido colectivo aunque no se alcancen los umbrales numéricos legalmente exigidos. Esta opinión se justifica en las mayores garantías que implica el procedimiento de despido colectivo sobre el despido individual y en la participación de los trabajadores en aquél.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2017, lo resuelve en relación a un supuesto en el que se produce el cierre de un centro de trabajo que emplea a trece trabajadores, en una empresa de más de quinientos, planteándose si es posible tramitarlo como un procedimiento de despido colectivo o si debe hacerse como despidos individuales, es decir, por la vía del art. 51.1 o por la del 52.c) del TRLET.

El Tribunal Supremo concluye que, del mismo modo que cuando se alcanzan los umbrales legalmente previstos, es necesario acudir a un procedimiento de despido colectivo, cuando tales umbrales no se alcanzan, no es posible la tramitación del despido por el procedimiento de despido colectivo *"...porque no existe en ese caso un derecho a disponer libremente de una u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas organizativas o de producción..."*, no solo por afectar a la propia naturaleza del despido, que puede terminar por acuerdo empresario-trabajador sino, sobre todo, por afectar al ámbito procesal no siendo posible decidir sobre la competencia objetiva de los tribunales, dado que en el despido colectivo la competencia corresponde a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o a la Sala de lo Social de la Audiencia

---

<sup>174</sup> Por todas, la STS de 8 de julio de 2012, *"el empresario no puede legítimamente optar -para extinguir un número de contratos de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET - entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [...] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET."*

Nacional, en única instancia, y al Tribunal Supremo en casación, lo que no puede quedar al arbitrio del empresario, por sí mismo o de acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>175</sup>.

La sentencia señala que la indisponibilidad de los umbrales cuenta con dos precedentes jurisprudenciales.

El primero, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017, rcud. 1.246/2016, que señala que la conjunción de los artículos 51.1 y 52.c) del TRLET es clara: si el número de despidos supera los umbrales previstos en el art. 51.1, es un despido colectivo y se habrá de tramitar conforme al TRLET y al RPDC; si no se alcanzan tales umbrales, el despido es individual y habrá de acudirse a sus normas, arts. 52 y 53 del TRLET, recogiendo la doctrina mantenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012<sup>176</sup>, que lo fundamenta en que el procedimiento de despido colectivo, no solo atiende a intereses públicos, reducir la destrucción del tejido productivo, sino, también, al interés de los trabajadores afectados, al tener la negociación por objeto tratar de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias.

El segundo, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017, rec. 196/2016, que confirma la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, al negar la existencia del despido colectivo, por no alcanzar los umbrales numéricos legalmente establecidos, privándole así

---

<sup>175</sup> Véanse las SSAN de 30 de abril de 2018, rec. 69/2018, y 7 de mayo de 2018, rec. 22/2018, que se hacen eco de las SSTs de 13 de junio de 2017, rec. 196/2016 y la mencionada de 10 de octubre de 2017, rec. 86/2017.

<sup>176</sup> Así lo recoge la STS de 8 de julio de 2012, en su FD QUINTO: 2 “...*Discrepamos de este planteamiento, pues aunque sea innegable que la regulación del despido colectivo beneficia los intereses del empresario al limitar -respecto de los despidos ordinarios- el importe indemnizatorio a satisfacer por cada cese acordado, no lo es menos que el procedimiento prescrito en el art. 51 ET no solamente atiende a intereses públicos evidentes [minorar -en lo posible- la destrucción del tejido productivo], sino al concreto de los trabajadores afectados, como lo evidencian el objeto de las obligadas negociaciones del empresario con los representantes de los trabajadores [«evitar o reducir sus efectos .... medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados... posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial»] y la necesidad de que la solicitud sea acompañada -en empresas de cincuenta o más trabajadores- de un «plan que contemple las medidas anteriormente señaladas» [art. 51.4 ET]...”*

de la competencia objetiva de acuerdo con el art. 124 LRJS<sup>177</sup>. Señala nuestro Alto Tribunal que estas normas son absolutamente imperativas o de derecho necesario, basadas en normas de orden público, en cuanto en el despido colectivo intervienen: intereses empresariales; intereses públicos tendentes a impedir, en lo posible, la destrucción del tejido productivo; e intereses de los trabajadores afectados, en cuanto la negociación, empresa-representantes de los trabajadores, tiende a evitar o reducir los efectos del despido colectivo.

Por último, MERCADER y DE LA PUEBLA, plantean que, desde el momento en que se superan los umbrales numéricos, será necesario cumplir las exigencias del art. 51 del TRLET y del RPDC, lo que podrá determinar que se siga el procedimiento, aun cuando el número final de despidos, al término de aquél, sea inferior a los umbrales legalmente establecidos ya que, en caso de no hacerse, si el despido es impugnado por los trabajadores, sería calificado como nulo<sup>178</sup>.

Judicialmente, se ha planteado esta misma cuestión, habiéndose resuelto por la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2018, rec. 22/2018<sup>179</sup>, que la competencia objetiva de los Tribunales vendrá determinada por el número inicial de trabajadores potencialmente afectados aunque su número se reduzca como consecuencia de la negociación.

Para concluir el análisis de los umbrales, cabe plantear una cuestión final. Los argumentos sobre la indisponibilidad de los umbrales, que se acaban de analizar, resultan inequívocos: no puede dejarse al arbitrio del

---

<sup>177</sup> En el mismo sentido, las SSTS de 10 de mayo de 2017, rec. 1.246/2016 y de 10 de octubre de 2017, rec. 86/2017.

<sup>178</sup> En el mismo sentido, véase la STS de 10 de octubre de 2017, rec. 86/2017.

<sup>179</sup> La SAN de 7 de mayo de 2018, rec. 22/2018, recogiendo la STS de 13 de junio de 2017, rec. 196/2016.



empresario la decisión de adoptar, o no, el procedimiento de despido colectivo.

Ahora bien, no cabe duda de que la Directiva pretende establecer un marco garantista en beneficio de los trabajadores que, mediante el periodo de consultas, junto a la intervención de la autoridad laboral y en virtud de la tutela judicial puedan “...evitar o reducir los despidos colectivos y (de) atenuar sus consecuencias...”<sup>180</sup>.

Es por ello que, de *lege ferenda*, debería preverse en un futuro la posibilidad de que, no alcanzándose los umbrales, los propios interesados –empresarios y trabajadores- tuvieran capacidad de decidir si sujetarse o no al procedimiento, es decir, que éste se iniciara como si fuese un auténtico despido colectivo comunicando la intención a los trabajadores e invitándoles a constituir una comisión negociadora, notificándoles la apertura del período de consultas, decidiéndose en la primera reunión si voluntariamente ambas partes quieren sujetarse al procedimiento que, de este modo tendría carácter voluntario, no el carácter necesario que tiene cuando se superan los umbrales legales.

En tal caso, si no se constituye la comisión o si constituida no se decide seguir los trámites del procedimiento de despido colectivo, el empresario quedaría en libertad para llevar a cabo los despidos individuales.

La existencia del período de consultas, las posibilidades de sustitución de éste por la mediación<sup>181</sup>, la intervención de la autoridad laboral con sus funciones asesoras, haría conveniente, desde esta

---

<sup>180</sup> Cfr. con los arts. 51. 2, párrafo 1º del TRLET y art. 2.2 de la Directiva 98/59.

<sup>181</sup> Mediación prevista en el art. 51.2 párrafo 10º del TRLET y favorecida hoy, también, en los ámbitos civil y mercantil –así la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 1. “Concepto. Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.”

perspectiva, la modificación legal dando entrada -de modo voluntario no necesario-, a través de una decisión bilateralmente adoptada, a que trabajadores y empresarios puedan decidir acogerse voluntariamente al procedimiento colectivo.

## **2.2. Elemento temporal**

Analizado el número de trabajadores afectados, se plantea la influencia que, el tiempo en el que se producen las extinciones, tiene en la calificación del despido, como plural o como colectivo.

El plazo de noventa días que establece el art. 51.1, párrafo 1º del TRLET, venía planteando numerosas dudas e interpretaciones muy distintas en doctrina y jurisprudencia.

El cómputo del plazo de noventa días, ante la falta de determinación legal, venía dando pie, básicamente, a cuatro interpretaciones, a saber: entender que el plazo debía computarse hacia atrás, es decir, computando los despidos producidos con anterioridad; entender que se debía contar hacia adelante, es decir, iniciando el cómputo desde el despido producido hacia el futuro; entender que podía computarse simultáneamente hacia atrás o hacia adelante; o entender, por último, que debían computarse los noventa días anteriores y los posteriores.

El tenor literal de la ley -“...cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:...”<sup>182</sup>-, nos lleva a la interpretación, hoy pacífica, de que el día del despido es el día final del plazo y el día en que se inicia el cómputo del plazo siguiente.

---

<sup>182</sup> Cfr. art. 51. 1 TRLET

Así lo resuelve de modo definitivo la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2012, rec. 2.724/2011<sup>183</sup>, fijando el día del despido como día final del plazo, “*dies ad quem*”, y como día inicial, “*dies a quo*”, para el cómputo del período de los noventa días siguientes recogiendo el criterio fijado en el art. 51.1, párrafo 6º del TRLET, “*Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto*”.

En definitiva, la mencionada sentencia<sup>184</sup>, aplica como elemento corrector, en el caso concreto enjuiciado –en el que había nuevas extinciones dos días después–, la teoría general del fraude de ley resolviendo que la decisión extintiva debe anularse por fraudulenta acudiendo al art. 6.4 Código civil, entendiendo que la decisión estaba tomada de antemano y torticeramente se retrasó llevarla a cabo para

---

<sup>183</sup> “*Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el «dies ad quem») para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial («dies a quo») para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el «dies ad quem» para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el «dies ad quem» coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres.*”

“*Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51-1 del E.T. que, al decir «Cuando en periodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones...», nos indica que el cómputo debe hacerse por periodos «sucesivos» de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el «dies a quo» para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente.*”

<sup>184</sup> Lo recoge la STS de 23 de abril de 2012, rec. 2.724/2011, en su FD SEGUNDO. 3: “*... Tal proceder debe anularse por fraudulento, conforme al artículo 6-4 del Código Civil, ya que, el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir...*”

evitar el procedimiento de despido colectivo, actuación fraudulenta que no impide la aplicación de la norma que se trató de eludir, acudiendo, por tanto como se ha dicho, a la regla general del fraude de ley declarando, por esta razón, la nulidad del despido.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013<sup>185</sup>, contempla que la decisión extintiva colectiva puede ser tomada formalmente como tal –despido colectivo de derecho- o puede llevarse a cabo al margen de las normas del TRLET y del RPDC ocultando el carácter colectivo de la medida calificándolo la sentencia, en tal caso, como “despido colectivo de hecho”<sup>186</sup>.

Este “despido colectivo de hecho” supone una actuación fraudulenta de la empresa que, en lugar de adoptar formalmente la decisión extintiva colectiva siguiendo el procedimiento legalmente previsto, observando el periodo de consultas, prescinde de todo ello ocultando el carácter colectivo.

---

<sup>185</sup> STS de 25 de noviembre de 2013, señala en su FD SEGUNDO: “...Ahora bien, una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario. Pero puede también producirse al margen de este procedimiento - prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas- o incluso ocultando su carácter colectivo.”

“En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante lo que la sentencia recurrida denomina, con acierto, un «despido colectivo de hecho», que también podría calificarse en determinados casos como un despido fraudulento. La decisión extintiva colectiva podría manifestarse, al igual que sucede con la individual, como un «despido tácito» -el mero cierre de la empresa, por ejemplo- que, por lo demás, no deja de ser una manifestación del despido de hecho. ...” y añade, en su FD QUINTO, “in fine”, “También es conveniente recordar que el procedimiento de despido colectivo, que contiene garantías que han de vincularse con el orden público laboral, no es disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el mencionado procedimiento. Así lo reconoce el apartado b) del art. 124.2 de la LRJS y antes el art. 124 de la LPL y así lo ha declarado también la Sala en la sentencia ya citada de 8 de julio de 2012, en la que se dice que “el empresario no puede legítimamente optar -para extinguir un número de contratos de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET - entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [...] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET.”

<sup>186</sup> En el mismo sentido, la STS de 18 de noviembre de 2014, rec. 65/2014, que recoge la sentencias de 25 y 26 de noviembre de 2013.

La consecuencia de este “despido de hecho”, que sería como un despido tácito, será necesariamente, a la vista del art. 124.11 de la LRJS, la nulidad.

El TRLET se refiere a esta actuación fraudulenta, tanto en las medidas internas -modificación geográfica<sup>187</sup> y modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>188</sup>- como en las externas -despido colectivo-, adoptando en todos los casos la misma solución, considerándolas “*efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto*”, entendiendo que las anteriores se han realizado al amparo del art. 52 c) del propio TRLET.

A pesar de la dicción legal, hay autores, TODOLÍ SIGNES<sup>189</sup>, que mantienen el criterio consistente en entender que la nulidad afecta, no sólo a las extinciones que se producen después de superado el umbral, sino a todas aquellas cuyo cómputo es necesario para superarlo.

Señala el autor la distinción entre dos posibles supuestos: que en un periodo de noventa días se superen los umbrales, caso en el que sería un despido colectivo de hecho cuya nulidad resulta del artículo 124.11 de la LRJS; y el supuesto en que, en noventa días, se realicen menos despidos de los que fija el art. 51 pero, a continuación, se produzcan otros nuevos despidos que, junto con los anteriores, si superen esos umbrales.

Así como en el primer caso no cabe duda, al amparo del art.124.11 de la LRJS, todos los despidos son nulos; en el segundo, cuando los despidos se producen en dos periodos que sumados superan los umbrales, puede entenderse que sólo las nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, “*y serán declaradas nulas y sin*

---

<sup>187</sup> Art 40 TRLET.

<sup>188</sup> Art. 41TRLET

<sup>189</sup> Véase TODOLÍ SIGNES, A, en VVAA “*Jurisprudencia social a debate*”, coordinador SALA FRANCO, T., Epígrafe 8, “Acerca de los despidos por fraude de ley por superar el número de despidos permitidos para el despido objetivo”, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia 2015, versión on line.

*efecto*”, o entender que todas las extinciones, anteriores y posteriores, que en conjunto superen el umbral, son nulas entendiendo que la concurrencia de todas las extinciones es la que determina la existencia del fraude.

Se plantea, a la vista del art. 51.1, la posible discrepancia entre art. 6.4 del Código civil y el art. 51.1: el primero, el art. 6.4 del Código civil, determina la nulidad de todos los actos realizados en fraude de ley; el segundo, el art. 51.1 del TRLET, se refiere a la nulidad de las nuevas extinciones. Esta discrepancia se salva entendiendo que el art. 51.1 califica las nuevas extinciones, pero sin que ello suponga dar validez a las extinciones anteriores, entendiendo que el fraude se produce al traspasar los umbrales con las nuevas extinciones, por lo que las extinciones posteriores que superan los umbrales debieron realizarse juntamente con las anteriores a través de un procedimiento de despido colectivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>190</sup> mantiene la opinión contraria que es, por tanto, la más segura. Realiza una interpretación literal de la ley y señala que sólo las nuevas extinciones, con las que se superan los umbrales, serán nulas ex art. 51.1.

Esta interpretación viene además sustentada en argumentos procesales de importancia, cuales son, que, al tiempo de la declaración de nulidad de las nuevas extinciones, las acciones de despido derivadas de las extinciones anteriores probablemente habrían caducado o, en las reclamaciones entabladas contra ellas, habría recaído sentencia que habría devenido firme.

El criterio seguro es entender que, cuando se dé el supuesto del art. 51.1, se presume el fraude en los despidos nuevos, presunción que facilita al trabajador la obtención de una calificación de nulidad; mientras que si quien pretende obtener la declaración de nulidad es un trabajador

---

<sup>190</sup> Véanse las SSTs de 23 de abril de 2012, rec. 2.724/2011 y la de 23 de enero de 2013, rcud. 1.362/2012.

de los despedidos anteriormente, deberá probar el fraude conforme al art. 6.4 del Código civil, sin el beneficio de la presunción del art. 51 pudiendo, no obstante, presumirse el fraude, cuando el empresario pudo racionalmente prever que tendría que despedir a más trabajadores con posterioridad.

### **2.3. Elemento causal**

El elemento causal, es decir, la fijación de las causas previstas para el despido colectivo, es uno de los aspectos en los que la reforma ha sido más importante.

Las reformas legislativas producidas en el procedimiento de despido colectivo desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores, han supuesto una notable evolución que podemos apoyar en tres momentos fundamentales consecuencia de otras tantas reformas llevadas a cabo por: la Ley 11/1994, de 19 de mayo; la Ley 35/2010, de 18 de junio; y la reforma de la Ley 3/2012, de 6 de junio.

En la reforma de 1994, la existencia de la causa y la observancia del procedimiento, son los elementos que permiten la reestructuración empresarial, manteniendo un escrupuloso respeto al derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo, recogidos en la Constitución Española.

La reforma modifica dos aspectos básicos respecto a la legislación anterior<sup>191</sup>:

---

<sup>191</sup> Véase el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, *sobre relaciones de trabajo*, art. 39 c) “La necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas.”. Prevé en el art. 45 el despido fundado en causas económicas o tecnológicas, en los que era necesario informe de la representación de los trabajadores señalando que podrían tener lugar “por pacto entre empresario y trabajadores afectados, que habrá de ponerse en conocimiento de la autoridad laboral, quien podrá sin más trámite autorizar la suspensión o reducción pretendida, o bien determinar que se siga el procedimiento reglamentariamente establecido.”

- Primero, produce la unificación de las causas que permiten las reestructuraciones empresariales, individual o colectiva. Supera con ello la legislación anterior que preveía, las causas económicas y tecnológicas para el despido colectivo, y la amortización del puesto de trabajo para el individual.

- Segundo, determina las causas que justifican el procedimiento, sustituyendo las clásicas causas económicas y tecnológicas, por las actuales causas económicas, técnicas organizativas y de producción.

La reforma de 1994 sigue un criterio netamente finalista al entender que las causas concurren si contribuyen, las económicas a “*superar una situación económica negativa*” y las técnicas, organizativas o de producción, a garantizar “*la viabilidad futura de la empresa*”, es decir, produce una unión indisoluble entre las causas y la finalidad perseguida lo que podría calificarse como una definición por resultado. No parece, sin embargo, adecuado acudir al elemento teleológico para fijar el concepto.

A la unificación causal llevada a cabo en 1994, vino a unirse, desde la reforma de la Ley 35/2010, una concreción de las causas hecha por vía de ejemplificación, recogiendo, con ello, numerosos planteamientos judiciales, lo que no supone una fijación por el sistema de *numerus clausus*, sino que deja un margen relativamente amplio a la interpretación dado que permite entender que las causas existen, no solo en los supuestos contemplados legalmente sino, también, en cualesquiera otros semejantes.

Esta determinación de las causas por vía ejemplificativa no estaba libre de problemas interpretativos para cuya solución resultó clarificadora la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid



de 22 de febrero de 2012<sup>192</sup>, que haciendo un estudio de numerosas sentencias, que identifica, señala que la reforma opta decididamente por el sistema de *numerus apertus* y no *clausus*, dando cabida a otros supuestos de situaciones económicas negativas, no expresamente mencionados, como la pérdida de cuotas de mercado, el descenso de ventas progresivo, la sensible y continuada disminución de pedidos, la pérdida del único cliente, los resultados negativos de explotación, la disminución continuada de beneficios, el encarecimiento del crédito, el incremento de costes, y las dificultades de comercialización, entre otras.

Con la reforma de la Ley 35/2010, se da un paso más en el sentido de que, aunque sigue la misma estela finalista, uniendo la causa a la viabilidad o al mantenimiento del volumen de empleo, supone una mayor flexibilización en la compresión y determinación de las causas, especialmente económicas. Continúa, no obstante, manteniendo la necesidad de aportar datos que permitan valorar la realidad económica de la empresa y ponerla en relación con la medida, siempre bajo la concepción de que sea el instrumento de superación de la crisis. La existencia de la causa no requiere que la crisis de la empresa, a cuya solución se trata de acudir, sea definitiva, habiendo recogido la jurisprudencia supuestos como la disminución de beneficios, pérdida de gran parte de clientes, disminución de la producción, como justificativos del elemento causal que fundamenta la extinción<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> “Dados los términos flexibles y amplios con los que queda redactado el nuevo art. 51,1 ET en la LRMT, utilizando en la enumeración de las causas económicas la expresión «en casos tales», no parece ofrecer duda es intención del legislador mantener un *numerus apertus* y no *clausus* de tales causas, pues la realidad es mucho más rica, enunciando las más significativas, pero dando cabida a otros supuestos no expresamente mencionados de situación económica negativa, como por ejemplo sería la pérdida de cuotas de mercado ( STSJ La Rioja 12 septiembre 2006); el descenso de ventas progresivo (STSJ Castilla-La Mancha 8 marzo 2007); la sensible y continuada disminución de pedidos (STSJ C. Valenciana 9 mayo 2006); la pérdida del único cliente (STSJ Cantabria 24 agosto 2006); resultados negativos de explotación (STSJ Navarra 31 enero 2000); la disminución continuada de beneficios (STS C. Valenciana 22 diciembre 2005); encarecimiento del crédito, incremento de costes, y dificultades de comercialización.”

<sup>193</sup> En este sentido, la STS de 14 de junio de 1996, señala que: “al empresario le corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa”, “al hablar de rentabilidad o eficiencia, revela una situación de crisis que no parece definitiva.”

La reforma de 2010, como se ha visto, mantuvo el criterio finalista: las causas económicas tenían como finalidad *“superar una situación económica negativa”*, mientras que las técnicas, organizativas o de producción tenían como finalidad la de *“garantizar la viabilidad futura”* y una *“más adecuada organización de los recursos”*, no bastando, pues, con la acreditación de la causa siendo necesaria, además, la conexión entre la causa y la finalidad última perseguida. Como en la ley de 1994, esta última conexión impedía una definición autónoma de las causas teniendo que acudir a aspectos teleológicos para fijar su concepto. Ello suponía, por tanto, una conexión íntima entre las pérdidas –incluso previstas- y la viabilidad de la empresa o su capacidad para mantener el volumen de empleo.

Pero es más, el hecho de que el legislador en 2010 recoja como causa pérdidas previstas, supone el reconocimiento de una causalidad preventiva a la que diversos pronunciamientos judiciales se habían referido<sup>194</sup>.

La reforma de 2010 mantiene los elementos causal y procedimental como los pilares básicos sobre los que se asienta el despido colectivo manteniendo el carácter de expediente administrativo y exigiendo la autorización de la autoridad laboral.

La reforma de la Ley 3/2012, recoge las causas en términos muy semejantes a los que empleaba la redacción dada por la reforma de la Ley 35/2010, aunque con algunas modificaciones, consistentes en que se objetivizan las causas hasta el punto de que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, *“Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.”*

---

<sup>194</sup> STSJ de Navarra de 5 de septiembre de 2000; STSJ de Cantabria, de 23 de mayo de 2000.

Es la existencia o no de la causa lo que justifica la decisión empresarial, desapareciendo toda referencia a la viabilidad, a la capacidad de mantener el volumen de empleo, o a la adecuación o no de la medida.

Esta objetivación de las causas motivó que la oposición planteara un recurso de inconstitucionalidad alegando la vulneración del art. 35 de la Constitución Española, al considerar que el art. 51 del TRLET prescindía, en cuanto no la menciona, de la exigencia de probar la concurrencia de la causa y de la necesidad de acreditar la razonabilidad de la medida extintiva al considerar –como dice su Exposición de Motivos<sup>195</sup>–, que *“tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”*.

El recurso de inconstitucionalidad fue resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015, rec. 5.610/2012<sup>196</sup>, que en defensa de la constitucionalidad del art. 51 del TRLET, señala que *“...no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido colectivo no causal o ad nutum, como defienden los recurrentes, basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial,...”* ya que continúa siendo un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción pero cuyo contenido y alcance delimita, facilitando la aplicación de la norma tanto al empresario como a la representación de los trabajadores, dado que *“...suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión*

---

<sup>195</sup> Exposición de Motivos, octavo párrafo del apartado V.

<sup>196</sup> La STC de 22 de enero de 2015, rec. 5.610/2012, lo recoge con claridad en el FD 7, letra a).

extintiva servía «para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» o «para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma» en orden a favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»<sup>197</sup>. La sentencia concluye señalando que la reforma no prescinde de la causalidad ni vulnera el art. 35 de la Constitución Española<sup>197</sup>.

El carácter objetivo de la causa exige que la situación deba ser objetivable y no hipotética. Así lo venían recogiendo los Tribunales Superiores en diversas sentencias, al poner de manifiesto que no basta la conveniencia empresarial<sup>198</sup>, separando las perspectivas subjetiva empresarial de la perspectiva objetiva del Derecho laboral y de la responsabilidad social de la empresa, entendiendo que la causa económica no puede justificar la destrucción de empleo cuando atiende exclusivamente a la conveniencia empresarial dirigida a obtener mayores beneficios, en lugar de atender a las pérdidas o la disminución de ingresos que afecten a su sostenibilidad. Tanto el ordenamiento jurídico como los Tribunales de Justicia exigen la concurrencia de una causa concreta, próxima y objetiva; es necesaria la concurrencia de una causa objetiva, que no toma en consideración la conveniencia empresarial ni la mejora de sus beneficios<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup>STC de 22 de enero de 2015, rec. 5.610/2012, FD 7. a), que termina diciendo: “...Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control, tanto más cuando la norma, en primer lugar, exige que la decisión esté «fundada» en alguna de las causas que delimita (art. 51.1 LET), y, en segundo lugar, impone al empresario un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no sólo «una memoria explicativa de las causas del despido colectivo», sino también «toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo» (art. 51.2 LET). En suma, en contra de lo mantenido por los recurrentes, la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que 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.”

“En consecuencia, no es posible apreciar que la nueva delimitación de lo que ha de entenderse por «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» vulnere el art. 35.1 CE.”

<sup>198</sup> Véase la STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2011, rec. 3.610/2010.

<sup>199</sup> Así, la STSJ de Madrid de 11 de julio de 2012, rec. 32/2012, FD 4º, al decir “Todo ello si bien es entendible desde el punto de vista estrictamente subjetivo productivo empresarial no lo es desde el punto de vista objetivo de la legislación laboral y de responsabilidad social a la que las empresas se deben, porque no hay

El carácter objetivo de las causas hace que carezca de relevancia a estos efectos -no a otros relacionados con posibles responsabilidades empresariales-, la voluntariedad, negligencia o culpabilidad del empresario.

La regulación actual da mayor seguridad jurídica a la decisión empresarial: seguridad en el momento de la aplicación, al tener que fundar la medida en las causas que determina el art. 51.1 del TRLET "*...económicas, técnicas, organizativas o de producción...*", y que describe a continuación el propio artículo, evitando valoraciones supeditadas al criterio del intérprete; y seguridad mediante la imposición de un periodo de consultas, en el que la empresa debe facilitar a los representantes de los trabajadores toda la documentación en la que funde su decisión.

Las causas se determinan en el art. 51.1 del TRLET "*...la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción...*" describiéndolas a continuación.

La causa técnica, como afectante a los métodos productivos, engloba el uso de nueva maquinaria, la implantación de sistemas de producción técnicamente más eficientes. El carácter ejemplificativo en la determinación de las causas nos obliga a acudir a planteamientos jurisdiccionales en los que se recogen como tales la "*instalación de taquillas automáticas*" -sentencia del Tribunal Superior de justicia de Navarra 31 marzo 2000-; "*la automatización de medios en un aparcamiento público que implica la desaparición de la figura del taquillero*" -sentencia del Tribunal Superior de justicia de Madrid 28 noviembre 2008-; "*la implantación de un sistema de*

---

*causa económica que ampare la destrucción de empleo cuando la misma solo se basa en la conveniencia empresarial de obtención de un mayor beneficio y no en pérdidas, presentes o futuras, o en decrecimiento evidente de ingresos que dificulten su sostenibilidad futura."*

*"La existencia de una causa concreta, próxima y objetiva que justifique la extinción es imprescindible porque así lo exige la norma y lo ha interpretado de forma reiterada nuestra jurisprudencia (STS 19 de septiembre de 2011, rec. 4.056/2010). Esas causas concretas, objetivas y próximas son las que la ley señala y hay que acreditar y en ellas no se contempla la conveniencia empresarial y la consecución de un mayor beneficio a costa de la destrucción de empleo".*

*gestión informatizado que sustituye otro anterior obsoleto*" -sentencia del Tribunal Superior de justicia de Baleares 29 septiembre 2007-.

La causa organizativa, que según el art. 51 tendrá lugar "... cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción..." haciendo referencia a la gestión del factor humano como elemento productivo. Es la reorganización de los medios materiales y personales, la que deja sin contenido el puesto de trabajo, debiendo acreditarse razonablemente por la empresa que mantener el puesto de trabajo produciría un desequilibrio prestacional cuyas consecuencias se tratan de evitar con el despido. Así, *"la transformación del organigrama de empresa"*-sentencia del Tribunal Superior de justicia de Asturias 3 marzo 2006-; *"externalización del servicio informático"* -sentencia del Tribunal Superior de justicia de País Vasco 15 mayo 2007-; *"procesos de fusión y absorción de sociedades"* -sentencia del Tribunal Superior de justicia de Cataluña 1 junio 2006-; *"reducción de alumnos matriculados"* -sentencia del Tribunal Superior de justicia de Castilla León, sede Valladolid, de 9 abril 2002-.

Causas productivas, "...cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado...", haciendo referencia a la capacidad productiva de la empresa. Se incluyen aquí la pérdida de clientes, disminución de pedidos, por menos consumo, por variaciones en las preferencias de los clientes, etc., que originan un desajuste entre su capacidad productiva y las circunstancias del mercado. Como tales, *"cambios y contracciones en la demanda"* -sentencia del Tribunal Superior de justicia de Cataluña 1 junio 2006-.

A las causas organizativas y productivas se refiere la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de julio de 2014, rec.

1.540/2014<sup>200</sup>, señalando –respecto de las organizativas- que es la reorganización la que vacía de contenido el puesto de trabajo, produciéndose un desequilibrio prestacional que agravaría la situación negativa. En cuanto a las productivas, deberá acreditar disfunciones en el entorno de la actividad, como la falta de pedidos o el descenso de la producción o de la actividad, resultando imprescindible probar la relación causa-efecto entre la disminución productiva, la medida adoptada y la repercusión positiva de la medida adoptada en la evolución de la empresa y su posición en el mercado.

Sin embargo, las causas económicas son sin duda las que más cuestiones suscitan.

En la regulación actual se omite, como se ha dicho, toda referencia a la viabilidad de la empresa –que antes había sido esencial-, fijando el concepto de causas económicas por vía ejemplificativa, al decir “...en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas...”. De la redacción legal se desprende que no establece un sistema de *numerus clausus* en cuanto a las causas económicas, patrón que repite, como hemos visto, en todas las demás.

De esa enumeración ejemplificativa de las causas económicas, el concepto “pérdidas actuales” parece claro. En cambio, el de “pérdidas previstas” es más resbaladizo.

---

<sup>200</sup>Con claridad establece la diferencia la STSJ de Asturias de 25 de julio de 2014, en su FD TERCERO: “... Cuando la causa es organizativa el empresario debe demostrar el acometimiento de una reorganización de sus medios materiales y personales, que vacíen de contenido el puesto o puestos de trabajo, que se pretenden prescindir, debiendo acreditarse razonablemente, que el mantenimiento del puesto de trabajo, que se pretende amortizar, provocaría un desequilibrio prestacional y que podría acarrear una evolución negativa o un empeoramiento de su posición en el mercado. Por otra parte, si la causa es productiva, ha de probarse por el empresario, que se han producido disfunciones en el entorno de su actividad, como, por ejemplo, falta de pedidos o bien descenso progresivo de la producción o de la actividad de la empresa, que le obligan a modificar o disminuir la producción, lo que habría hecho innecesarios uno varios puestos de trabajo, ya que de no extinguirse dichos puestos de trabajo, se desequilibraría el proyecto empresarial, resultando improcedente la extinción siempre que no se acredite adecuadamente la relación causa-efecto entre la medida tomada, la disminución productiva y la positiva repercusión de esta medida extintiva en la evolución de la empresa y en su posición en el mercado. ...”

Debe comenzarse por las pérdidas actuales.

La redacción dada por la reforma al art. 51 al decir "*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*", puede dar lugar a algunas dudas.

La expresión "*...En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos...*", parece querer decir que, automáticamente, si hay pérdidas durante tres trimestres consecutivos, hay causa económica, dando lugar a lo que se ha dado en llamar la *cláusula de automatismo*.

Numerosos autores matizan esta *cláusula de automatismo*. Así, DESDENTADO BONETE<sup>201</sup>, entre otros, analiza el alcance de la expresión legal "*en todo caso*". Señala que el precepto no quiere decir que, acreditadas las pérdidas durante nueve meses, exista necesariamente la causa de extinción. Obviamente no cualquier pérdida supone causa económica que justifique el despido colectivo, lo que resulta claro del ejemplo que, el propio DESDENTADO BONETE propone en el artículo que comentamos: "*La empresa Z ha tenido durante nueve meses consecutivos una caída de ingresos o ventas de un 1 € cada mes, caída que se corresponde simétricamente con los nueve meses correspondientes del anterior. Al cabo de nueve meses, la caída es de 9 €. ¿Justifica esto el despido de los 100 trabajadores de su platilla?*" La conclusión es clara, estas pérdidas no justifican el despido colectivo.

---

<sup>201</sup> DESDENTADO BONETE, A., "Los despidos económicos...", *op. cit.*, página 1.787.



En sentido parecido se ha manifestado la jurisprudencia acudiendo a la figura de lo que en la doctrina se ha dado en llamar el “*empresario codicioso*”<sup>202</sup>.

La redacción legal plantea, también, si sería posible sostener la causa económica aunque no existan los tres trimestres de pérdidas. En el artículo citado, DESDENTADO BONETE señala “*queda abierta la posibilidad de acreditar la persistencia de una disminución de duración inferior y, desde luego, una situación negativa puede acreditarse al margen de esa duración temporal de los hechos que la determinan*”, criterio que es compartido por la doctrina científica – así, ALFONSO ESTEBAN<sup>203</sup>, entre otros, mantiene que es posible apreciar una situación económica negativa en una duración temporal inferior-, lo que viene avalado por la lógica jurídica. En el mismo sentido, GOERLICH PESET<sup>204</sup>, se plantea, a la vista de la expresión “*en todo caso*”, si se debe entender en el sentido de que, solo existe disminución persistente si tiene lugar durante tres trimestres consecutivos, o entender, por lo que se inclina, que habrá causa económica cuando se extienda a los tres trimestres pero sin que ello limite que pueda acudirse a ella como fundamento del despido aunque no existan los tres trimestres consecutivos de disminución de ingresos o ventas; es decir, la expresión “*en todo caso*” no tiene carácter limitativo sino que viene a objetivar un supuesto de disminución persistente, que no impide la existencia de otras causas económicas que lo justifiquen.

En ese caso, al no poder aplicarse la *cláusula de automatismo*, la objetivación de la causa no liberaría a la empresa de probar la existencia

---

<sup>202</sup> Así, la STS de 17 de mayo de 2005, rec. 2.363/2004, establece en su FJ CUARTO: ... “*Plantea también la norma, si toda disminución de ingresos o de ventas supondría una causa de despido. Se plantea, en definitiva, si una pérdida insignificante pero producida durante tres trimestres consecutivos es o no causa que justifique el despido colectivo, el llamado por la doctrina «el empresario codicioso».*”

<sup>203</sup> ALFONSO ESTEBAN, M., “Los despidos colectivos...”, *op. cit.*, páginas 64 y 65.

<sup>204</sup> GOERLICH PESET, J.M., *Reforma laboral 2012 ...*, *op. cit.*, en el capítulo “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución”, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2012, páginas 299 y siguientes, “*De un lado, aunque de forma limitada para la causa económica se introduce una regla que objetiva la legitimidad de la decisión empresarial y, por tanto, constituye el control que puede ser desarrollado por el juez o tribunal.*”

de las pérdidas y la razonabilidad de la medida. En sentido parecido, GOERLICH PESET, entiende que la redacción legal da objetividad a la causa económica en la decisión empresarial facilitando, con ello, el control judicial.

La objetivación de la causa económica, recogida en el inciso final del párrafo segundo del art. 51.1 TRLET, establece un criterio cuantitativo para determinar cuándo el descenso de ingresos o ventas puede considerarse suficiente para recurrir al despido económico, al decir, *“En todo caso se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”*, es decir, el legislador considera que la pérdida durante tres trimestres consecutivos es suficiente para justificar el despido por causa económica aportando, así, mayor seguridad jurídica<sup>205</sup>, considerando el legislador que los tres trimestres consecutivos justifican, *per se*, el despido colectivo basado en la causa económica.

Es interesante la relación que GOERLICH PESET plantea entre los dos trimestres de la llamada cláusula de descuelgue de los convenios colectivos<sup>206</sup> y los tres trimestres de la causa económica del despido colectivo suscitando tres cuestiones:

- La primera, si la empresa debe recurrir primero al descuelgue y luego al despido. Obviamente parece que no. El descuelgue y el despido son situaciones que, no obstante poder tener un origen económico, no guardan más relación entre sí, es decir, uno no tiene que ser necesariamente antecedente del otro.

- La segunda, si habiendo acudido al cabo de dos trimestres al descuelgue se puede al tercero intentar el despido colectivo, o habrá de esperarse de nuevo tres trimestres para hacerlo. Concluye que cualquiera de las dos posturas es igualmente defendible. Compartiendo la

---

<sup>205</sup> Art. 9.3 de la CE.

<sup>206</sup> Art. 82.3 TRLET.

sostenibilidad de ambas posturas, parece más razonable entender que no es necesaria la espera al transcurso de otros nueve meses, habida cuenta de que ante una situación económica negativa de importancia suficiente como para justificar llevar a cabo un despido colectivo, la espera de nueve meses puede colocar a la empresa en una situación crítica que determine que la medida no llegue a tiempo de resolver los problemas cuya solución pretende.

- La tercera, si la discrecionalidad empresarial es o no admisible en la apreciación de las causas. El interés jurídico protegido deja poco margen a la discrecionalidad en la determinación y apreciación de las causas de despido colectivo. La jurisprudencia resuelve esta cuestión en base a los artículos 35 y 38 de la Constitución Española, estableciendo una comparación entre la flexibilidad interna –la adaptación de las condiciones de trabajo- y la flexibilidad externa –la adaptación de las plantillas-, concluyendo que el margen de discrecionalidad es menor al enfrentarnos a la flexibilidad externa, que debe encontrar el equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos (derecho reconocido en el art. 35 Constitución Española)<sup>207</sup>.

BLASCO PELLICER<sup>208</sup> pone de manifiesto que se ha añadido un matiz importante, el adjetivo “*persistente*”, entendiendo que la situación es persistente si durante tres trimestres consecutivos se produce una

---

<sup>207</sup> Así lo recoge la STS de 17 de mayo de 2005, rec. 2.363/2.004, que establece, en su FD CUARTO: ...”*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 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 art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la 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 art. 35 del propio texto constitucional.”

<sup>208</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del ...*, op. cit., página 30.

disminución del nivel de ingresos o ventas respecto a los mismos del año anterior.

De acuerdo con este autor, los trimestres tomados en consideración deben ser *“inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento”* y *“el período temporal tenido en cuenta para configurar la causa de dicha medida (sea del tipo que sea: modificativa, suspensiva, de descuelgue o extintiva) ya no puede ser tenido en cuenta para configurar la causa de otra medida nueva, sin perjuicio de que pueda dar lugar, simultáneamente, a más de una medida,...”*.

La referencia a tres trimestres consecutivos del año anterior permite, además, limitar las consecuencias propias de la estacionalidad en empresas, cuyos procesos productivos, vienen influidos por las estaciones del año.

Por su parte, la expresión *“ingresos ordinarios o ventas”* del artículo 51, hace referencia a los ingresos que proceden de la venta de bienes o prestación de servicios propios de la actividad empresarial que supongan un aumento del patrimonio neto, que no proceda de aportaciones del propietario de dicho patrimonio, según la Norma Internacional de Contabilidad, número 18 (NIC 18)<sup>209</sup>.

La causa debe ser actual permitiéndose, no obstante, acudir a las pérdidas previstas, basadas en datos y no en simples sospechas.

El carácter previsible de las pérdidas hace que no puedan utilizarse datos objetivos, en concreto no puede acudirse a la cuenta de pérdidas y ganancias de ejercicios anteriores.

---

<sup>209</sup> Las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), son normas contables que fijan la forma en la que se deben presentar los estados financieros para presentar una imagen fiel de la situación financiera de una empresa. Lo recoge la NIC 18 al fijar el concepto de ingresos ordinarios o ventas en *“...un aumento en el patrimonio neto que no esté relacionado con las aportaciones de los propietarios de ese patrimonio.”*

La expresión “*pérdidas previstas*” hace referencia, por tanto, a un criterio puramente subjetivo completamente alejado de la objetividad y de la fiabilidad que se exige en la información financiera de las empresas, basada en datos objetivos que permiten a cualquier tercero confiar en la realidad de los mismos. Dar entrada a este aspecto subjetivo en la información que van a manejar tanto los representantes de los trabajadores durante el período de consultas como, en caso de impugnación, el juez, ha sido criticado en el “Manifiesto de profesores universitarios de contabilidad contrarios a la utilización de las «pérdidas previstas» como causa económica de despido y de «descuelgue» de convenio colectivo”<sup>210</sup>.

En la doctrina, DESDENTADO BONETE<sup>211</sup>, se muestra favorable a la admisión de las pérdidas previstas como causa económica, señalando que pueden existir como previsión, que se podrá hacer o no realidad, y que puede justificar una medida de gestión empresarial actual, poniendo como ejemplo la quiebra de un cliente importante, que presumiblemente no abonará las cantidades que debe a la empresa y que obliga a reducir la producción de modo inmediato.

---

<sup>210</sup> El “Manifiesto de profesores universitarios de contabilidad contrarios a la utilización de las “pérdidas previstas” como causa económica de despido y de “descuelgue” de convenio colectivo señala “Entre los requisitos más importantes de la información financiera que establece el marco conceptual básico de la contabilidad figura la necesidad de que ésta sea fiable. Es decir, que cualquier tercero puede confiar en que dicha información financiera es la imagen fiel de lo que representa porque está libre de errores y de sesgos. ... Las relaciones laborales se desarrollan en un ámbito público de protección de derechos contractuales, jugando en ellas un papel destacable autoridades laborales, instancias judiciales, sindicatos, trabajadores y la propia empresa. A la información que se utilice para justificar ajustes empresariales y dictar resoluciones judiciales se le debería exigir, al menos, los mismos requisitos de fiabilidad que a la información financiera que ordinariamente elaboran las empresas. Sin embargo, es en este ámbito en el que, de acuerdo con la actual reforma, se ha incluido esta cláusula que pretende elevar a la categoría de hecho aquello que es rigurosamente un criterio subjetivo. En situaciones como el despido o la modificación de condiciones laborales, la previsión de resultados, realizada “de parte” por la empresa, tiene un carácter definitivamente subjetivo. Además, la inclusión de esta cláusula enrarece y contamina los principios jurídicos y procesales más básicos al obligar a los órganos jurisdiccionales a fundamentar su resolución en pruebas que no son de hechos ciertos sino de sucesos en todo caso futuros.”

<sup>211</sup> DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos ...”, *op. cit.*, página 1.787.

La apreciación de las pérdidas previstas como causa económica, exigirá la aportación de datos que prueben que no se trata de una simple apreciación subjetiva sino que tiene un sustrato objetivo.

Por último, doctrinal y jurisprudencialmente se ha planteado la posibilidad de llevar a cabo un despido colectivo estando vigente una suspensión temporal. DOMÍNGUEZ MARTÍN<sup>212</sup>, recoge la doctrina del Tribunal Supremo<sup>213</sup>, declarándolo admisible cuando se dé, al menos, una de estas dos condiciones: bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión; bien, tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante de las circunstancias que motivaron que dicha suspensión fuera autorizada.

A modo de conclusión, el análisis realizado pone de manifiesto que la reforma supera las redacciones anteriores del art. 51, mediante la objetivación de las causas que fundamentan el despido colectivo. Ello no obstante, el nivel de objetivación del precepto no implica la desaparición de la razonabilidad de la medida, es decir, la necesidad de que exista una relación causa-efecto entre la medida adoptada y la causa de la que deriva. Antes al contrario, la redacción actual mantiene esa relación causa-efecto pero con la particularidad de que facilita la prueba al utilizar la expresión “*en todo caso*”, que permite acudir al procedimiento de despido colectivo cuando concurren las condiciones que prevé, es decir, mantenida la pérdida en el lapso temporal que contempla, cabe fundamentar el despido en ella. Supone una mayor seguridad jurídica -

---

<sup>212</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, A., “Despido colectivo estando vigente una suspensión temporal: cómo, cuándo y por qué.”, en *Aranzadi Doctrinal*, número 3/2015, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

<sup>213</sup> Por todas, la STS de 12 de marzo de 2014, en su FD SEGUNDO. 2, “B) Sobre la base de lo expuesto, si bien en principio es factible admitir -como razona la sentencia recurrida- que durante una situación de suspensión de la relación contractual por causas económicas y productivas -artículo 45.1.j) ET- una empresa pueda tomar una decisión extintiva, por razones objetivas, con respecto al trabajador cuya relación contractual se halla suspendida amparándose en las causas -económicas, técnicas, organizativas o de producción- a que hace referencia el artículo 51 ET por remisión del artículo 52 c) del propio texto estatutario, ello exigirá, que concorra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión.”

muy conveniente dada la supresión de la autorización administrativa-, en cuanto permite al empresario que se halle en esa situación adoptar la medida colectiva, y a los representantes de los trabajadores valorar las posibilidades de impugnar la medida adoptada por aquél.

Sin embargo, este carácter objetivo no impide –en este sentido la doctrina y jurisprudencia analizadas- que por la vía de la figura del empresario codicioso, por la vía de la valoración de la importancia de las pérdidas, aparezcan aspectos subjetivos que no permitan aplicar el procedimiento de despido colectivo por entender que no existe la causa alegada, bien porque el fin perseguido por la empresa sea la obtención de un mayor beneficio empresarial, bien porque la pérdida no sea suficiente para fundamentar la medida llevada a cabo por aquélla.

Evidentemente, la apreciación de estos aspectos subjetivos corresponderá a los tribunales de justicia, a los que incumbirá la tarea de valorar la existencia de las causas –aspecto objetivo-, y la razonabilidad de la medida colectiva adoptada –aspecto subjetivo-.

No han faltado voces en el ámbito jurisdiccional<sup>214</sup> que entienden que la reforma supone una desconfianza hacia el criterio judicial en la apreciación de las causas mediante la restricción de su capacidad valorativa, opinión que no puede compartirse por cuanto que la reforma lo que ha hecho es facilitar su apreciación al señalar, por vía ejemplificativa, cuándo se está en presencia de hechos que pueden ser justificativos de la medida colectiva.

La reforma –como se ha visto- no establece un sistema de *numerus clausus* en la valoración de las causas, lo que impediría todo margen de actuación judicial, sino que, facilita la apreciación de su existencia, pero

---

<sup>214</sup> AGUSTI MARAGALL, J. y SERNA CALVO, M., “Impugnación judicial de los despidos colectivos en el RDL 3/2012: ¿Cuál debe ser el alcance del control judicial de la causa?” BIB 2012\535, en *Aranzadi Social*, número 1/2012. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

no excluye que en supuestos o ante circunstancias distintas de las que contempla, pueda apreciarse la concurrencia de causa y por ello, se entienda justificada la aplicación de la medida colectiva.

La reforma no contradice el carácter causal que el despido tiene en nuestro ordenamiento jurídico respetando escrupulosamente, no solo los mandatos constitucionales, arts. 35 (derecho al trabajo) y 38 (libertad de empresa)<sup>215</sup>, sino, también, lo establecido en los convenios ratificados por España, especialmente el Convenio 158 de la OIT<sup>216</sup>. El respeto a estas normas se manifiesta en cuanto, por un lado, exige la existencia de una causa que justifique la medida colectiva no siendo suficiente el arbitrio empresarial -manifestación de la defensa del derecho al trabajo-; y, por otro, permite la reacción del trabajador frente a la decisión unilateral del empresario -permitiéndole acudir a los tribunales que examinarán las causas invocadas para justificar la medida-.

#### **2.4. Conexión de funcionalidad o razonabilidad**

La objetivación de las causas, analizada, ha determinado que jurisprudencia y doctrina, se planteen la subsistencia, tras la reforma, de lo que en terminología jurisprudencial se ha dado en llamar la conexión de funcionalidad o instrumentalidad.

Antes de la reforma, la jurisprudencia<sup>217</sup> recogía la conexión de funcionalidad refiriéndose a tres elementos: el supuesto de hecho, entendido como la situación negativa de la empresa; la finalidad asignada

---

<sup>215</sup> STC de 22 de enero de 2015, rec. 5.610/2012.

<sup>216</sup> Convenio 158 de la OIT, arts. 4, 8 y 9.

<sup>217</sup> Por todas, la STS de 29 de septiembre de 2008, cuando señala: “...la justificación de un despido objetivo económico tiene que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: el supuesto de hecho que determina el despido -«la situación negativa de la empresa»-, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) y «la conexión de funcionalidad o instrumentalidad» entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.”



a la extinción, como medida para superar esa situación; y, la conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y su finalidad.

Tras la reforma, hay quienes entienden que la conexión de funcionalidad o instrumentalidad desaparece, cuestión que puede analizarse desde dos perspectivas: jurisprudencial y doctrinal.

No han faltado sentencias que entienden que la reforma suprime la conexión de funcionalidad. En este sentido es de destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2012 rec. 22/2012<sup>218</sup>, que sostiene que la reforma deja subsistente la acreditación de la causa pero suprime la conexión funcional. Argumenta que, habiéndose cumplido los requisitos formales, son los resultados económicos los que han de tomarse en consideración a efectos de decidir si se acredita o no la causa económica alegada apoyándose en la desaparición -en el texto del art. 51- de toda referencia a que los resultados desfavorables puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Sostiene que la

---

<sup>218</sup> En este sentido, la STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012 (proced. 22/2012), al decir: *"En cuanto a la situación económica a valorar, como ya se ha expuesto razonadamente, sí han quedado cumplidos los requisitos formales. En consecuencia, serán los resultados de todas las empresas del grupo los que habrán de considerarse a efectos de decidir si se acredita o no la causa económica alegada, actualmente definida en el art. 51.1 del ET en su redacción dada por el RDL 3/12: «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos». Ha desaparecido de la redacción legal la referencia a que los resultados desfavorables puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo, y asimismo se ha suprimido la necesidad de justificar que de esos resultados se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. La jurisprudencia venía distinguiendo entre la acreditación del factor desencadenante o concurrencia de los hechos en que consisten las causas alegadas - lo cual era objeto de prueba en el sentido estricto - y la justificación de la llamada «conexión instrumental o funcional» entre la decisión de despido y la finalidad de la extinción del contrato de trabajo, lo que ya no era una prueba procesal, sino más bien la aportación de indicios y argumentaciones suficientes para llevar a cabo una ponderación judicial (sentencia del TS de 29-9-08). La redacción del RDL 3/12 deja subsistente solamente la acreditación de la causa alegada pero suprime lo relativo a la conexión funcional. A tenor de lo declarado en el hecho probado 10º ha quedado acreditada la causa económica, ya que concurre una situación de pérdidas económicas graves y continuadas y un descenso de ventas constante en los últimos ejercicios una vez analizados los datos de todo el grupo, y no solo los de la empresa solicitante del expediente. En este sentido la empresa habría acreditado la concurrencia de la causa económica esgrimida y procedería la declaración de que la decisión es ajustada a derecho a tenor del art. 124.9 de la LRJS en su redacción del RDL 3/12."*

jurisprudencia distinguía entre la acreditación de las causas –como factor desencadenante que era objeto de prueba- y la conexión “instrumental o funcional” entre el despido y la finalidad perseguida con la extinción de los contratos, conexión que no podía ser objeto de prueba sino de ponderación judicial. Concluye que la reforma, al limitar la acreditación solo a la causa alegada, suprime la conexión funcional<sup>219</sup>.

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de julio de 2012 rec. 12/2012<sup>220</sup>, al entender que la redacción actual es más permisiva que la anterior y que al juzgador le corresponde aplicar la norma que, en la actualidad, omite toda referencia a la viabilidad o a la capacidad para mantener el volumen de empleo.

Sin embargo, la jurisprudencia se inclina mayoritariamente - después de la reforma-, por la subsistencia de la conexión de

---

<sup>219</sup> Así resultaba de la redacción dada a los párrafos 2º y 3º del art. 51 TRLET por el art. 2 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, *“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.”*

*“Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.”*

<sup>220</sup> La STSJ de Galicia de 6 de julio de 2012 (proced. 12/2012) dice: *“La redacción actual, reproducida al inicio del fundamento, es sustancialmente más permisiva. No corresponde al juzgador enmendar o corregir lo decidido por el legislador, sino aplicar en su medida la norma establecida, y si lo que ahora se exige son pérdidas actuales o previstas, o la disminución de ingresos o ventas, que se entienden se producen cuando ello sucede durante tres trimestres consecutivos, la situación de la empresa recogida en el hecho probado sexto es concordante con lo requerido en la norma, sin olvidar que no es una nueva situación deficitaria la que se examina, sino que viene precedida de una suspensión de los contratos de trabajo por causas económicas, lo que evidencia la persistencia de la disminución del nivel de ventas.”*

funcionalidad o, al menos, por la necesidad de acreditar que la medida sea racional y proporcionada.

Así lo recogen numerosos pronunciamientos judiciales, tales como las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012 rec. 167/2012, y 18 de diciembre de 2012, rec. 257/2012<sup>221</sup>. Señala ésta

---

<sup>221</sup> Lo recoge con claridad la SAN 18 de diciembre de 2012, rec. 257/2012 cuando, en su FD. SEXTO, señala: *“Como vemos, han desaparecido las justificaciones finalistas de la regulación precedente, que obligaban a la empresa a demostrar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar su posición competitiva en el mercado, cuando la causa era económica, o contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, cuando la causa era técnica, organizativa o de producción.”*

*“Sin embargo, la modificación legal no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.”*

*“Quienes mantienen la subsistencia de la conexión señalan los tres requisitos que son necesarios para la aplicación de la causa, a saber: la situación económica negativa como desencadenante; la amortización de varios o de todos los puestos de trabajo; la conexión de funcionalidad entre las extinciones de contratos y la superación de la situación negativa.”*

*“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 TRLET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa 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. - Por el contrario, deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.”*

*“La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.”*

*“Así pues, una vez acreditada la concurrencia de la causa económica o productiva, o de ambas a la vez, como sucederá en la mayoría de los supuestos, en tanto que la causa productiva se producirá normalmente en situaciones económicas negativas, el empresario deberá acreditar que el contrato ha devenido superfluo en términos económicos, porque ha perdido su relevancia económica para el empresario, o lo que es lo mismo que el contrato ha perdido su objeto y su causa, que son los presupuestos obligados para su permanencia, conforme a lo dispuesto en el art. 1.261 CC, lo que sucederá cuando la prestación de trabajo ha perdido su utilidad económica para el empresario por causas objetivas sobrevenidas, del mismo modo que el trabajador*

última, que la modificación llevada a cabo por la reforma omitiendo toda referencia a la justificación finalista no significa la desaparición de la conexión de funcionalidad dado que ahora las causas deben relacionarse con los contratos de trabajo que pretenden extinguirse, cumpliendo, con ello, lo dispuesto en el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que impone *“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.”*

El Tribunal Supremo, en dos sentencias de 2014<sup>222</sup>, desarrolla el principio de razonabilidad recogiendo los argumentos constitucionales e internacionales mencionados (art. 35 Constitución Española y arts. 4 y 9 Convenio 158), a los que viene a añadir el art.7 del Código Civil, que consagra la buena fe en el ejercicio de los derechos, planteando la apreciación en tres niveles:

1/ La existencia de la causa, con la facilidad que implica su objetivación y su no definición por resultado;

2/ La adecuación de la medida a los fines perseguidos; y

3/ La racionalidad entendida como la proporcionalidad de la causa con la medida adoptada.

---

*puede extinguir justificadamente su contrato de trabajo cuando el empresario no está en condiciones de proporcionarle trabajo efectivo o de retribuir su trabajo.”*

*“La prueba de la pérdida de eficacia económica del contrato de trabajo deberá relacionarse normalmente con el devenir de la actividad de la empresa, cuya evolución podrá comprobarse a través de la cifra de negocios, que forma parte de la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas, cuya finalidad, conforme a lo dispuesto en el art. 35.2 del Código de Comercio, es la identificación de los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre ventas, así como el IVA y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión, puesto que la evolución negativa de la actividad empresarial permitirá comprobar si la extinción de contratos se ajusta razonable y proporcionadamente a la misma.”*

<sup>222</sup> Véanse las SSTs de 23 de marzo de 2014 y 17 de julio de 2014, rec. 32/2014.

Resulta, en definitiva, que en la regulación actual el despido se justifica por la concurrencia de las causas y por la acreditación de que tales causas afectan a algunos contratos justificando su extinción. Así el art. 51.2 del TRLET, en la apertura del período de consultas, exige la identificación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados y así lo recogen las mencionadas sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012, rec. 167/2012 y de 18 de diciembre de 2012, rec. 257/2012.

En la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012, rec. 162/2012, se sentó el criterio de que la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de abril de 2016<sup>223</sup> señala, refiriéndose a la reforma de la Ley 3/2012, que puede afirmarse que no fue intención del legislador suprimir el juicio de funcionalidad ni el correspondiente de proporcionalidad, ni suprimir el juicio de causalidad, es decir, no basta con juzgar y acreditar la causa, sino que son necesarias la proporcionalidad y la funcionalidad en la valoración de la medida extintiva. En este sentido debe destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2016 que,

---

<sup>223</sup> La mencionada STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2016, rec. 1.014/2016 en su FD TERCERO, lo recoge al decir: *“Teniendo en cuenta la finalidad y espíritu que perseguía la norma, no es descabellado aseverar que a pesar de lo que recoge el preámbulo de la Ley citada, la intención del legislador no fue nunca extraer de las competencias de los Juzgados de lo Social la necesidad de hacer el correspondiente juicio de funcionalidad ni el correspondiente de proporcionalidad, ni suprimir el juicio de causalidad. Es importante destacar entonces que el juicio de causalidad, que es el único que parece que no se ha visto directamente afectado debe venir acompañado tanto del juicio de conexión o de funcionalidad -conexión, relación o eficacia de la situación acreditada por la empresa con la extinción del contrato de trabajo acordada-, con el juicio de proporcionalidad, es decir con la relación que debe haber entre la medida adoptada y el fin perseguido. Piénsese, que de no poder hacerse por los órganos de esta jurisdicción social este tipo de valoraciones se podría llegar al absurdo de que unos cambios irrisorios en la situación económica de la empresa o en su organización y producción, pudieren servir sin más para justificar una decisión extintiva injusta o incluso para avalar la extinción de un contrato, cuando probado el cambio, el despido ninguna relación tenía con el cambio adoptado.”*

utilizando como criterio la razonabilidad, considera no ajustado a derecho un despido colectivo planteado por la pérdida de una contrata, pero en el que la mayor parte de los trabajadores despedidos no estaban adscritos a la contrata perdida sino a otros servicios de la empresa.

Doctrinalmente, se puede afirmar con MERCADER UGUINA y PUEBLA PINILLA<sup>224</sup>, que el enjuiciamiento queda limitado, primero a la acreditación de los hechos que demuestran la situación económica negativa; segundo, a la determinación de la manera en que la situación descrita incide en los contratos y es la causa de su extinción; tercero, como remedio excepcional, considerar no ajustadas a la legalidad aquéllas que supongan un abuso de derecho.

En todo caso, aunque se entendiera que con la reforma se produce, efectivamente, la desaparición de la conexión de funcionalidad y, consecuentemente, de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, éstos podrían encontrar acomodo, según dichos autores, por la vía de la teoría general del abuso del derecho actuando como límite infranqueable en el ejercicio de todo derecho subjetivo.

Señalan MERCADER UGUINA y PUEBLA PINILLA<sup>225</sup>, *“la lógica de lo razonable remite al sentido común como elemento subyacente en todo componente del Derecho o aplicación del mismo y, por tanto, introduce en la decisión judicial componentes de valoración y corrección ética difícilmente aceptables. La mencionada noción incorpora un elemento de incertidumbre no asumible por incontrolable”*.

CERVERA SOTO y CID BABARRO<sup>226</sup> destacan que la doctrina jurisprudencial mayoritaria exige, no solo la acreditación de las causas sino, además, la razonabilidad y justificación de la medida.

---

<sup>224</sup> MERCADER UGUINA, J.R y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de...*, op. cit., página 48.

<sup>225</sup> MERCADER UGUINA, J.R y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de...*, op. cit., páginas 46 y 47.

<sup>226</sup> CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C., *El despido colectivo claves prácticas y análisis jurisprudencial*, Ed. Lex Nova, Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2016, página 48, *“Así pues, los intentos de lograr que el*

En el mismo sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN<sup>227</sup>, al entender que el empresario, además de demostrar la causa, deberá acreditar la razonabilidad de la medida para afrontar la causa alegada.

En parecidos términos, MARTÍN FLOREZ señala, *“En definitiva, si bien la reforma suprime la necesidad de tener que acreditar la influencia de la medida extintiva para el futuro de la empresa, no desaparece la exigencia de demostrar el nexo entre los despidos y las razones en que estos se justifican”*<sup>228</sup>. Valora la autora la evolución jurisprudencial, desde las sentencias que se limitan a la comprobación de las causas sin valorar razonabilidad ni proporcionalidad -sentencias (algunas ya mencionadas), del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 y de 19 de julio de 2012 y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio y 25 de octubre de 2012-, hasta las sentencias en las que, no solo se comprueban las causas, sino que se valora la adecuación y proporcionalidad -sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012, 11 de marzo de 2013 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de abril de 2013 (Telemadrid)-.

Del estudio realizado, puede concluirse que la conexión de funcionalidad no desaparece con la reforma, sino que cambia su concepto en el sentido de que, en la redacción del art. 51 dada por la Ley 35/2010, la conexión de funcionalidad tenía un carácter instrumental o finalista, al

---

*control judicial se limitare a la mera constatación de los hechos, como se ha indicado antes, lo cierto es que la mayoría de la doctrina judicial viene exigiendo la necesidad de que el empresario acredite, no solo la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino la razonabilidad y justificación de la medida adoptada.”*

<sup>227</sup> En el mismo sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I., “La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos.” *Actualidad Laboral*, número 9, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Mayo 2012, página 1.016, tomo 1, Ed. Wolters Kluwer “Desde esta perspectiva es difícil, e incluso improbable, que deje de exigirse que el despido colectivo sea, en la relativamente consolidada expresión jurisprudencial, una «medida racional» y proporcionada. Una cosa es que el juez o tribunal laboral no pueda ni deba sustituir al empresario y otra que el empresario, una vez probada la concurrencia de la causa, esté completamente eximido de tener que acreditar que la decisión extintiva es «una medida racional», en sí misma y en sus dimensiones, para afrontar la causa alegada.”

<sup>228</sup> MARTÍN FLOREZ, L., *La aplicación práctica de la reforma laboral, un estudio de la ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, (MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., directores), Ed. Lex Nova Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2013, Capítulo: 7 “El procedimiento de despido colectivo, suspensión y reducción de jornada”, página 191.

exigir a la empresa la acreditación de que la medida colectiva adoptada afectaba a "*...su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo...para preservar o favorecer su posición en el mercado*" –si las causas eran económicas–, o para "*prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar la situación de la misma...[que] favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*"<sup>229</sup> –cuando las causas sean técnicas, organizativas o de producción–.

En la redacción actual, la conexión de funcionalidad tiene un carácter justificativo de la medida adoptada y de su aplicación a determinados trabajadores.

La objetivación de las causas, analizada en el epígrafe anterior, íntimamente ligada con la conexión de funcionalidad, determina que se exija, no para justificar la pervivencia o el equilibrio productivo empresarial, sino para justificar qué contratos de trabajo son objeto de extinción, es decir, para justificar por qué la medida afecta a determinados trabajadores o a determinados puestos de trabajo.

La empresa deberá acreditar la acomodación de la extinción de los contratos de trabajo a las causas alegadas, causas que no obstante ser objetivas, son las que fundamentan la extinción de los contratos concretos afectados por la medida.

Esta conexión tiene su primera manifestación y actuación en el propio periodo de consultas. La empresa tendrá que defender la existencia de la causa alegada y la racionalidad y proporcionalidad de la medida propuesta –la extinción de cierto número de contratos–.

Así resulta implícitamente de la Directiva 98/59 y del art. 51 del TRLET, las consultas versarán (en ambos textos) "*...sobre las posibilidades de*

---

<sup>229</sup> Cfr. con la redacción dada a los párrafos 2º y 3º del art. 51 TRLET por el art. 2 de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.



*evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...".* Toda consulta o negociación sobre la adopción de la medida colectiva pasará, obviamente, por la justificación empresarial de la causa y de la acomodación a ésta de la medida propuesta.

De entenderlo de otro modo, el período de consultas carecería de razón de ser dado que, probada la causa, la decisión sería correcta en todo caso y facultaría al empresario para llevarla a cabo.

Igualmente carecerían de razón de ser las exigencias formales, contenidas en el art. 51.2 del TRLET, en cuanto impone la determinación del número y clasificación profesional de los afectados y de los criterios tenidos en cuenta para la designación de tales trabajadores

De todo lo anterior, puede concluirse que el poder judicial no puede limitarse exclusivamente a la comprobación de las causas alegadas por la empresa, dado que supondría ir contra el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, principio indiscutido que no queda limitado tras la reforma, así como supondría, también, ir contra la letra y el espíritu del TRLET.

## **2.5. Documentación**

La entrega de documentación, que el legislador impone a la empresa, tiene un carácter netamente garantista, lo que se pone de manifiesto en la LRJS, art. 124.13.a), 3º, al calificar como despido nulo, además de los que lo sean por los motivos generales, "*...únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores ...*", redacción con la que el Derecho español recoge, tanto el Convenio 158 de la OIT, como la Directiva 98/59.

El Convenio y la Directiva citados entienden, como premisa básica de la negociación -de la negociación de buena fe-, que ésta sea informada, es decir, que se disponga de toda la documentación que permita conocer la situación real de la empresa y posibilite llegar a acuerdos, información que deberá versar sobre las causas en las que se fundamenta el despido colectivo y las que acrediten la adecuación de las medidas propuestas<sup>230</sup>. En caso contrario, si la documentación no permite que se alcancen los objetivos del periodo de consultas, el despido será nulo<sup>231</sup>.

A la vista de la regulación legal podemos distinguir entre la documentación general y la documentación específica según la causa alegada.

### **2.5.1. Documentación general**

El art. 51.2, párrafo 6º del TRLET exige que la comunicación dirigida a los representantes de los trabajadores vaya "*...acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.*", manteniendo, como señala POSE VIDAL<sup>232</sup>, la clásica distinción entre la documentación descriptiva -la memoria explicativa- y la documentación acreditativa o justificativa -la documentación contable y fiscal y los

---

<sup>230</sup> Véanse la SAN de 11 de noviembre de 2014, proced. 251/2014, y concordantes, SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 y STS 25-06-2014, rec. 165/2013).

<sup>231</sup> Así resulta, legalmente de lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS; jurisprudencialmente de numerosas sentencias, tanto del Tribunal Supremo, SSTS de 30 de junio de 2011, de 18 de enero de 2012 y de 23 de abril de 2012; como de la Audiencia Nacional, SSAN 7 de diciembre de 2012, proced. 243/2012, de 19 de diciembre de 2012, proced. 251/2012, de 24 de febrero de 2014, proced. 493/2013 y de 28 de marzo de 2014, proced. 44/2012.

<sup>232</sup> POSE VIDAL, S., Director, GODINO REYES, M., en VVAA, "*Tratado de despido colectivo*", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016, página 265.

informes técnicos, en los términos que reglamentariamente se establezcan-.

El RPDC dedica el art.3 a la documentación común a todos los despidos colectivos, recogiendo en los artículos siguientes las especialidades de cada una de sus causas.

Como documentación común a todos los despidos, el art. 3.c), recoge: a) La especificación de las causas del despido colectivo; b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma; c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, desglosada, en su caso, por centro de trabajo y, si hubiere lugar, provincia y comunidad autónoma; d) Período previsto para la realización de los despidos; e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos; f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

El propio art. 3 dispone que esta documentación general, debe ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido, cuya importancia ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia<sup>233</sup>,

---

<sup>233</sup> Así, entre otras, la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012, se refiere a la memoria señalando *"...De lo anterior ya se concluyen una serie de incumplimientos por cuanto la memoria de causas es sumamente genérica sin indicación de cifras, datos económicos o previsiones, no completándose la misma siquiera con los anexos, inexistentes, ni con la documentación contable legalmente exigida, concretamente las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante o si la empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, la aportación de la declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría."*

calificando de incumplimiento cuando tal memoria es genérica y carente de datos y no va acompañada de la documentación contable necesaria.

En relación a la documentación es importante señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014, rec. 488/2013<sup>234</sup>, que señala que en la valoración de la documentación deben utilizarse dos criterios:

1/ Un criterio finalista que obliga a la empresa a proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines, entendiendo por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva, la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil;

---

<sup>234</sup> La STS de 15 de octubre de 2014, rec. 488/2013, FD DECIMOSEXTO.- *“La nulidad que se predica en demanda por falta de aportación de información y documentación relevante debe analizarse partiendo de criterios ya consolidados al respecto por este Tribunal y el Tribunal Supremo (entre otras la reciente de 18-7-2014 rec 303/13) y que se han condensado entre otras en nuestra SAN de 29-7-14 autos 145/14 en la que dijimos: Cuando en sede judicial se han invocado defectos en relación con la información empresarial proporcionada, los tribunales se han guiado aplicando los siguientes criterios generales: - criterio finalista (del que serían exponente SAN 28-3-14 proc 44/14 SAN 13-5-13 proc 89/13): estamos ante una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. - Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263). - Y derivado del anterior, un criterio antiformalista (del que sería exponente la STS 27-05-2013, rec. 78/2012): 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, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]. Partiendo de ambos pilares que podrían sintetizarse en que la información exigible es la necesaria para que el período de consultas pueda alcanzar su objetivo negocial, deviene imprescindible a los efectos de invocar la falta de información como causa de nulidad, art. 124 LRJS en su apartado 13.a) 3º en relación con el apartado 2.b), que tales carencias se hayan planteado por la representación de los trabajadores en el citado periodo consultivo y a fin de que los defectos se subsanen adecuadamente. Es entonces, cuando el empresario, incumpliendo su deber informativo, habría perjudicado irremisiblemente el objetivo negociador previsto en tan trascendental trámite. Y ello por cuanto la nulidad viene justificada, tal como indica la STS 21-5-14 rec 182/13 porque el empresario no proporcione a los representantes de los trabajadores la información suficiente para poder negociar con cabal conocimiento de la situación de la empresa y de las causas que alega para proceder al despido colectivo.”*

2/ Un criterio antiformalista, al entender que la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor *ad solemnitatem*, y no toda ausencia documental ha de producir la declaración de nulidad.

La aportación de documentos y de información necesaria durante el período de consultas, según reiterada jurisprudencia<sup>235</sup>, hace referencia a la necesidad de facilitar a la representación de los trabajadores la documentación e información que les permita conocer las razones que alega la empresa y posibilite formular propuestas. La información es, por ello, un presupuesto ineludible del período de consultas.

Cierto es que la exigencia legal puede ser un tanto indeterminada, así la Directiva 98/59, art. 2.3.a) indica que el empresario deberá *"proporcionarles [a los representantes de los trabajadores] toda la información pertinente"*.

Lo mismo resulta de los arts. 51.2 TRLET y 4.2 del RPDC. La información es un presupuesto ineludible que permitirá a los representantes de los trabajadores adquirir un conocimiento cabal de las circunstancias concurrentes, y en razón a ellas, plantear sus propuestas. La exigencia legal es, sin embargo, ciertamente indeterminada.

Parece claro que la empresa habrá cumplido su obligación de información si entrega toda la prevista en el RPDC. Podrá, además, aportar toda la que tenga por conveniente. Serán los representantes de los trabajadores los que, caso de considerar que la información recibida es insuficiente, deberán reclamar a la empresa la información relevante de la que carezcan. En orden a tal reclamación es importante la sentencia

---

<sup>235</sup> En este sentido, son destacables por su especial importancia la reciente STS de 8 de noviembre de 2017, rec. 25/2017, que recoge las SSTS de 13 de julio de 2017, rec. 25/2017 y la de 23 de noviembre de 2016, rec. 94/2016, entre otras.

del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, rec. 323/2014, asunto "Panrico" que determina que la carga de la prueba para acreditar la necesidad de la documentación reclamada corresponderá a los representantes de los trabajadores. Corresponderá a la empresa, caso de no aportarse la documentación exigida legal o reglamentariamente, probar que la falta de aportación no impidió alcanzar los fines propios del periodo de consultas<sup>236</sup>.

En todo caso, es presupuesto constitutivo de la aportación empresarial de documentación, que tal documentación exista y que obre en poder del empresario no siéndole exigible, por obvias razones, la aportación de documentos inexistentes, o la elaboración de documentos a requerimiento de los representantes de los trabajadores, petición que rebasaría la exigencia de buena fe impuesta al empresario<sup>237</sup>.

La determinación de los documentos a que alude el legislador no tiene, como se ha dicho y según opinión pacífica –sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014, rec. 488/2013-, carácter *ad solemnitatem*, por lo que no cualquier ausencia documental justifica la nulidad, excluyéndose de tal efecto la no entrega de documentos respecto de los cuales se ponga de manifiesto su intrascendencia a los efectos pretendidos por el legislador, es decir, siempre que la documentación aportada permita llevar a cabo la negociación adecuada en la búsqueda de un acuerdo<sup>238</sup>, o, como dice el art. 51.2 TRLET, que permita debatir "sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos o atenuar sus consecuencias".

De todo ello resulta que, cumplida la finalidad de que los representantes de los trabajadores tengan la información suficiente para

---

<sup>236</sup> Véase la SAN de 11 de noviembre de 2014, proced. 251/2014.

<sup>237</sup> SAN de 11 de noviembre de 2014, proced. 251/2014.

<sup>238</sup> Véanse las SSTS de 27 de mayo de 2013, rec.78/2012; 16 de junio de 2015, rec. 273/2014; 23 de septiembre de 2015, rec.64/15; 29 de junio de 2015, rec.1/2015; 20 octubre de 2015, rec. 181/2014.

conocer las causas y afrontar el período de consultas con la información pertinente, la nulidad solo podrá tener lugar si la insuficiencia de los documentos impide obtener el fin perseguido por el legislador.

Fijada la documentación general, el RPDC se refiere a la documentación que es necesaria en cada una de las causas.

## **2.5.2. Documentación según la causa alegada**

Al analizar la documentación que ha de presentarse en los despidos colectivos debemos distinguir, siguiendo al RPDC<sup>239</sup>, varios supuestos en función de cuál sea la causa determinante del despido, es decir, según éste se produzca por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

### **2.5.2.1. Causas económicas**

El art. 4 del RPDC se refiere a la documentación que deberá acompañar a estas causas, al establecer que, en los despidos colectivos por causas económicas, el empresario incluirá una memoria explicativa que acredite los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa.

Este precepto distingue, de acuerdo con el concepto de causa económica del art. 51.1, párrafo 2º del TRLET, qué extremos deben acreditarse según que la decisión se base: en pérdidas actuales o

---

<sup>239</sup> El RPDC, ha sido modificado en este punto por la Disposición final cuarta de Ley 1/2014.

previstas; o en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas.

### **2.5.2.1.1. Pérdidas actuales**

Según el art. 4.2, "...el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviado<sup>240</sup>, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar

---

<sup>240</sup> A esa documentación se refiere el CC<sup>9</sup>, art. 35. "1. En el balance figurarán de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto. El activo comprenderá con la debida separación el activo fijo o no corriente y el activo circulante o corriente. La adscripción de los elementos patrimoniales del activo se realizará en función de su afectación. El activo circulante o corriente comprenderá los elementos del patrimonio que se espera vender, consumir o realizar en el transcurso del ciclo normal de explotación, así como, con carácter general, aquellas partidas cuyo vencimiento, enajenación o realización, se espera que se produzca en un plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del activo deben clasificarse como fijos o no corrientes. En el pasivo se diferenciarán con la debida separación el pasivo no corriente y el pasivo circulante o corriente. El pasivo circulante o corriente comprenderá, con carácter general, las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca durante el ciclo normal de explotación, o no exceda el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del pasivo deben clasificarse como no corrientes. Figurarán de forma separada las provisiones u obligaciones en las que exista incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento. En el patrimonio neto se diferenciarán, al menos, los fondos propios de las restantes partidas que lo integran. 2. La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados de explotación, de los que no lo sean. Figurarán de forma separada, al menos, el importe de la cifra de negocios, los consumos de existencias, los gastos de personal, las dotaciones a la amortización, las correcciones valorativas, las variaciones de valor derivadas de la aplicación del criterio del valor razonable, los ingresos y gastos financieros, las pérdidas y ganancias originadas en la enajenación de activos fijos y el gasto por impuesto sobre beneficios. La cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas así como el Impuesto sobre el Valor Añadido, y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión. 3. El estado que muestre los cambios en el patrimonio neto tendrá dos partes. La primera reflejará exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores. 4. El estado de flujos de efectivo pondrá de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio. 5. La memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales. 6. En cada una de las partidas de las cuentas anuales deberán figurar,



*auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.”* La expresión utilizada por el art. 4. 2, “en particular” deja abierta la puerta a cualesquiera otros documentos que quieran aportarse y que contribuyan a fijar una imagen fiel de la situación económica de la empresa<sup>241</sup>.

Según la fecha en la que se inicie el procedimiento de despido colectivo y la de cierre contable, la empresa dispondrá, o no, de la documentación definitiva o solo de documentación provisional<sup>242</sup>.

### **2.5.2.1.2. Pérdidas previstas**

Si se alegan pérdidas previstas, el empresario deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar, además, “...un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio

---

*además de las cifras del ejercicio que se cierra, las correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior. Cuando ello sea significativo para ofrecer la imagen fiel de la empresa, en los apartados de la memoria se ofrecerán también datos cualitativos relativos a la situación del ejercicio anterior. 7. La estructura y el contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente. 8. La estructura de estos documentos no podrá modificarse de un ejercicio a otro, salvo en casos excepcionales, siempre que esté debidamente justificado y se haga constar en la memoria.”*

<sup>241</sup> La documentación podrá ser abreviada de acuerdo con lo previsto en la Ley de sociedades de Capital.

<sup>242</sup> Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2013, rec. 225/2013 y, especialmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec 78/2012, en su FD QUINTO.- “1.- Razonada más arriba -fundamento tercero- la vigencia del art. 6 del RD 801/2011, cumple indicar con carácter previo a toda consideración sobre la documental aportada en el caso de autos, 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...”

“En esta misma línea ya se movía la STS 20/03/13 [rco 81/12], cuando afirmaba que «... la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] 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. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la 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, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...»...”

*de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.”*, debiendo aportar todos los datos relevantes de que pueda disponer.

El RPDC, siguiendo al propio art. 51 del TRLET, omite toda referencia a la razonabilidad de la medida que recogía su art. 6, en la redacción dada por el RD 801/2011.

En cuanto al informe técnico, no precisa el RPDC por quién debe ser emitido, es decir, si lo pueden emitir los propios técnicos de la empresa o debe emitirlo un auditor o un profesional contable externo a la propia empresa.

ALCAZAR ORTIZ<sup>243</sup> apoyándose en el Criterio Operativo número 92/2012 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, entiende que los técnicos de la empresa serán los mejores conocedores de la situación debiendo elaborarlo, eso sí, con todo rigor para que sea válido. Señala que el informe podrá formar parte de la memoria explicativa, pero sin perder su identidad como tal informe técnico.

En el mismo sentido, MERCADER y DE LA PUEBLA<sup>244</sup> señalan que podrá realizarlo un técnico económico financiero externo o perteneciente a la empresa, no exigiéndose la elaboración por un auditor externo, pero,

---

<sup>243</sup> ALCAZAR ORTIZ, S., *El despido colectivo ...*, op. cit., página 177.

<sup>244</sup> MERCADER UGUINA, J. Y PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de...*, op. cit., página 88, “Aunque la norma no precisa que se trate de un informe separado e incluso el Criterio Técnico 92/202 de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, considera que podría formar parte de la Memoria Explicativa, razones prácticas y de ulterior control judicial, recomiendan que el referido “informe técnico” se configure como documento distinto y diferenciado de la Memoria. Dicho informe podrá acompañarla pero, en ningún caso, podrá entenderse que queda subsumida en ella por lo que resulta recomendable respetar su carácter propio y diferenciado.”

“El informe técnico por un perito económico financiero externo o por la propia empresa. No es necesario, por tanto, que estemos ante un informe de una empresa auditora o de un profesional ajeno a la empresa. No obstante, razones de orden práctico recomiendan el recurso a profesionales imparciales para dotar de plenas garantías las afirmaciones en él contenidas.”

a diferencia del anterior, recomiendan que el informe sea un documento distinto y diferenciado de la Memoria.

Este criterio es el más seguro, la memoria deberá ser independiente del informe técnico, en cuanto que éste depende de datos absolutamente objetivos, en tanto que aquélla depende de las pérdidas previstas, basadas no en datos económicos objetivos y contrastables, sino apreciaciones y valoraciones sobre datos no necesariamente y no exclusivamente de carácter económico.

A la importancia del informe, se refiere la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012<sup>245</sup>, a la vista de la cual resulta evidente que no es ineludible.

No obstante, si el informe técnico viene referido a pérdidas previsibles, siempre vendrá influido por un carácter subjetivo que provoca una cierta incertidumbre a la hora de negociar y de llegar a acuerdos.

### **2.5.2.1.3. Disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas.**

Si se alega disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, el RPDC impone al empresario la obligación de aportar toda la documentación económica y además *"...la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas*

---

<sup>245</sup> Señala la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012, FD SEGUNDO, *"...Es cierto que no se ha presentado tal informe, pero ello carece de relevancia ante la acreditación de las pérdidas ya producidas, resultando indispensable si la empresa se hubiera basado solamente en las pérdidas futuras..."*

*registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior”*, según señala el art. 4.4.

No precisan el TRLET ni el RPDC qué documentación es la que debe presentarse. Parece obvio que será aquella que permita a los representantes legales de los trabajadores conocer la situación real y a la autoridad judicial valorarla, en su caso, pero teniendo en cuenta que la documentación deberá ser completa y exhaustiva para dar cumplimiento al art. 4. 4 del RPDC.

Así, la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012, al calificar como incumplimiento la aportación de una memoria de causas sumamente genérica, sin indicación de cifras, datos económicos o previsiones concretas, sin completarlo con anexos, ni con la documentación contable legalmente exigida, concretamente las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, concluye<sup>246</sup> que esas carencias determinan que no se haya cumplido con el procedimiento exigible.

Tampoco determina el art. 4.4 del RPDC, cómo computar los tres trimestres a que alude.

En la práctica se han planteado algunas dudas. La primera si los trimestres -partiendo de que un año tiene cuatro trimestres- han de ser naturales. Parece segura la opinión de MERCADER UGUINA y DE LA

---

<sup>246</sup> La STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012, concluye en FD SEGUNDO , *“En definitiva, la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible: a) por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general; y b) por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa.”*

*“En consecuencia, conforme establece el art. 124.9 LRJS la decisión extintiva adoptada por la empresa es NULA al no haberse respetado el art. 51.2 del ET cuando establece que «La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales 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», esto es, en el R.D. 801/2011. También se incumplen, por correlación normativa, la Directiva 98/59 y Convenio 158 OIT.”*

PUEBLA PINILLA<sup>247</sup> quienes entienden que la norma se refiere a nueve meses consecutivos. Otros, como ALCAZAR ORTIZ<sup>248</sup>, entienden que la expresión se refiere a trimestres naturales. La opinión más razonable es entender que serán nueve meses consecutivos los que deban tomarse en consideración siendo irrelevante, a estos efectos, que coincidan, o no, con los trimestres naturales del año.

La segunda duda, si los tres trimestres deben sucederse sin interrupción, es decir, que deben ser consecuencia unos de otros, opinión indudable a la vista del texto del art. 51.1, y, sobre todo, a la vista de la definición que de "consecutivo" nos proporciona el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia de la Lengua<sup>249</sup>.

#### **2.5.2.2. Causas técnicas, organizativas o de producción**

Se refiere a ellas el art. 5 del RPDC al decir "*...incluirá una memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción que justifican el despido colectivo...*" exigiendo, además, que el empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, organizativas o de producción.

Como se dijo, conviene que la memoria y el informe técnico que acrediten la causa, sean documentos distintos e independientes, podrán estar unidos pero deben ser independientes.

---

<sup>247</sup> MERCADER UGUINA, J. Y PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de...*, op. cit., página 90.

<sup>248</sup> ALCAZAR ORTIZ, S., *El despido colectivo ...*, op. cit., página. 179.

<sup>249</sup> Diccionario de la lengua española, de la Real Academia de la Lengua, define consecutivo en sus dos primeras acepciones: "1. adj. Dicho de una cosa: Que se sigue o sucede sin interrupción. 2. adj. Dicho de una cosa: Que sigue inmediatamente a otra o es consecuencia de ella."

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2012<sup>250</sup>, se refiere a la necesidad de aportación de los informes técnicos señalando que su falta determinaría la nulidad del despido, nulidad salvada en el caso resuelto por dicha sentencia, por la existencia de la causa económica (respecto de la cual se cumplen todos los requisitos formales), por lo que la sentencia no declara la nulidad del despido.

Tampoco se refiere el precepto a quién debe elaborar el informe. Parece claro que deberá realizarlo la propia empresa sin necesidad de acudir a profesionales externos, pero, eso sí, acogiéndose a criterios objetivos que den a la información la entidad que el RPDC le atribuye.

---

<sup>250</sup> Así lo recoge la STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012, rec. 22/2012, en cuyo FD SEGUNDO, fine, señala, *“Por último, resulta exigible en los despidos por causas organizativas, técnicas o de producción, no solamente la memoria explicativa, sino también la aportación de los informes técnicos que acrediten en su caso la concurrencia de tales causas (art. 7.2 RD 801/11 en relación con art. 2.4 OEES 487/12). En su memoria explicativa, la empresa ha aducido una serie de causas de esta índole y sus consecuencias en cuanto al empleo, tales como el cierre de una nave y parte de otra, el cese de la fabricación de mobiliario de acero inoxidable, el cese de la preparación de bolsas para los componentes de las mamparas de baño, ciertas mejoras en los procesos productivos de fabricación de mamparas y de mobiliario.”*  
*“Pero en este aspecto la empresa METALKRIS S.A. ha omitido por completo el cumplimiento de su obligación, pues se ha limitado a la aportación de la memoria explicativa pero sin presentar informe técnico alguno sobre las circunstancias alegadas y su influencia en la reducción de puestos de trabajo. Tampoco en el acto del juicio lo ha presentado, basándose solamente en interrogatorio de testigos. Ello determinaría la nulidad de la decisión extintiva con arreglo al art. 124.9 LRJS por incumplimiento del art. 51.2 ET (ambos en la redacción del RDL 3/12), en relación con la norma reglamentaria, si solamente se hubieran alegado causas organizativas o de producción, y en el caso presente obliga a no tenerlas por acreditadas, debiendo ser consideradas solamente las de naturaleza económica.”*

## **CAPÍTULO II. COMPARACIÓN NORMATIVA NACIONAL – NORMATIVA EUROPEA**

### **1. Planteamiento**

El Derecho comunitario se aplica con preferencia a los ordenamientos de los estados miembros, incluso con preferencia a las normas con rango constitucional, razón por la que los jueces de los estados miembros deben conocerlo y aplicarlo, de modo inmediato si son normas que tienen un efecto directo, o mediante las normas del Ordenamiento español que las desarrollen e incorporen. Las dudas interpretativas que tales normas produzcan a los juzgadores de los estados miembros, serán resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En España, el art. 93 de la Constitución Española, se ocupa de la transferencia de competencias, tanto legislativas como jurisdiccionales, al prever la atribución a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

El estudio de la regulación del procedimiento de despido colectivo obliga a distinguir ambas normativas -europea y nacional-, al objeto de plantear las posibles discrepancias entre ambas y las posibles soluciones. La regulación del procedimiento de despido colectivo está compuesta, básicamente, por la Directiva 98/59, a nivel de la Unión Europea, y por el art. 51 del TRLET, a nivel nacional.

Las Directivas son disposiciones de Derecho comunitario vinculantes para los estados miembros en la consecución del resultado concreto en ellas previsto, pero dejando en libertad a cada estado miembro para elegir la forma y medios de llevarlo a efecto. El mecanismo

mediante el cual los estados miembros incorporan el contenido de la Directiva a su derecho interno recibe el nombre de trasposición. El incumplimiento de la Directiva, es decir, la falta o la inadecuada trasposición al derecho interno de cada estado, genera que las autoridades comunitarias, tanto ejecutivas como judiciales, puedan imponer medidas coercitivas al estado que no haya llevado a cabo la trasposición o lo haya hecho de modo incompleto o inadecuado.

## **2. Discrepancias entre ambas normativas**

La trasposición de la Directiva 98/59 al Derecho español ha planteado, y plantea, numerosas dudas relativas a si el TRLET se ajusta o no a la Directiva, la mayor parte de las cuales van siendo solventadas mediante la interpretación que la doctrina científica y los tribunales de justicia -españoles y comunitarios- vienen llevando a cabo.

Las dudas surgen, básicamente, por dos cuestiones: los criterios de cómputo y la unidad de referencia. En efecto, los aspectos que ofrecen mayores dudas acerca de si el art. 51.1 del TRLET se ajusta, o no, a la Directiva 98/59 son:

1º- Los umbrales que determinan la aplicación del procedimiento de despido colectivo, que el art. 1 de la Directiva 98/59, fija atendiendo a dos criterios de cómputo: cuantitativo -número de extinciones- y temporal -previendo periodos temporales de 30 o 90 días-.

2º- La determinación de la unidad de referencia que ha de tomarse en cuenta: el centro de trabajo (criterio del art. 1.1 de la Directiva 98/59) o la empresa (criterio del art. 51.1 del TRLET).



En la interpretación, superación y entendimiento de ambos problemas, han sido especialmente clarificadoras las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2015, C-80/2014, asunto Wilson y las dos sentencias de 13 de mayo de 2015, C-392/2013, asunto Rabal Cañas, y C-182/2013, asunto Lyttle, que permiten concluir que el art. 51.1 de TRLET se aparta de la Directiva 98/59, es decir, que el art. 51.1 no ha realizado correctamente la trasposición de la Directiva al ordenamiento interno. Ahora bien, de tal jurisprudencia puede extraerse la conclusión de que la Directiva establece una protección mínima<sup>251</sup> en materia de información y consulta de los trabajadores en los procedimientos de despido colectivo, que podrá ser superada por los ordenamientos nacionales cuando fijen medidas que supongan una mejora a lo dispuesto en aquélla.

Las razones que evidencian los defectos de la trasposición son:

- En primer lugar, la determinación de los umbrales. El art. 51.1 del TRLET no ha optado por ninguna de las dos posibilidades que recoge la Directiva en su art. 1.1<sup>252</sup>, sino que adopta un sistema híbrido mezclando los dos criterios de la Directiva –temporal y cuantitativo–.

---

<sup>251</sup> Así lo recoge la STJUE de 18 de enero de 2007, c-385/2005, en su apartado 44, establece: *“En segundo lugar, es preciso señalar que de los artículos 1, apartado 1, y 5, de la Directiva 98/59 se desprende que esta Directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores.”*

<sup>252</sup> Art. 1, *“1. A efectos de la aplicación de la presente Directiva:”*

*“a) se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:”*

*“i) para un período de 30 días:”*

*“- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,”*

*“- al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,”*

*“- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo; ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados; ...”*

Es decir, de las dos opciones previstas en la Directiva -que en treinta días afecte al número de trabajadores que fija en la escala, o en noventa afecte a veinte-, el art. 51.1 no recoge, como se dijo, ninguna o recoge ambas en cuanto las mezcla, es decir, establece el plazo de los noventa días (caso en el que en la Directiva basta con que afecte a veinte trabajadores) pero recoge la escala de la Directiva (escala que ésta contempla para los despidos producidos en treinta días).

Desde el punto de vista cuantitativo, solo podrá aplicarse la normativa del despido colectivo a centros de trabajo que empleen a más de veinte trabajadores, art. 1 de la Directiva, no estando el legislador nacional obligado a establecerlo en favor de centros de trabajo que empleen a un número menor de trabajadores.

Sin embargo, a la vista de su art. 5, queda a salvo que cada Estado pueda establecer un sistema más favorable incluyendo centros independientemente del número de trabajadores empleados en él.

- En segundo lugar, en cuanto a la unidad de referencia, el art. 51.1 del TRLET la desplaza del centro de trabajo -unidad de referencia utilizada por la Directiva- a la empresa en su conjunto -unidad de referencia del TRLET.

Este elemento, la unidad de referencia, es el que plantea mayores problemas interpretativos tanto en la jurisprudencia nacional como en la de la Unión Europea.

Así lo recoge con claridad del apartado 54 de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, C-392/2013, asunto Rabal Cañas<sup>253</sup>, que entiende que se opone a

---

<sup>253</sup> El apartado 54 de la STJUE de 13 de mayo de 2015, señala “*Por consiguiente, infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como*

la Directiva “...una normativa nacional que fije como única unidad de referencia la empresa y no al centro de trabajo...” impidiendo que se puedan calificar como despido colectivo, despidos en los que si se hubiera utilizado como unidad de referencia el centro de trabajo hubieran sido calificados como tales.

La jurisprudencia europea -las mencionadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>254</sup>-, salen al paso de diversas cuestiones que se habían suscitado en cuanto al centro de trabajo, cuestiones producidas por la circunstancia de que hay versiones nacionales que en la trasposición emplean el término centro de trabajo en plural refiriéndose, por tanto, a todos los centros de trabajo de una empresa.

Estas sentencias señalan los requisitos que debe reunir la unidad de referencia para ser considerada como un centro de trabajo, señalando como tales el apartado 49 de la sentencia Wilson, que se remite al apartado 27 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Athinaïki Chartapoïia, los siguientes: entidad diferenciada; con permanencia y estabilidad; adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas; que disponga de un conjunto de trabajadores; y que cuente con los medios técnicos y un grado de estructura organizativa.

### **3. Interpretación e integración entre ambas normativas**

Las contradicciones entre la Directiva y el TRLET plantean inevitablemente el modo de integrar la norma nacional.

---

*unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva.”*

<sup>254</sup> SSTJUE de 30 de abril de 2015, C-80/2014, asunto Wilson, 13 de mayo de 2015, C-392/2013, asunto Rabal Cañas, y C-182/2013, asunto Lyttle.

Para resolver la situación hay que partir de la doctrina del Tribunal Supremo consagrada, entre otras, en su sentencia de 8 de junio de 2016, rec. 207/2015, sobre la aplicación y alcance del principio de primacía y aplicación directa del Derecho de la Unión Europea frente a las legislaciones nacionales en caso de contradicción y sus efectos en los litigios entre particulares, pudiendo sentar los siguientes principios:

1/ Primacía del Derecho de la Unión sobre el ordenamiento interno, incorporado aquél a éste mediante la adhesión, producida en base a los arts. 93 y 96 de la Constitución Española.

2/ Prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la jurisdicción interna, art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vinculante para el Tribunal Supremo y para los demás tribunales de justicia españoles.

3/ La llamada eficacia directa del derecho derivado de la Unión Europea, es decir, la posibilidad de aplicación directa en los estados miembros se limita, técnicamente, a los Reglamentos por integrarse, desde su publicación, en los ordenamientos nacionales. Sin embargo, la jurisprudencia europea<sup>255</sup>, extiende la eficacia directa de las Directivas, que podrán aplicarse si no se ejecutan o se ejecutan de modo incorrecto por los Estados miembros. No obstante, esa eficacia directa debe limitarse, en principio, a la llamada eficacia vertical, la derivada de las relaciones entre la Administración Pública y un particular, no a la eficacia horizontal, es decir, a la producida en las relaciones entre particulares.

4/ Las consecuencias de la falta, o de la incorrecta incorporación de una Directiva al Derecho interno, tiene su instrumento de corrección en

---

<sup>255</sup>Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1974, Asunto C-41/74 Van Duyn.

lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denomina “*interpretación conforme*” debiendo, vistas la letra y la finalidad de la Directiva, interpretar el ordenamiento interno conforme a la regulación contenida en la Directiva.

Por tanto, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podemos señalar que si un Estado miembro no realiza la trasposición, o la lleva a cabo de forma incorrecta, para resolver la situación caben tres posibilidades:

a) Aplicación directa, eficacia vertical, en las relaciones Administración Pública del Estado y particulares.

b) En los litigios entre particulares, eficacia horizontal, interpretación conforme.

c) Si la interpretación conforme no es posible, el particular perjudicado podrá reclamar del Estado la indemnización de daños y perjuicios.

En todo caso la solución de las discrepancias -Directiva/ley nacional- tiene su vía más eficaz en la interpretación conforme, lo que plantea si cabe una interpretación del art. 51.1 del TRLET que sea conforme a la Directiva 98/59.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2016, C-441/2014, asunto Dansk Industri<sup>256</sup>, nos permite fijar una serie de principios de especial importancia:

---

<sup>256</sup> La STJUE de 19 de abril de 2016, C-441/2014, asunto Dansk Industri establece en sus apartados 29, 30 y 31: “29 A este respecto, en primer lugar, debe recordarse la reiterada jurisprudencia con arreglo a la cual, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deben resolver un litigio entre particulares en el que se pone de manifiesto que la normativa nacional controvertida es contraria al Derecho de la Unión, corresponde a dichos órganos jurisdiccionales asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto (véanse, en este sentido, las sentencias

Primero, si la norma nacional es contraria al Derecho de la Unión, son los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben asegurar la protección jurídica que se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión.

Segundo, la obligación de los estados miembros de alcanzar el resultado previsto en una Directiva obliga a todas sus autoridades, incluyendo las judiciales, a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, aplicando e interpretando el derecho interno a la luz de la Directiva, con la finalidad de alcanzar el resultado que ésta persigue, art. 288 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>257</sup>, criterio mantenido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2009, asunto C-12/2008, asunto Mono Car<sup>258</sup>.

---

*Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 111, y Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 45).*"

*"30 Si bien es verdad que, en el caso de un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia ha declarado, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, apartado 20, y Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 108), no es menos cierto que el Tribunal de Justicia también ha declarado repetidamente que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales (en este sentido, véanse, en particular, las sentencias von Colson y Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, apartado 26, y Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 47))."*

*"31 De ello se deduce que, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero (véanse, en particular, las sentencias Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartados 113 y 114, y Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 48))."*

<sup>257</sup> El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su art. 288 (antiguo art. 249 TCE), establece: "Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. ... La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios...."

<sup>258</sup> La STJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-12/2008, asunto Mono Car, establece en la declaración número 3): "El artículo 2 de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reduce las obligaciones del empresario que tiene la intención de proceder a despidos colectivos con respecto a las obligaciones establecidas en dicho artículo 2. Al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional debe, en virtud del principio de interpretación conforme del Derecho nacional, tomar en consideración el conjunto de normas de dicho Derecho e interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz

Todo ello evidencia que los tribunales de justicia españoles, dada la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>259</sup>, tienen el deber de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, utilizando como criterio de interpretación la finalidad perseguida por aquélla.

Esta interpretación conforme supondrá la modificación de la jurisprudencia reiterada, porque si los tribunales vinieran interpretando la norma nacional de modo incompatible con la Directiva, y teniendo en cuenta que el tribunal nacional no puede eludir la aplicación de esta, no podrá ampararse en que de modo reiterado se haya venido interpretando la norma nacional en determinado sentido<sup>260</sup>.

En la doctrina, PASTOR MERCHANT<sup>261</sup>, califica a la interpretación conforme como un auténtico principio general del Derecho.

Admitido todo lo anterior, el principio de interpretación conforme tiene límites, a saber: no puede suponer una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, como tampoco puede aplicarse cuando la norma de Derecho interno es contraria a la Directiva. Solo cabrá, por tanto, la interpretación conforme cuando la norma interna resulte confusa o incompleta y admita una interpretación adecuada a la finalidad perseguida por la Directiva.

---

*de la letra y de la finalidad de la Directiva 98/59 para alcanzar el resultado que ésta persigue. En consecuencia, le incumbe garantizar, en el marco de sus competencias, que las obligaciones que debe cumplir tal empresario no se reduzcan con respecto a las establecidas en el artículo 2 de dicha Directiva.*

<sup>259</sup> Lo consagra el art. 4 bis. "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea."

<sup>260</sup> Así lo establece el apartado 34 de la antes mencionada STJUE de 19 de abril de 2016, C-441/2014, asunto Dansk Industri: "Por lo tanto, el tribunal remitente no puede, en el litigio principal, considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, por el mero hecho de que, de forma reiterada, ha interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho."

<sup>261</sup> PASTOR MERCHANT, J.: "El incierto futuro del Despido Colectivo en España tras la Sentencia de 13 de mayo de 2015 del TJUE", en *Diario La Ley*, número 8.560, Sección Tribuna, 12 de junio de 2015, Ed. La Ley, 4065 2015, "El principio de interpretación conforme se ha erigido en un auténtico principio general del Derecho que resulta aplicable en todo momento por los órganos judiciales nacionales."

La interpretación conforme del art. 51.1 del TRLET la realiza con profundidad la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016, rec. 36/2016, partiendo de los criterios interpretativos del art. 1 Código Civil, y partiendo de que la intención del legislador nacional al trasponer al Derecho español la Directiva 98/59, fue la de cumplir plenamente con su contenido.

La sentencia señala que la interpretación teleológica de la reforma, analizados los fines o propósitos perseguidos por el legislador español, lleva a entender que el art. 51.1 ha pretendido cubrir una situación más favorable, no eludir el nivel mínimo de garantía que la Directiva establece en el centro de trabajo.

Asimismo, esta resolución señala que una interpretación sistemática del Derecho laboral español, nos lleva a la misma conclusión dada la confusión o la asimilación que nuestro derecho interno hace entre empresa y centro de trabajo.

Fijado el concepto de empresa en el art. 1.5 del TRLET<sup>262</sup>, en muchos preceptos se utiliza indistintamente los términos empresa y centro de trabajo, señalando la mencionada sentencia de 17 de octubre de 2016, que ello permite concluir que el TRLET no contrapone empresa y centro de trabajo sino que los asimila.

Así resulta de diferentes normas del TRLET reguladoras de distintas situaciones. Entre ellas:

- El propio art. 51 en su número 2, señala que si hay varios centros afectados la negociación "*...quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento*"<sup>263</sup>, lo que pone de manifiesto que el art. 51 no ha querido

---

<sup>262</sup> El art. 1.5 del TRLET, dispone: "A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral..."

<sup>263</sup> Cfr. art. 51.2 TRLET.



excluir el centro de trabajo, por lo que la extensión como unidad de referencia al centro de trabajo no supone una interpretación *contra legem*.

-El TRLET utiliza como unidad de referencia el centro de trabajo en numerosas situaciones de crisis empresarial –algunas de las cuales afectan también al despido colectivo–, así en el art. 41 en materia de modificaciones sustanciales del contrato de trabajo; el art. 47, en materia de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada, preceptos que ponen de manifiesto que el legislador español no ha querido excluir el centro de trabajo circunscribiéndose exclusivamente a la empresa.

- A estos argumentos vienen a unirse los arts. 63 y ss. del TRLET, relativos a los órganos de representación legal de los trabajadores aplicables a la empresa o al centro de trabajo.

-La Ley Orgánica de Libertad Sindical al hablar en su art. 8.1º del ámbito “de la empresa o centro de trabajo”<sup>264</sup>.

En la doctrina, PASTOR MERCHANTÉ<sup>265</sup> señala que, a pesar de la diferente unidad de referencia fijada por la Directiva y la establecida en el TRLET, y aunque en una gran parte de los supuestos coincidirá la calificación según una y otra normativas, el problema se plantea en los casos en los que una determinada situación se pueda calificar de «despido colectivo» conforme a la Directiva pero no conforme al art. 51 del TRLET.

---

<sup>264</sup> Cfr. art. 8.1º LOLS.

<sup>265</sup> PASTOR MERCHANTÉ, J.: “El incierto futuro...”, *op. cit.*, “En efecto, si tratásemos de representar mediante dos círculos secantes el ámbito de aplicación del concepto de «Despido colectivo» que recogen, respectivamente, el Estatuto de los Trabajadores y la Directiva europea, nos encontraríamos con que el primer círculo (definición contenida en el Estatuto de los trabajadores) sería considerablemente más amplio que el segundo círculo (definición contenida en la Directiva). La zona de confluencia de ambos círculos sería bastante amplia (la mayoría de los supuestos que constituyen «Despido colectivo» al amparo del estatuto de los Trabajadores lo constituyen también al amparo de la Directiva, y viceversa) pero nos encontraríamos a pesar de todo con algunos supuestos que son de «Despido colectivo» para la Directiva pero no para el Estatuto de los Trabajadores. Estos son, precisamente, los supuestos que son problemáticos desde la perspectiva del Derecho europeo, que implican que España no ha traspuesto adecuadamente la Directiva.”

Ante esta posible situación es destacable por acertada la opinión de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, quien señala que será el juez nacional el que deba decidir cuándo la aplicación del concepto centro de trabajo europeo resulta más beneficioso para el trabajador, admitiéndose cierta flexibilidad en el análisis<sup>266</sup>. En sentido parecido, como recomendación a quienes vayan a iniciar procedimientos de despido colectivo, se manifiesta GÓMEZ ABELLEIRA<sup>267</sup>.

De todo ello puede concluirse que la interpretación conforme permite afirmar que la ley española admite extender a la empresa la unidad de referencia sin que ello suponga la exclusión de los centros de trabajo concluyendo la sentencia que “...procede su aplicación no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que prestan servicio más de veinte trabajadores”<sup>268</sup>.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ entiende que la sentencia de 17 de octubre de 2016 ha reinterpretedado, limitando, el criterio de “interpretación conforme” señalando que el concepto centro de trabajo que recoge la Directiva 98/59 se refiere a aquéllos en los que prestan sus servicios habitualmente más de veinte trabajadores, sin que sea obligatorio para el ordenamiento nacional reconocerlo en favor de los que empleen a menos de veinte.

Así, desde el punto de vista cuantitativo esta nueva corriente jurisprudencial prevé la aplicación en centros de más de veinte

---

<sup>266</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El Despido Colectivo frente a la flexibilidad interna”, en *Revista de Derecho Social, RDDs*, número 2017/79, 2017, Ed. Bomarzo, páginas 37 a 62, cuando en su página 44 señala, “Ciertamente es el juez nacional el que debe comprobar y decidir cuando la adecuación a la aplicación del concepto “centro de trabajo” europeo resulta más beneficioso teniendo en cuenta las unidades productivas en cada caso, sin que deba descartar cierta flexibilidad en el análisis, siempre en aras de la verdadera finalidad social y protectora de la Directiva hacia los trabajadores.”

<sup>267</sup> Véase, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Empresa, centro de trabajo y despido colectivo. Comentario a la STJUE de 13 mayo 2015, asunto Rabal Cañas (C-392/13)”, BIB 2015\2565, *Revista de Información Laboral*, número 6/2015, Ed. Lex Nova.

<sup>268</sup> Así lo dice la STS de 17 de octubre de 2016, rec. 36/2016 en su FD NOVENO, número 6, *in fine*.

trabajadores. La expresión de la Directiva –sigue diciendo el alto tribunal– determina que “conforme al Derecho de la Unión el art. 51.1º ET obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59, esto es, aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores, al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo...”<sup>269</sup>

El matiz que contiene la sentencia 17 de octubre de 2016, y que supone, en opinión general, la superación de la Directiva por el derecho español, es que concluye que deben calificarse como despido colectivo “...tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores”<sup>270</sup>.

El análisis doctrinal y jurisprudencial realizado lleva necesariamente a la conclusión de que la trasposición al Derecho español de la Directiva 98/59 ha sido realizada incorrectamente.

El hecho de que la jurisprudencia y la doctrina, en base a la interpretación del artículo 5 de la propia Directiva, de acuerdo a la interpretación teleológica del art. 51 del TRLET, y en base a la doctrina de la interpretación conforme, salven la aplicación del art. 51 en su redacción actual no evita que sea necesaria la reforma de dicho artículo, de modo que recoja con claridad los umbrales, tanto cualitativos como cuantitativos.

Ello exige que, en una futura reforma del art. 51, se dé acogida expresamente al concepto centro de trabajo pudiéndose, incluso, adoptar acumulativamente ambos conceptos –centro de trabajo/empresa–,

---

<sup>269</sup> STS de 17 de octubre de 2016, rec 36/2016, FD NOVENO, número 7.

<sup>270</sup> STS de 17 de octubre de 2016, rec. 36/2016, FD DÉCIMO.

salvado hoy gracias al art. 5 de la Directiva, pero susceptible de ser incorporado de modo expreso en el art. 51, evitando dudas interpretativas y aplicativas en los tribunales de justicia y en la actuación de los particulares. Ciertamente es que el TRLET utiliza indistintamente, como se ha visto, ambos conceptos, pero lo correcto sería incorporarlo al texto de la ley para evitar dudas.

Fijada adecuadamente en el futuro la unidad de actuación, sobreviene el problema del número de trabajadores y el relativo al lapso de tiempo en el que deben producirse los despidos para considerarlos como colectivos.

La normativa nacional contenida en el art. 51, no contraría en este punto el tenor de la Directiva 98/59, en base al tan meritado art. 5, permitiendo que en el derecho español el despido tenga carácter colectivo aunque en un plazo de noventa días no alcance a los veinte trabajadores previstos en la Directiva, pero cumpliendo los tramos de trabajadores afectados que marca el propio artículo.

En definitiva, la Directiva marca el límite infranqueable dentro del cual pueden desenvolverse los ordenamientos de los estados miembros, que pueden establecer disposiciones más beneficiosas para los trabajadores que las establecidas en aquélla; es decir, la Directiva contiene un nivel de protección mínima, superable por las normativas nacionales.

La Directiva, por su parte, es criticable en el sentido de que no prevé el concepto de empresa, solo atiende al centro de trabajo, carencia que determina la necesidad de su rectificación futura dado que, circunscribir la valoración de los umbrales al centro de trabajo –y no a la empresa-, hace que a la Directiva se le escapen de su ámbito de aplicación supuestos en los que la medida empresarial no alcanza en cada

centro de trabajo a veinte trabajadores, pero si los alcanzaría en su cómputo a nivel global de la empresa.

Falta, por último, reflexionar sobre la corriente jurisprudencial española que exige que la medida alcance a veinte trabajadores, en el sentido de que existen dudas razonables relativas a si la Directiva –que como hemos dicho contiene una protección mínima- obliga a circunscribir el despido colectivo a centros de trabajo/empresas (en los términos analizados) de más de veinte trabajadores.

Los contundentes argumentos jurisprudenciales analizados, apoyados básicamente en el tenor literal de la Directiva, son, obviamente, son claros y solventes.

No obstante, hay otros argumentos que permiten discrepar del criterio jurisprudencial que circunscribe el concepto centro de trabajo a aquél que supere los veinte trabajadores.

Estos argumentos, todos ellos ya contemplados, son igualmente atendibles y permiten llegar a la conclusión contraria. Entre ellos pueden destacarse:

- La definición del centro de trabajo realizada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Athinaïki Chartapoïia*, (recogida por el Tribunal Supremo) solo se refiere a un conjunto de trabajadores, a una pluralidad de trabajadores que no cuantifica. Sería absurdo que el concepto de centro de trabajo viniera definido por el número de trabajadores que prestan servicios en el mismo.

- De igual modo, el propio art. 51.4 del TRLET al extender el concepto de despido colectivo a la extinción de contratos “...*que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados*

sea superior a cinco,..."<sup>271</sup>, no recoge el número de los veinte trabajadores recogido por la Directiva y sostenido por el Tribunal Supremo.

- La propia Directiva, cuando en su art. 5 permite introducir disposiciones "*más favorables para los trabajadores*"<sup>272</sup> y habida cuenta de que la reglamentación del despido colectivo supone una protección superior para aquéllos, determina que una normativa menos exigente en cuanto al número de trabajadores afectados, que determine el carácter colectivo del despido, lejos de contrariar la letra y la finalidad de la Directiva, lo que hace es extenderla a centros de trabajo menores, con lo que ello implica de garantía para los trabajadores.

- Por último, como ha quedado establecido, la Directiva constituye una protección mínima, superable por los ordenamientos nacionales siempre que éstos respeten la letra y la filosofía que aquélla contiene, superación que, en este punto realiza la legislación española.

Por ello, la norma española será salvable siempre que de aplicar el cómputo a la unidad de referencia empresa, dé lugar a la aplicación de las normas de procedimiento de despido colectivo, no siendo salvable, obviamente, en el caso contrario, cuando la utilización de la empresa como unidad de referencia impida acudir a dicho procedimiento.

---

<sup>271</sup> Cfr. art. 51.1, párrafo 4.

<sup>272</sup> Art. 5, "*La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores.*"



## **TERCERA PARTE: PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: FASES**

El procedimiento de despido colectivo se lleva a cabo a través de tres fases perfectamente diferenciadas, a saber: la fase inicial; la fase de negociación, o fase colectiva- y la fase final o fase individual.

### **CAPÍTULO I. FASE INICIAL**

#### **1. Iniciación**

Desde la reforma llevada a cabo en el año 2012, la iniciativa en el despido colectivo corresponde al empresario al haber desaparecido la posibilidad que preveía el art. 51.9 del TRLET de que la incoación del expediente de regulación de empleo fuera instada por los representantes de los trabajadores cuando *"... racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación."*<sup>273</sup>, posibilidad que desaparece, como señala CABEZA PEREIRO<sup>274</sup>, al perder la autoridad laboral la capacidad decisoria que había venido ostentando desde 1.944.

---

<sup>273</sup> 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, art. 51, 9. *"Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación."*

*"En tal caso, la autoridad laboral competente determinará las actuaciones y los informes que sean precisos para la resolución del expediente, respetando los plazos previstos en el presente artículo."*

<sup>274</sup> CABEZA PEREIRO, J., "La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos:", *Revista de Derecho social*, número 57, 2012, Editorial Bomarzo, Albacete, *"En este cambio, ha desaparecido el*



El inicio del procedimiento de despido colectivo corresponde, por tanto, al empresario quien deberá comunicarlo a los trabajadores y a la autoridad laboral. El procedimiento se inicia con las comunicaciones empresariales que prevé el TRLET.

Aunque se han planteado dudas doctrinales acerca de si el TRLET prevé dos comunicaciones empresariales o una sola, a la vista, tanto del art. 51.2 TRLET, como de los artículos 2 a 6 del RPDC, podemos afirmar que son dos las comunicaciones que deben tener lugar:

- La comunicación fehaciente de *"...su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo..."*;

- La comunicación formal del *"...inicio del período de consultas"*.

Es de advertir que el TRLET exige fehaciencia en la comunicación de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo, mientras que en la comunicación de la apertura del período de consultas dice textualmente *"...podrá comunicarlo formalmente"*.

El criterio más seguro es entender que ambas notificaciones deben ser fehacientes. En cuanto a la comunicación del inicio deberá serlo, al menos, la dirigida a los representantes de los trabajadores, dado que la comunicación empresarial dirigida a la autoridad laboral, a tenor del art. 1.227 del Código Civil -que se refiere a los documentos privados de fecha fehaciente-, adquirirá fehaciencia, en cuanto a su fecha, desde que sea recibida por la Administración.

La diferencia entre ambas comunicaciones es perfectamente clara: a la comunicación fehaciente de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo se refiere el TRLET con el imperativo *"deberá"*; a la

---

*expediente que se instaba a iniciativa de los representantes de los trabajadores, como consecuencia lógica de la pérdida de funciones decisorias por parte de la autoridad laboral"*, página 185.

comunicación formal del inicio del período de consultas se refiere el TRLET con el futuro “*podrá*”, siendo imperativa la primera comunicación y potestativa la segunda para el caso de que la empresa, efectivamente, se decida a poner en marcha el procedimiento de despido colectivo.

A continuación, se analizan las dos comunicaciones.

## **2. Comunicación de la intención**

A la vista del art. 51.2, 3º del TRLET, algunos autores como DEL REY GUANTER<sup>275</sup>, consideran que la comunicación de la intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo, y solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores, puede ser considerada como una fase previa al período de consultas. Esta fase previa se justifica en dos motivos: la seguridad jurídica, por un lado; por otro, la intención de no acortar la duración del período de consultas, al tener que procederse a la designación de los representantes de los trabajadores, dentro del plazo de duración legalmente establecido para la negociación, lo que limitaría notablemente el período de maniobra y, por tanto, el tiempo para las deliberaciones y, en su caso, para la adopción de acuerdos.

DEL REY GUANTER<sup>276</sup> destaca que la comunicación fehaciente de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo tiene una doble finalidad: comunicar la intención empresarial de iniciar un procedimiento

---

<sup>275</sup> DEL REY GUANTER, S, *Tratado de despido ...*, op. cit., páginas 169 y siguientes (director GODINO REYES).

<sup>276</sup> DEL REY GUANTER, S, *Tratado de despido ...*, op. cit., páginas 169 y siguientes.

de despido colectivo; y establecer el plazo inicial para la constitución de la comisión representativa.

La reforma del 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*, tiene en esta materia dos aspectos positivos, a saber: la imposición de que la comisión negociadora se constituya antes del inicio del procedimiento, de modo que los plazos de negociación sean reales; y la regulación tan completa que realiza acerca de los integrantes de la comisión dependiendo de las circunstancias.

El TRLET no dice nada en relación al contenido de la comunicación de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. Lógico será entender que deberá contener todos los aspectos que vayan a ser relevantes para que, al iniciarse el procedimiento, tenga la mayor efectividad fijando el plazo para constituir la comisión, aportando el censo de los trabajadores y facilitando, en definitiva, todo lo necesario para que la constitución se lleve a efecto en el plazo fijado.

El RPDC en el art. 3.1.f) refuerza esta fase previa, al exigir que se acompañe a la comunicación del inicio del período de consultas copia de la comunicación de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo, es decir, la comunicación previa de la "*intención*" es un requisito necesario para el inicio de la "*negociación*".

Las consecuencias de esta comunicación fehaciente son importantes. Se comunica una "*intención*" lo que hace reflexionar sobre el nivel de compromiso que tal intención produce en el empresario. Parece obvio que éste no asume ningún compromiso, dado que la comunicación no le vincula a despedir de modo colectivo a los trabajadores, ni siquiera le vincula a iniciar realmente el procedimiento de despido colectivo. Eso sí, en caso de cambiar de opinión, si desiste de

la intención manifestada de iniciar el procedimiento de despido colectivo, debería comunicarlo, también de modo fehaciente, a los trabajadores.

Con la comunicación de la *"intención"*, se persigue la constitución de la comisión representativa de los trabajadores.

A la vista del art. 51.2, párrafo 1º TRLET, resulta que si esa *"intención"* afecta a varios centros de trabajo, deberá hacerse constar así en la comunicación para que la representación de los trabajadores quede bien constituida, ya que el precepto mencionado establece que si hay varios centros de trabajo afectados, el procedimiento quedará circunscrito a tales centros, teniendo la comisión un máximo de trece miembros. La norma no exige que haya de existir proporción entre los trabajadores afectados de cada centro y el número de representantes de la comisión, pero, si la medida afecta a varios centros de trabajo, en la comunicación inicial de la *"intención"*, deberá señalarse el número de trabajadores afectados en cada centro para poder fijar la proporción de representantes que corresponde a cada uno de ellos en la comisión negociadora.

El TRLET y el RPDC prevén que la comunicación fehaciente de la *"intención"*, se haga a los trabajadores o a sus representantes.

Ambos textos carecen de precisión en la determinación de a quién ha notificarse la *"intención de iniciar"* el procedimiento de despido colectivo y el *"inicio"* del período de consultas, hablando de *"trabajadores"*, *"representantes"* y *"representantes legales"* sin utilizar tales expresiones en sentido técnico.

La terminología empleada por el TRLET plantea dudas acerca de a quién han de hacerse las notificaciones.

El uso de las expresiones “*representantes*” y “*representantes legales*” plantea si es o no posible la equiparación entre ambos. La interpretación segura es negar la equiparación dado que «*los representantes legales*», a la vista del art. 87 TRLET<sup>277</sup>, son: “*el comité de empresa, los delegados de personal o, en su caso, las secciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.*”, en tanto que, a los efectos del período de consultas, podrán ser «representantes» los miembros de la «comisión *ad hoc*» constituida conforme al art. 41.4 del TRLET, comisiones que no están incluidas en dicho art. 87.

Por ello, la comunicación de la intención de iniciar el procedimiento, que según el art. 51.2 se hará a los trabajadores o a sus representantes, nos obliga a distinguir entre las empresas o centros de trabajo en los que haya representantes legales de los trabajadores y empresas o centros de trabajo en los que no haya tales representantes.

Si en la empresa o centro de trabajo hay representantes legales, a ellos habrá de hacerse la comunicación fehaciente.

Si no hay representantes legales, la comunicación fehaciente de la “*intención*” se hará a los trabajadores individualmente, con indicación del procedimiento de designación de representantes *ad hoc*, todo ello de acuerdo con lo que establecen los arts. 77 a 80 del TRLET para las asambleas de trabajadores, ejerciendo el derecho de reunión, en lo relativo al lugar, convocatoria y votaciones, en los términos legalmente previstos.

No obstante, el propio TRLET, nos obliga a matizar estas afirmaciones dado que, la comunicación de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo –que abre el plazo de siete o quince

---

<sup>277</sup> Cfr. con el art. 87 TRLET, relativo a la legitimación, recogido en el Título III, “De la negociación colectiva y de los convenios colectivos”.

días para la constitución de la comisión representativa-, plantea algunas cuestiones para cuyo análisis, cabe distinguir:

1) Cuando el procedimiento de despido colectivo afecta a un único centro de trabajo: si hay representación legal de los trabajadores, a éstos deberá dirigirse la comunicación; cuando en el único centro de trabajo afectado no existe representación legal, la comunicación deberá dirigirse a todos los trabajadores.

2) Cuando el procedimiento de despido colectivo es plurilocal por afectar a varios centros de trabajo: si existe representación legal de los trabajadores y está constituido un comité intercentros, la comunicación se dirigirá a éste siempre que tenga atribuida esa función en convenio colectivo o se hubiera acordado al tiempo de su creación<sup>278</sup>; si no existe comité intercentros, pero si delegados de personal o comités de empresa en los distintos centros afectados, la comunicación se dirigirá a los delegados o comités de todos los centros, o solo a los representantes de los centros afectados en el caso de que la medida no afecte a todos los centros de trabajo de la empresa; si no existen delegados de personal ni comités de empresa, la comunicación se dirigirá a todos los trabajadores de la empresa o de los centros de trabajo afectados.

### **3. Comunicación del inicio del período de consultas**

La segunda de las comunicaciones, la comunicación del inicio del período de consultas –“*podrá comunicar formalmente a los representantes legales y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas*”<sup>279</sup>–, deberá hacerse

---

<sup>278</sup> Cfr. con el art. 41.4 TRLET.

<sup>279</sup> Art. 51.2, párrafo 4, TRLET.

transcurrido el plazo máximo -siete o quince días<sup>280</sup>- para la constitución de la comisión representativa.

El art. 51.2 dispone que se realizará mediante escrito dirigido a los “*representantes legales de los trabajadores*” remitiendo copia a la autoridad laboral. La imprecisión del TRLET al hablar de “*representantes legales*” plantea, de nuevo, a quién hay que dirigir esta comunicación.

Si se ha constituido la comisión representativa de los trabajadores, parece claro que la comunicación habrá de dirigirse a la comisión. Si la comisión representativa no se ha constituido (falta de constitución que no impide el inicio y transcurso del período de consultas), la comunicación de inicio deberá dirigirse, en cada caso, a los mismos –trabajadores o sus representantes- a los que se dirigió la comunicación de la intención.

De acuerdo con ALCÁZAR ORTIZ<sup>281</sup>, puede afirmarse que las reformas de 2012 y del Real Decreto-ley 11/2013 incorporan dos novedades en el período de consultas: la primera, que la comisión negociadora debe constituirse con carácter previo al inicio del procedimiento de despido colectivo; la segunda, que la comisión negociadora será única, cualesquiera que sean los centros de trabajo afectados.

---

<sup>280</sup> Art. 51.2, párrafo 3, TRLET.

<sup>281</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S., *El despido colectivo ...*, op. cit., página 207.

## **CAPÍTULO II. FASE DE NEGOCIACIÓN: FASE COLECTIVA**

El procedimiento de despido colectivo ha experimentado un cambio sustancial con la reforma del TRLET llevada a cabo en el año 2012. Esta importante reforma afecta a la naturaleza misma del procedimiento que ha dejado de ser público, ya no se exige la autorización administrativa, habiendo pasado a ser puramente privado, mediante el periodo de consultas desarrollado por la representación de los trabajadores y la empresa.

El procedimiento ha alcanzado tanta importancia que, siguiendo a SÁEZ LARA, podemos afirmar que se está consolidando como el principal límite de los despidos colectivos, cuya adopción exige observar un procedimiento dirigido a garantizar los derechos e intereses de los trabajadores y a disminuir el impacto económico y social<sup>282</sup>. La importancia adquirida por este nuevo procedimiento se pone de manifiesto en que algunos defectos procedimentales pueden producir la declaración de nulidad del despido.

La Directiva 98/59 establece dos pilares sobre los que se asienta el despido colectivo: por un lado, la apertura por el empresario de un periodo de consultas sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias; por otro, que los trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y jurisdiccionales que salvaguardan sus derechos.

---

<sup>282</sup> SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y ...*, op cit., página 67, indica que “Aunque el despido colectivo sea ya una decisión del empresario, su adopción exige tramitar un preceptivo procedimiento, que está dirigido a garantizar los derechos e intereses de los trabajadores afectados y también a reducir el impacto económico y social de la decisión empresarial.”



En el procedimiento actual, la intervención de la autoridad laboral ha pasado de tener un carácter decisorio a tener un carácter de asesoramiento y mediación. En este sentido, como advierte MONEREO PÉREZ<sup>283</sup>, se ha producido la evolución desde un intervencionismo fuerte a un intervencionismo promocional y mediador.

No obstante, la regulación de la fase colectiva no ha experimentado cambios significativos, pero si ha aumentado su importancia en el nuevo sistema ya que ha pasado a ser el eje central del mismo.

## **1. Naturaleza jurídica**

El período de consultas tiene aspectos que lo vinculan con la participación de los trabajadores en la empresa y con la negociación colectiva, arts. 129.2<sup>284</sup> y 37<sup>285</sup> de la Constitución Española<sup>286</sup>. Su regulación supera la simple participación de los trabajadores en la empresa, dado que la nueva regulación les concede auténticas facultades decisorias. No obstante, las reformas llevadas a cabo a partir del año 1994 y especialmente en 2010 y 2012, responden a una opción legislativa en la que la negociación colectiva pierde importancia en relación a la que la Constitución Española le atribuye en la regulación de las relaciones laborales, por un lado por la pérdida de autonomía y pérdida de fuerza vinculante (la decisión última es del empresario) y, por otro lado, al

---

<sup>283</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas Laborales*, número 125/2014, páginas 219-267, afirma que “*La función de la autoridad laboral ha transitado en nuestro país del intervencionismo «fuerte» (que suponía la autorización administrativa previa de los despidos colectivos) al intervencionismo «promocional» y «mediador» en los procesos de consulta-negociación de los despidos colectivos.*”

<sup>284</sup> Relativo a la promoción de la participación de los trabajadores en la empresa.

<sup>285</sup> Relativo a la negociación colectiva.

<sup>286</sup> Véase, FALGUERA BARÓ, M. A: *El procedimiento del ...*, op. cit., página 30.

potenciarse, como instrumento de flexibilidad para la adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales<sup>287</sup>.

La reforma de 2012 configura el período de consultas como una auténtica negociación colectiva convirtiéndola en el epicentro del despido colectivo. Así lo entienden los tribunales de justicia que lo configuran como una manifestación específica de la negociación colectiva<sup>288</sup>. En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia, atribuyendo al período de consultas, en un proceso de modificación sustancial, el carácter de negociación colectiva, sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2012, rec. 236/2011<sup>289</sup>, ratificada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018, rec. 192/2017.

Efectivamente, la actuación de los representantes durante el periodo de consultas está muy cerca de la negociación colectiva ya que, las atribuciones que en materia de despido colectivo corresponden a la representación de los trabajadores, van más allá de los derechos de información y consulta que a los delegados de personal o a los comités de empresa les otorga el art. 64 del TRLET. Es por ello que el argumento

---

<sup>287</sup> Véase el art. de CASAS BAAMONDE, M. E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, número 2, (2014).

<sup>288</sup> Así, la SAN de 13 de mayo de 2013, FD. SEXTO establece que “*El despido colectivo no es una potestad soberana del empresario, quien está obligado, cuando tenga la intención de efectuar un despido colectivo, a consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 2.1 Dir. 98/59/CEE).*”

*El período de consultas se constituye, de este modo, en una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (art. 2.2 Directiva). - Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237).”*

<sup>289</sup> Como indica la STS de 16 de noviembre de 2012, FD. SEXTO: “*Del tenor de los párrafos transcritos se evidencia la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe.*”

legal que da el espaldarazo a esta concepción resulta de la comparación del art. 64 TRLET -que se refiere a los delegados de personal y a los comités de empresa<sup>290</sup>- y el art. 37 de la Constitución Española -que se refiere a los representantes de los trabajadores-. A la vista del TRLET, se observa que los representantes de los trabajadores en un despido colectivo pueden ser miembros de una comisión *ad hoc* y no necesariamente, delegados de personal ni miembros del comité de empresa, de lo que resulta que, tanto los miembros de la comisión *ad hoc* como los delegados de personal o los miembros de los comités de empresa, tienen capacidad para la negociación, pero solo los comités o los delegados de personal, ejercen el derecho de participación en la empresa.

En definitiva, el período de consultas en el procedimiento de despido colectivo constituye una manifestación típica de la negociación colectiva -por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, rec. 135/2013- cuyos objetivos son finalistas y obligan a todos los miembros de la comisión a promover una negociación de buena fe, orientada a evitar el despido, reducir sus efectos y aliviar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

La trascendencia del período de consultas se advierte en el art. 124.11 de la LRJS, al declarar la nulidad del despido colectivo si no se ha realizado el período de consultas. De ahí que el procedimiento se haya calificado como “juicio de formalidad”, juicio que, de ser negativo, determina la nulidad de lo actuado.

No obstante, el Tribunal Supremo, en la interpretación del período de consultas, va más allá del juicio de formalidad, acudiendo a la doctrina

---

<sup>290</sup> Que consagra el “derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación.”

del fraude de ley en supuestos en los que se ha respetado el período de consultas solo de modo formal<sup>291</sup>.

Hoy se configura la negociación colectiva en la empresa como un instrumento esencial de flexibilidad interna con representantes sindicales fuertes. Ello plantea la conveniencia y subsistencia de las comisiones *ad hoc* que prevé el TRLET<sup>292</sup>, y la necesidad de modificar tal sistema y tal representación.

El periodo de consultas se concibe como un módulo particular de negociación colectiva limitada por su objeto, criterio seguido en todas las medidas de flexibilidad interna y externa del TRLET<sup>293</sup>. La peculiaridad del periodo de consultas llevado a cabo en el procedimiento de despido colectivo, radica en que su objeto<sup>294</sup> puede abarcar muchas más medidas que las del despido colectivo, pudiendo adoptar medidas relativas a movilidad geográfica o funcional, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre otras.

Es también una negociación excepcional por la prioridad que se da a las secciones sindicales, porque se permiten las comisiones *ad hoc* y porque se determina, se limita, la duración temporal de la propia negociación colectiva.

---

<sup>291</sup> Así lo recoge la STS de 29 de diciembre de 2014, rec. 93/2012, en su FD QUINTO subraya que: “...resultando cosa distinta y de mayor trascendencia que previamente se diga en el cuarto fundamento de derecho de la sentencia de instancia que se ha incumplido la finalidad perseguida por el período de consultas -que en este caso habría durado una semana- «y se ha visto frustrada la posibilidad de llevar a cabo otras reuniones con la totalidad de los representantes de los trabajadores para conseguir un acuerdo», y a esto es, en realidad, a lo que se refiere la Sala de instancia para sostener la nulidad de la decisión extintiva, en el sentido de que el cumplimiento meramente formal del período de consultas (de «mero formalismo» lo tacha también el M<sup>o</sup> Fiscal) equivale a incumplimiento, con las consecuencias que de ello se derivan, al menos en el contexto de una serie de circunstancias como las que se constatan y relatan en este caso,...”

<sup>292</sup> Así lo recogen las Conclusiones del Grupo FIDE “Sobre una ordenación legal consensuada del Trabajo y de las Relaciones Laborales”, publicada el 1 de diciembre de 2016.

<sup>293</sup> Medidas de flexibilidad interna y externa recogidas en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 del TRLET.

<sup>294</sup> Art. 8 del RPDC.

Por último, el periodo de consultas es la salvaguarda de una serie de preceptos constitucionales, a saber: derecho al trabajo; el de negociación colectiva; y el derecho de los trabajadores a participar en la empresa, recogidos en los arts. 35.2, 37.1 y 129.2 de la Constitución Española, respectivamente.

Todos estos derechos constitucionales encontraban su amparo, antes de la reforma de 2012, en la necesidad de autorización por la autoridad laboral. Esta autorización determinaba que la importancia de la comisión negociadora, su cualificación técnica ante la negociación, fueran menos trascendentes que actualmente, en cuanto siempre estaba sometida al control efectivo y técnico que suponía la autorización administrativa.

Con el cambio legislativo, el legislador debería plantear alternativas –más allá de la preferencia de las secciones sindicales y de la posibilidad de que los miembros de la comisión sean nombrados por los sindicatos<sup>295</sup>- para tratar de salvaguardar la posición de los trabajadores, de manera que la negociación pudiera ser de mayor garantía para la representación social, cuyos miembros en la mayor parte de ocasiones carecerán de la mínima preparación técnica para afrontar la negociación con cierta seguridad. En este sentido, las comisiones *ad hoc* deberían ser sustituidas por otras que aporten mayor nivel técnico.

Los convenios colectivos son los que deberían aprovechar la ocasión para dar entrada a mecanismos que corrigieran la posible desproporción entre las representaciones empresarial y obrera de las comisiones negociadoras. Por desgracia, como más adelante se verá, nada o muy poco, suelen decir los convenios colectivos al respecto.

---

<sup>295</sup> Art. 41.7 TRLET.

## 2. Comunicación del inicio del período de consultas

La comunicación del inicio del periodo de consultas se hará formalmente, como se ha visto, a los representantes de los trabajadores.

Esos representantes de los trabajadores serán los miembros de la comisión representativa, comisión que a pesar de la confusión posterior padecida por el propio artículo<sup>296</sup> al hablar de representantes legales, no se refiere a ellos dado que la comisión representativa puede estar formada –como se ha visto- por miembros del comité o delegados de personal –que sí tienen el carácter de representantes legales de los trabajadores-, o puede estar formada por representantes *ad hoc* conforme al art. 41.4 del TRLET –que no tienen tal carácter-. La importancia de la distinción es palmaria: por ejemplo, los miembros de la comisión *ad hoc* no tienen la prioridad de permanencia prevista en el art. 51.5 TRLET. Tampoco tienen prioridad de permanencia los representantes legales -miembros del comité o delegados-, que no hayan formado parte de la comisión.

La redacción legal podría salvarse entendiendo que cuando el art. 51.2, párrafo 5º TRLET dice “*La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores...*” está contemplando, también, la posibilidad prevista en el párrafo anterior del mismo artículo, *in fine*, que prevé que la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio del período de consultas asegurando, por tanto, que la comunicación se

---

<sup>296</sup> Art. 51.2 TRLET.

realice en todo caso independientemente de que la comisión se haya constituido o no.

### **3. Fase de designación: Constitución de la comisión**

En la constitución de la comisión negociadora ha tenido gran importancia, como se ha visto, la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2013, que, de acuerdo con el análisis llevado a cabo por BALLESTER LAGUNA <sup>297</sup>, introduce dos modificaciones importantes: la constitución de la comisión negociadora debe ser previa al inicio del periodo de consultas; y, la comisión negociadora será única, cualquiera que sea el número de centros afectados, caso de tratarse de un despido colectivo plurilocalivo.

#### **3.1. Plazo para la designación y número de miembros**

La fase de designación supone la determinación de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores. A la vista del art. 51.2 del TRLET, esta fase de designación, es previa al inicio del período de consultas.

Los aspectos que el TRLET contempla en relación a esta fase de designación -y que van a ser analizados- son tres: plazo para la

---

<sup>297</sup> BALLESTER LAGUNA, F, “El despido colectivo en el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Actualidad Laboral*, número 11, Sección Estudios, Noviembre 2013, página 1.375, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 7725/2013. “...Sobre su ordenación ha incidido el RDL 11/2013, introduciendo básicamente dos novedades en el propio ET: 1) se anticipa el acto de constitución de la comisión negociadora, que necesariamente debe producirse con carácter previo al inicio del procedimiento propiamente dicho; y 2) se apuesta decididamente por la constitución de una comisión negociadora única, haciendo abstracción del número de centros de trabajo afectados por el despido colectivo.”

constitución de la comisión representativa; número de miembros de la comisión negociadora en representación de cada parte; y acta de constitución.

### **3.1.1. Plazo para la constitución**

El plazo para la constitución de la comisión representativa depende de que exista, o no, representación de los trabajadores. Si hay representación, el plazo es de siete días; si hay que nombrar representantes *ad hoc*, el plazo se amplía a quince.

Es decir, fija como plazo máximo para la constitución de la comisión representativa siete o quince días según que el único centro de trabajo o alguno de ellos (caso de ser varios los afectados) cuente, o no, con representación legal de los trabajadores. Se ha planteado con relación a estos plazos si los siete o los quince días se refieren a días naturales o a días laborables. A la vista de los arts. 51 TRLET y 7 del RPDC, parece claro que deben entenderse días naturales.

No obstante, es obvio que, si antes del transcurso de ese plazo se ha constituido la comisión, podrá acordarse -previa comunicación formal- el inicio del período de consultas en un momento anterior a su expiración. En este sentido, hay autores, como PONCE RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ LEÓN<sup>298</sup>, que entienden que cuando hay un comité intercentros legitimado para negociar, no es necesario observar el plazo de siete días al no ser necesaria constituir comisión alguna. También se admite de modo general que, a pesar de la expresión plazo máximo, éste pueda ampliarse estando conformes empresario y trabajadores.

---

<sup>298</sup> Véase, PONCE RODRÍGUEZ, S. y RODRÍGUEZ LEÓN, I., "Despido colectivo", BIB 2014\1959, *Revista de Información Laboral*, número 3/2014, Ed. Lex Nova.



Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a varios centros de trabajo, unos con representantes legales y otros no, parece que el plazo se extenderá, necesariamente, a quince días para que puedan designarse a los representantes *ad hoc* en los centros de trabajo en los que no haya representantes legales –caso de que los trabajadores de los centros sin representación así lo decidan- y para poder formar la comisión con el máximo de los trece miembros -caso de que excedan de dicho número.

En cuanto a la inobservancia del plazo, el TRLET es claro; si la comisión no se ha constituido oportunamente ello no implicará ampliación de la duración del período de consultas. Sin embargo, siempre resultará conveniente ampliarlo como manifestación de buena voluntad por parte de la empresa y como un modo de evidenciar su deseo de llegar a acuerdos.

La constitución de la comisión debe ser anterior a la comunicación de la intención de la apertura del período de consultas, como resulta desde las reformas llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 11/2013<sup>299</sup> y Ley 1/2014<sup>300</sup>. La doctrina, BALLESTER LAGUNA, pone de manifiesto el acierto que supone, pues de este modo el plazo de negociación, los quince o treinta días, serán de negociación efectiva sin reducciones motivadas por la designación de la comisión negociadora que, como se ha visto, debe ser anterior<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> 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.

<sup>300</sup> Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

<sup>301</sup> Véase BALLESTER LAGUNA, F., “El despido colectivo...”, *op. cit.*.

### 3.1.2. Número de miembros integrantes

En cuanto al número de miembros integrantes, el art. 51.2 del TRLET impone un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes. El número impar, trece miembros, facilita la formación de mayorías y es el mismo número utilizado en el TRLET en materia de convenios colectivos empresariales en el art. 88.4, y en cuanto al comité intercentros en el art. 63.3. Según GARCÍA RODRÍGUEZ<sup>302</sup>, el TRLET refleja una preferencia legal por la intervención del comité intercentros, lo que sostiene apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013, rec 40/2013<sup>303</sup>.

El TRLET fija el número máximo de miembros. Ello plantea si es admisible que el número de miembros de la comisión negociadora sea inferior a trece. La doctrina jurisprudencial permite deducir que es admisible siempre que no sea un medio para excluir o modificar la representatividad de algún sindicato y se respete la proporcionalidad. Así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre de 2009, rec. 161/2007<sup>304</sup> basándolo en el respeto a la regla de la proporcionalidad en la constitución de la comisión.

---

<sup>302</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B, *Tratado de despido...*, op. cit., página 201.

<sup>303</sup> La STS 11 de diciembre de 2013, rec. 40/2013, FD TERCERO, declara "...y c) constituido en la empresa demandada el Comité Intercentros conforme a estas disposiciones, no parece cuestionable la legitimación de dicho Comité Intercentros como interlocutor de la empresa demandada en la preceptiva consulta a que se refiere el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto establece en el apartado b) de dicho número y precepto, que "si el procedimiento de consultas afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación; lo que poniendo de manifiesto una cierta preferencia del Legislador por la intervención del Comité Intercentros en el período de consultas cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo -cual es el caso- y las atribuciones ya descritas que le otorga el precepto convencional, impone -como ya hemos anticipado- el rechazo del motivo, no existiendo vulneración alguna del derecho a la negociación colectiva y el derecho fundamental de libertad sindical como pretende el sindicato recurrente".

<sup>304</sup> STS de 8 octubre de 2009, FD. SÉPTIMO: "...Con el segundo motivo, pretende adicionar al hecho probado decimosexto, en el que se indica el número de miembros del banco social que negoció los Convenios de 1999 (13) y 2003 (12), el dato de que "en el Convenio Colectivo correspondiente a los años 1996 a 1998 la comisión negociadora estuvo integrada por 7 miembros". Pero ese dato, aun aceptando que los 7 miembros pertenecieran al banco social (lo que no se dice en la redacción propuesta) no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de que en los Convenios de 1999 y 2003 dicho banco se formó con el máximo número de representantes (12) que permite el art. 88.3 del Estatuto de los Trabajadores o incluso superándolo (13) en el

La comisión representativa está sujeta al principio de proporcionalidad en el sentido de que, a mayor número de trabajadores afectados en el centro de trabajo, mayor será la participación en la comisión. La regla de la proporcionalidad viene impuesta, también, en el art. 28.1, 1º del RPDC, cuando exige que los acuerdos se adopten con la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, represente a la mayoría de los trabajadores de los centros de trabajo afectados, en atención al porcentaje de representación que tenga cada integrante, norma poco clara que, sin embargo, parece viene a insistir en la idea de que si la negociación afecta a varios centros de trabajo, la comisión representativa se integra por sus representantes, en relación al número de trabajadores afectados en cada centro.

Parece que, al igual que se presta atención a la proporcionalidad de los representantes en relación a los trabajadores de los centros de trabajo afectados, se prestará atención a la implantación de los sindicatos, según su representación, en los comités de empresa o en los delegados de personal de los centros de trabajo afectados. Así parece que resultará aplicable lo previsto en los arts. 87 y 88 del TRLET.

El art. 27 del RPDC insiste en las mismas ideas y añade que la comisión negociadora deberá ser única y que, en caso de existir varios centros, quedará circunscrita a los centros de trabajo afectados, debiendo estar integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada parte -patronal y obrera-.

---

*1999. De otro lado, es evidente que, por sí solo, tampoco acredita si aquel Convenio fue negociado por la representación unitaria o por las secciones sindicales; ni, en este último caso, que porcentaje de representatividad tenía cada sindicato en la empresa ni el número de negociadores que le fue adjudicado en aquel banco; datos imprescindibles para conocer si entonces se respetó o no la regla de la proporcionalidad en su constitución."*

### **3.1.3. Acta de constitución**

Según el art. 27 del RPDC, la comisión negociadora en representación de los trabajadores, deberá establecer en su acta de constitución que se constituye como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones. Determina que la constitución de la comisión negociadora se debe recoger en un acta, respecto de la que solo imponen las dos obligaciones mencionadas -que conste su carácter colegiado en la toma de decisiones y el carácter vinculante de las mismas-.

Al decir el art 27 del RPDC, que la comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores "*...deberán establecer en el acta de constitución...*", plantea una duda en cuanto que no queda claro si el acta se refiere a la constitución de la comisión negociadora –compuesta por la comisión empresarial y obrera-, o solo a la comisión representativa de los trabajadores –interpretación que parece más segura-.

En este contexto, tampoco queda claro si, por tanto, debe haber un acta única –la de la comisión representativa en representación de los trabajadores- o dos –la de la comisión negociadora en representación de los trabajadores (la empresarial no se contempla)- por un lado, y la de la comisión negociadora, por otro. Este último criterio parece el más seguro: se levantará un acta de constitución de la comisión representativa de los trabajadores y otro acta de constitución de la comisión negociadora. De modo facultativo también podrá levantarse un acta de constitución de la comisión representativa de la empresa. Lógicamente, podrán levantarse por separado o recogerse en un acta única.

Nada dicen el TRLET ni el RPDC acerca del contenido de tales actas. Parece evidente que deberán identificar a los miembros de cada una de las comisiones representativas, con sus datos personales y con la

expresión de la representación que ostentan, en cuanto a los centros afectados y en cuanto al número de trabajadores afectados en cada centro.

Esta identificación es muy importante en la comisión representativa de los trabajadores, en la que se expresarán diversos extremos según cuáles sean las circunstancias, es decir, si se integra por diferentes secciones sindicales habrá que acreditar su legitimación; en otro caso, habrán de expresarse los criterios de elección y, caso de ser varios los centros de trabajo afectados, la proporción en relación a los trabajadores afectados en cada centro. La fijación de estos extremos, especialmente de los criterios de elección, es relevante en materia de actos propios y como modo de acreditar la actuación de buena fe.

En todo caso, el RPDC adolece de poca claridad y, en ocasiones, parece confundir la comisión representativa con la comisión negociadora.

No puede concluirse el análisis de las comisiones representativas sin hacer referencia a varios problemas, que se han planteado en la práctica y que han sido resueltos por la jurisprudencia:

1/ En cuanto a la negociación individual, llevada a cabo durante el período de consultas con los trabajadores de modo individual y simultáneo, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014, rec. 166/2013, señala que la negociación individual afecta negativamente al principio de buena fe negocial, llegando a transformar en fraudulenta la propia negociación colectiva ya que los contactos y propuestas de negociación individual, vician y vacían de contenido el período de consultas. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, rec. 135/2013<sup>305</sup>.

---

<sup>305</sup>Así, la STS de 24 de julio de 2014, FD. TERCERO, SEGUNDO MOTIVO, LETRA C, “...La empresa vulneró el derecho a la negociación al dirigirse directamente a los trabajadores durante el periodo de consultas

2/ Respecto al mantenimiento de los derechos de representación y negociación de los trabajadores directamente a través de las llamadas comisiones híbridas, entendidas como las formadas por “*representantes unitarios/sindicales/ad hoc*” –en terminología de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015, rec. 180/2014<sup>306</sup>–, actualmente se contemplan en el art. 41.4 del TRLET, no en la redacción de la Ley 3/2012, sino de las llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 11/2013 y Ley 1/2014, comisiones que ya habían sido admitidas anteriormente por la jurisprudencia<sup>307</sup>.

3/ En relación a la posibilidad de llevar a cabo la negociación con la totalidad de los trabajadores de la empresa, esta forma de negociar tiene graves inconvenientes, tales como que la empresa no reconozca a la totalidad de los trabajadores como comisión representativa para el inicio del período de consultas.

Además, la negociación con la totalidad de los trabajadores de la empresa, solo será viable en aquéllas con un reducido número de trabajadores y en las que no haya representaciones sindicales ni de los trabajadores y sea aceptada por trabajadores y empresario, tal como lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014<sup>308</sup>.

---

*prescindiendo de los interlocutores legales para tratar de los objetivos legales del periodo de consultas vaciándolo de contenido. Ello constituye un claro indicio de vulneración del derecho a la libertad sindical de CCOO, en su vertiente de negociación colectiva, al impedir que el periodo de consultas como manifestación de la negociación colectiva que es (STJCE de 27-enero-2005), se desarrolle por los mecanismos legales y adecuados.”*

<sup>306</sup>La STS de 16 de julio de 2015, FD CUARTO, afirma: “...Es decir, que los afectados por el proceso negociador de que tratamos optaron -en la constitución de la Comisión Negociadora- por una solución no prevista entonces por la norma, pero tan razonable que fue poco tiempo después la adoptada por el legislador; y es más, consta que en su constitución, los comisionados ad hoc se comprometieron expresamente a respetar la ponderación de voto, tal como exigen las posteriores normas que pasaron a contemplar ya tal solución.”

<sup>307</sup> STS de 23 de enero de 2012, rec. 220/2010.

<sup>308</sup> La STS de 23 de marzo de 2015, FD SEGUNDO declara: “...negar validez a los que se negocia «in proprio nomine» y sólo atribuírsela a la hecha por otro «in alieno nomine»; tal posibilidad únicamente existe en el ámbito de la representación legal, que el Derecho del Trabajo concreta en los numerosos preceptos que se remiten a la representación legal -unitaria y sindical-, y en los que la correspondiente actuación no puede ser

### 3.1.4. Extinción del plazo sin nombramientos

La fase de designación podrá concluir sin nombramientos. Así lo prevé el art. 51.2 del TRLET, que establece que la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del período de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Si comunicada la intención a los trabajadores informándoles de las posibilidades y plazos para la constitución de la comisión representativa, no se constituyen en asamblea para nombrar a los representantes, o si constituidos no realizan los nombramientos, se plantea cuál podrá ser la actitud de la empresa. El art. 51 es claro, no impide el inicio y transcurso del periodo ni amplía el plazo.

La decisión empresarial, en este supuesto, no debe contar con la representación obrera, que no existe, será adoptada por el empresario quien, conforme al art. 51.4, podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores, respetando los plazos fijados en el propio artículo.

Parece acertada la opinión recogida por BLASCO PELLICER<sup>309</sup>, de que al no poder tener lugar las consultas el periodo debe ser amortizado.

---

*llevada a cabo por los propios trabajadores afectados, sino -muy comprensiblemente- por sus representantes institucionales, más cualificados para ello que los propios afectados en las específicas materias para las que la establece.”*

*“De todas formas conviene aclarar que lo precedentemente razonado no significa que la Sala dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión ad hoc por la negociación directa de los trabajadores, sino tan sólo que las concretas circunstancias de caso [no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...], nos llevan a excluir que tal defecto pueda comportar la consecuencia que le atribuye la decisión recurrida.”*

*“d).- Asimismo, la falta de advertencia respecto de que la no designación de la comisión «no impedirá la continuación del procedimiento» [art. 26.3 del Reglamento], solamente puede alcanzar trascendencia alguna para el supuesto de que -efectivamente- no se hubiesen llevado a cabo negociaciones durante el periodo de consultas, pero no cuando las mismas fueron acometidas; siquiera lo hubieran sido por la totalidad de la plantilla, atendiendo a su expresa y declarada voluntad.”*

<sup>309</sup> BLASCO PELLICER, *La extinción del ...*, op. cit., páginas 538 y siguientes.

La decisión empresarial no podrá tener efecto, sin embargo, hasta que hayan transcurrido treinta días desde la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral, como prevé el propio art. 51.4.

### **3.2. Composición de la comisión negociadora**

La composición de la comisión negociadora es fundamental para la legalidad de todo el proceso, por lo que, en la regulación de los procedimientos previstos para la aplicación de las medidas de flexibilidad, interna y externa, creados por la reforma laboral, se regula la composición de la comisión negociadora que intervendrá en representación de los trabajadores.

La normativa básica, reguladora de las medidas de carácter colectivo, se recoge en el art. 41.4 del TRLET, adoptada por vía de remisión o de repetición, en numerosos preceptos del TRLET. El art. 51 del TRLET, combina los dos sistemas, remisión y repetición. Así, con carácter general el art. 51.2 TRLET sigue el criterio de la remisión al decir, *“La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”*. Sigue, sin embargo, el criterio de repetición en el 51.2, párrafo 1º, *in fine*, repitiendo de modo textual lo dispuesto en el art. 41.4, párrafo 1º, *in fine*, *“La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.”*

Tras varias fluctuaciones legales e interpretativas el sistema establecido se basa en dos premisas: primera, cualquiera que sea el ámbito de negociación, es decir, independientemente de que afecte a uno o varios centros de trabajo, la comisión es única y representa, en su caso,



a todos los centros de trabajo afectados. Su número queda reducido a un máximo de trece miembros en todo caso, incluido el supuesto de que el periodo de consultas afectase a un único centro de trabajo, en el que sus representantes legales –el comité de empresa– supere los trece miembros, caso en el que deberá constituirse esa comisión única –de trece miembros– formada de entre ellos. Segunda, se atribuye una representación privilegiada a las secciones sindicales, cuando éstas así lo acuerden y tengan una representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados (independientemente de que sea uno solo el centro afectado o único el centro de trabajo de la empresa)<sup>310</sup>. En realidad se establece un sistema dual: representación sindical a la que se atribuye una representación preferente o privilegiada, siempre que ostenten la mayoría de miembros de los comités de empresa y de los delegados de personal de los centros afectados; o unitaria, a falta de representantes sindicales o si no utilizan de tal preferencia, con la peculiaridad de que en los centros que carezcan de representación, cabe que ésta se atribuya a comisiones *ad hoc* elegidas por los trabajadores del centro – o centros– que carezcan de representación.

Es interesante destacar algunos pronunciamientos judiciales relativos a las comisiones negociadoras, entre los que pueden destacarse: la admisión de una comisión de negociación híbrida, entre representantes sindicales y *ad hoc*<sup>311</sup>; que la constitución defectuosa de

---

<sup>310</sup> En este sentido, señala con claridad la STS de 24 de diciembre de 2015 *“Como regla es el Comité de Empresa, dentro de los límites de su representación y si la afectación del despido colectivo no excede de dicho ámbito, el organismo que, como representante legal de los trabajadores de naturaleza unitaria, ostenta el carácter de interlocutor por imperativo legal dada su condición de «órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses» (art. 63.1 ET). El Estatuto de los Trabajadores en su nueva regulación del despido colectivo ha establecido, no obstante, a pesar de la posible existencia de Comité de Empresa, una regla de preferencia a favor de las Secciones sindicales con determinados presupuestos y otra regla subsidiaria para cuando no exista representación legal de los trabajadores, ni sindical ni unitaria.”*

<sup>311</sup> Véase la STS de 22 de septiembre de 2014, rec. 27/2014.

la comisión, no imputable a la empresa, no es causa de nulidad porque no puede perjudicarle al empresario una actuación incorrecta de la otra parte, así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2016; y, en sentido parecido, la de 20 de diciembre de 2017, contempla la negativa empresarial a negociar con una comisión constituida defectuosamente, dado que tenía más de trece miembros, aunque señalando que la empresa tenía la obligación de haber advertido sobre las consecuencias de ese incumplimiento.

Por lo demás, la regulación legal es muy completa y permite distinguir diversas situaciones.

### **3.2.1. Interlocutores privilegiados**

La intervención como interlocutores corresponderá a las secciones sindicales cuando así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados. CABEZA PEREIRO<sup>312</sup> señala que otorgar preferencia a las representaciones sindicales de los trabajadores, concuerda con el artículo 5 de Convenio 135 OIT<sup>313</sup>.

Las secciones sindicales deberán manifestar que así lo han acordado y que cuentan con la representación mayoritaria en los comités de empresa, o entre los delegados de personal, o que el único delegado de personal se ha elegido bajo candidatura del sindicato cuya sección reclama la representación. Jurisdiccionalmente, es destacable la

---

<sup>312</sup> CABEZA PEREIRO, J., "La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos:", *Revista de Derecho social*, número 57, 2012, Editorial Bomarzo, Albacete, páginas 183 a 198.

<sup>313</sup> Convenio 135 OIT, C135 - Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135). Artículo 5: "Cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes."

sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2013, autos 29/2013<sup>314</sup>, que señala que, la potestad de convertirse en interlocutores de la empresa durante el período de consultas, corresponde a las secciones sindicales. Para ello no es necesario que a la empresa le conste con antelación la constitución de la sección sindical, pero, acreditada su existencia, la empresa deberá respetar lo dispuesto en los arts. 41.4 y 51.2 del TRLET.

El art. 41.4 TRLET no prevé en materia de representación por las secciones sindicales las llamadas comisiones híbridas, es decir, no admite que los trabajadores de los centros sin representación unitaria puedan optar por designar una comisión *ad hoc*- de manera que la capacidad para negociar la ostenten, simultáneamente, las secciones sindicales y las comisiones *ad hoc*<sup>315</sup>. Así, en su párrafo 2º, que fija la preferencia de legitimación de las secciones sindicales, no hace salvedad para el caso de que alguno o algunos centros de trabajo no cuenten con representación unitaria, antes al contrario, señala “...en cuyo caso [las secciones sindicales] representarán a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados.”

Si no hay representación unitaria en la empresa -no hay delegados de personal ni miembros de comité de empresa-, no podrá tener lugar la preferencia a favor de las secciones sindicales según se desprende del art. 41.4 del TRLET al exigirles, para concederles la intervención prioritaria como interlocutores, que tengan la mencionada representación.

Las secciones sindicales deberán estar constituidas a nivel empresa, considerando conjuntamente a todas las representaciones

---

<sup>314</sup> La SAN de 26 de abril de 2013, FD. TERCERO, afirma que “El art. 51.2 ET privilegia la interlocución de las secciones sindicales, que ostenten la representación mayoritaria de los comités de empresa o de los delegados de personal, en los períodos de consulta de los despidos colectivos, siempre que éstas así lo acuerden, lo cual nos permite concluir que son las secciones sindicales y no la empresa quienes tienen la potestad de convertirse en interlocutores de la empresa durante el período de consultas del despido colectivo...”

<sup>315</sup> En este sentido, la STS de 22 de septiembre de 2014.

unitarias de los diferentes centros de trabajo afectados, circunstancia por la que, las secciones sindicales que cumplan los requisitos representativos exigidos, representarán a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados, aunque en algún centro concreto no alcancen el nivel representativo exigido por el art. 41.4 TRLET.

### **3.2.2. A falta de interlocutores privilegiados**

Si no hay secciones sindicales, si ninguna de ellas alcanza el nivel de representación exigido, o cuando alcanzándolo no reclamen tal intervención, ésta corresponderá a los delegados de personal, al comité de empresa o a las comisiones *ad hoc* que intervendrán como interlocutores.

El TRLET nos obliga a distinguir:

#### **3.2.2.1. Único centro de trabajo afectado**

Tratándose de un período de consultas que afecte a un único centro de trabajo debemos distinguir según exista, o no, representación unitaria de los trabajadores.

1. Si hay representantes legales de los trabajadores –delegados de personal o comités de empresa-.

- Si la representación unitaria es por medio de delegados de personal, uno o tres según que la empresa o centro de trabajo tenga hasta treinta trabajadores, o de treinta y uno a cuarenta y nueve<sup>316</sup>, la

---

<sup>316</sup> Cfr. art. 62. 1 TRLET.

intervención corresponderá a aquél o a aquéllos. Este deber de negociación es indeclinable según GARCÍA RODRÍGUEZ<sup>317</sup>, y la dimisión del o de los delegados de personal les privaría de la prioridad de permanencia prevista en el art. 51.5 TRLET.

- Si la representación unitaria recae sobre un comité de empresa, bien por ser una empresa con un centro de trabajo único, bien por afectar a uno solo de los centros de trabajo de la empresa que tenga comité propio por superar el número de cincuenta trabajadores<sup>318</sup>, corresponderá al comité la intervención como interlocutor en el período de consultas. Así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014, que determina que no hace falta un acuerdo específico para que el comité de empresa asuma la representación de los trabajadores, dado el carácter interlocutor que le atribuye el artículo 63.1 del TRLET, salvo que exista acuerdo de las secciones sindicales para asumirlo preferentemente.

Si conforme a lo dispuesto en el art. 66 del TRLET, el número de miembros del comité excede de trece, número máximo de miembros fijado por los arts. 41.4, párrafo 1º y 51.2, párrafo 1º, la comisión representativa deberá ajustarse a trece en proporción a la representación que cada candidatura sindical tenga en la comisión, sin que pueda excluirse a ninguna de ellas por vulnerar, dicha exclusión, el derecho de libertad sindical.

Con CABEZA PEREIRO es destacable que sobre tales representantes unitarios recae la parte más importante de las relaciones colectivas en materia de igualdad y no discriminación<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B, *Tratado de despido...*, op. cit., página 196.

<sup>318</sup> Cfr. art. 63 TRLET.

<sup>319</sup> CABEZA PEREIRO, J., "Los planes de igualdad y la negociación colectiva", *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, número 21, 2007, página 46.

## 2. Si no hay representantes legales de los trabajadores

El art. 41.4 del TRLET prevé que, a falta de representación asumida por las secciones sindicales, de representación unitaria a través de los delegados de personal o del comité de empresa, la representación podrá corresponder:

- a una comisión *ad hoc* –es decir, “a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente”-. Los preceptos mencionados se limitan a decir que la elección deberá hacerse democráticamente. Parece que serán de aplicación los arts. 77 a 80 del TRLET, relativos al derecho de reunión y, en particular, a la emisión de los votos de modo personal, libre, directo y secreto; o

- a una comisión de tres miembros “...designados según su representatividad por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”. Si la negociación se realiza por una comisión cuyos miembros han sido designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviere integrado.

### **3.2.2.2. Cuando sean dos o más los centros de trabajo afectados**

A salvo la preferencia de las secciones sindicales, y en el caso de que éstas no la ejerzan, el art. 41.4 b) TRLET, establece que la

representación corresponderá, en primer lugar, al comité intercentros siempre que se haya constituido y siempre que el convenio colectivo le atribuya tal función, todo ello en relación con el art. 63. 3 del TRLET<sup>320</sup>. La sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2013, autos 29/2013<sup>321</sup>, señala como requisitos para que el comité intercentros tenga la preferencia en la negociación, que haya varios centros de trabajo afectados, que exista comité intercentros dotado de dicha función y que las secciones sindicales no hayan ejercitado el privilegio de negociación.

La legitimación de las secciones sindicales es preferente o privilegiada tras la modificación del Real Decreto 1.483/2012, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, dado que el art. 26 del RPDC en su redacción original atribuía la intervención “...de manera preferente...” al comité intercentros. Producida la modificación en 2013, hoy parece claro que la preferencia la ostentan, en todo caso, haya o no comité intercentros, las secciones sindicales si reivindican tal privilegio.

Sin embargo, la representación de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo a través del comité intercentros, tiene grandes ventajas en orden a la fijación de la proporcionalidad entre los distintos sindicatos, dado que el art. 63.3 del TRLET, determina que este órgano, de trece miembros, guardará en su constitución la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales, lo que facilitará que en su constitución se mantenga la proporcionalidad de las

---

<sup>320</sup> El TRLET, art. 63. 3 “Solo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de trece miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro.”

“En la constitución del comité intercentros se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente.”

“Tales comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación.”

<sup>321</sup> La SAN de 26 de abril de 2013, FD, TERCERO, establece que “Por consiguiente, los requisitos, exigidos reglamentariamente, para que el comité intercentros tenga preferencia en la negociación del período de consultas del despido colectivo, son los siguientes: a. - Que la empresa tenga varios centros de trabajo afectados por el despido colectivo. b. - Que exista un comité intercentros, creado por convenio colectivo, que le otorgue dicha función. c. - Que las secciones sindicales mayoritarias no hayan ejercitado el privilegio, reconocido en el art. 51.2 ET, en relación con el art. 26.1 RD 1483/20 12.”

representaciones sindicales sin que haya que calcular, de nuevo, la intervención de representantes de cada uno de ellos.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013, rec. 87/2013<sup>322</sup>, resuelve una situación de hecho un tanto peculiar dado que, sin perjuicio de la preferencia del comité intercentros, plantea y resuelve la situación producida por una negociación afectante a varios centros de trabajo y a trabajadores sometidos a dos convenios colectivos, uno que prevé la existencia de comité intercentros y otro que no prevé tal posibilidad. En el supuesto resuelto por la sentencia, al separarse la negociación de los trabajadores sujetos a uno y otro convenio colectivo, el comité intercentros pierde la legitimación para intervenir y negociar.

A falta de las secciones sindicales o del comité intercentros, la representación corresponderá a los comités de empresa o delegados de personal de los centros de trabajo afectados. La legitimación se

---

<sup>322</sup> La STS de 25 de noviembre de 2013, FD CUARTO, resuelve señalando que, “C) Del tenor de este último precepto, se desprende -como se alega por la recurrente- una cierta preferencia del Legislador por la intervención del Comité Intercentros en el período de consultas cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo, y dado que en el inicio de dicho período la interlocución social en el seno del proceso negociador se asumió -tal como está acreditado- íntegra y exclusivamente por el Comité Intercentros previsto en el III Convenio Colectivo para el personal de empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios, en cuyo artículo 56.3 se atribuye a dicho Comité «cuantas facultades de información, consulta, ... se reconocen legalmente a los comités de empresa respecto de todas aquellas materias cuyo ámbito competencial afecte a la empresa en su conjunto», estando constituido dicho Comité por 13 miembros, de los cuales 11 correspondían a representantes elegidos por el personal de extinción de incendios, y 2 elegidos por el personal de estructura, pudiera sostenerse -como se acepta expresamente en la sentencia recurrida- que el Comité Intercentros tenía la legitimación inicial suficiente para intervenir en el período de consultas puesto que, en su inicio, el expediente afectaba a la totalidad de los trabajadores (2.291) que prestan servicios a la empresa recurrente, es decir, tanto al personal de estructuras y asistencias técnicas (420 trabajadores), como al resto de personal dedicado a la extinción de incendios. Ahora bien, la situación cambia, cuando una vez comenzado el proceso negociador se decide segregar al personal de extinción, con respecto al cual se inicia un proceso de negociación autónomo en otro expediente de extinción y suspensión de relaciones laborales y reducción de jornada, de forma y manera, que el ERE aquí objeto de enjuiciamiento, y en el cual se toma la decisión empresarial combatida en las demandas de despido, afecta únicamente a los 420 trabajadores del personal de estructura, el cual se rige por el XVI Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos, que no tiene prevista la existencia de un Comité Intercentros.”  
“Es en aquél momento, en que el ERE sigue solamente para el personal de estructuras y asistencias técnicas, cuando el Comité Intercentros previsto en el artículo 56.3 del III Convenio Colectivo para el personal de empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios forestales de la Comunidad de Castilla-La Mancha, que rige exclusivamente para el personal de extinción de incendios de la empresa recurrente, pierde la legitimación para intervenir y negociar durante el período de consultas del ERE...”



determinará, por tanto, conforme al artículo 41.4 del TRLET, que, a salvo la preferencia en todo caso de las secciones sindicales, nos permite distinguir tres escenarios:

- Que en todos los centros de trabajo afectados haya representantes legales de los trabajadores, comités de empresa o delegados de personal, caso en el que la comisión estará integrada por estos.

- Que en unos centros de trabajo haya representantes legales de los trabajadores y en otros no.

El art. 41.4.b), regla 2ª TRLET, prevé la posibilidad de que alguno de los centros de trabajo cuente con representación unitaria y otros no. En este caso, señala que la comisión estará integrada únicamente por los representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con ellos, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales, opten por la constitución de una comisión *ad hoc*, caso en el que la comisión representativa estará integrada conjuntamente por los representantes legales -de los centros en los que hay comité de empresa o delegados de personal-, y por los representantes *ad hoc* - nombrados en los centros en los que no hay representantes legales-, en proporción al número de trabajadores que representen. El art. 41.4.b), regla 2ª, introducida por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, introduce las comisiones híbridas, posibilidad recogida hoy legalmente, y que había sido, sostenida por la jurisprudencia.

Por último, el párrafo final del art. 41.4.b) 2ª del TRLET prevé que, siendo varios los centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales y que opten por no designar una comisión *ad hoc*, se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

- Si ninguno de los centros de trabajo cuenta con representantes legales, la comisión representativa estará integrada por los que sean elegidos, por y entre los miembros de las comisiones *ad hoc*, en proporción al número de trabajadores representados. Cuando el número de representantes sea superior a trece, éstos elegirán, de entre ellos, a trece representantes. La elección de tales comisiones y la concreción de trece miembros, se realizará, también, conforme a los arts. 77 y 80 del TRLET.

Para concluir, merece especial consideración la existencia de comités de empresa conjuntos a los que se refiere el art. 63.2 del TRLET cuando *"...la empresa tenga en una misma provincia o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. ..."*. Este comité será el que participará en el período de consultas que habrá de llevarse a cabo para proceder al despido colectivo de trabajadores de alguno de los centros afectados. Si el número de miembros de este comité conjunto excede de trece, parece obvio que la reducción se hará dando preferencia de permanencia a los representantes que pertenezcan al centro o centros de trabajo afectados.

Nada dicen el TRLET ni el RPDC acerca de la composición de la parte empresarial de la comisión negociadora. Será la dirección de la empresa la que deberá determinar los integrantes de la misma aplicándose a la parte empresarial la limitación de un máximo de trece miembros.

En todo caso, parece obvio que deberá integrarse en la parte empresarial de la comisión, alguna persona que tenga capacidad para adoptar válidamente los acuerdos, que constituyen la razón de ser de la propia comisión.

### 3.2.2.3. Cuestiones finales

Podemos señalar que son tres las cuestiones finales que se plantean:

La primera, si en el caso de una negociación colectiva afectante a varios centros de trabajo, puede parcelarse la negociación, realizándose tantas consultas cuantos centros de trabajo resulten afectados. Ni el TRLET ni el RPDC prevén tales negociaciones parciales, consecuencia de las cuales pudieran cerrarse acuerdos con contenidos distintos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, rec. 109/2012, señala que los legisladores, nacional y europeo, optan por un proceso único, con un resultado homogéneo, que no deje al azar del resultado de la negociación en cada centro, el contenido del eventual acuerdo extintivo.

La tesis mantenida en esta sentencia por nuestro Alto Tribunal, no parece, sin embargo, correcta al menos en lo que al tenor de la Directiva se refiere. Efectivamente, la Directiva 98/59 establece como unidad de referencia el centro de trabajo sin recoger una disposición como la de nuestro art. 51.2 TRLET, que establece que siendo varios los centros de trabajo afectados *"...La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora,..."*

Desde el punto de vista de la legislación nacional, *de lege data*, la solución es clara y es lógica en el sentido expuesto, comisión única y consulta única. Ello es así porque, el TRLET establece como unidad de referencia la empresa en su conjunto y no -como hace la Directiva- el centro de trabajo.

En apoyo de esta opinión, el art. 124 de la LRJS, no contempla más impugnación que la del despido en su conjunto y así, en su apartado 11

establece tres posibles fallos, tres posibles declaraciones jurisdiccionales sobre la decisión extintiva. Así, la sentencia podrá declarar la decisión extintiva, ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula. La norma procesal recoge una concepción unitaria y homogénea del despido.

Quienes se muestran contrarios a la admisión de una consulta diferenciada por centros de trabajo se apoyan, también, en el art. 124.3 y 11 de la LRJS, que atribuye a la sentencia recaída en un procedimiento de impugnación colectiva los efectos de cosa juzgada respecto a los despidos individuales. Si la calificación fuera múltiple provocaría una gran complejidad en la identificación de los efectos, argumento que viene a apoyar la postura de la negociación única.

En contra, puede entenderse que la trasposición de la Directiva 98/59 al derecho español no es, podría decirse, feliz. La Directiva impone las consultas, impone que haya una negociación, le impone al empresario la obligación de consultar en tiempo hábil a los representantes de los trabajadores, con la finalidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, pero no exige una consulta única.

Esto unido a que la Directiva establece como unidad de referencia el centro de trabajo y no la empresa -como hace el art. 51.1 del TRLET-, y unido a que antes de la reforma de 2012, cuando era necesaria la autorización administrativa, cabía la posibilidad de que la autoridad laboral autorizara el despido en unos centros de trabajo y no en otros, al amparo de los arts. 14.4 y 15.2 del Real Decreto 801/2011<sup>323</sup>, parece crear, cuando menos, la duda acerca de tal posibilidad.

---

<sup>323</sup> Los arts. 14. 4 y 15.2 del derogado RD 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, establecían:

Art. 14. Acuerdo en el período de consultas. “4. El acuerdo en el período de consultas requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora en los términos señalados en el artículo 11.2. Si el expediente de regulación de empleo afectase a varios centros de trabajo y se hubieran formado tantas

Sobre ello habrá de volverse en el apartado final de conclusiones.

La segunda cuestión está relacionada con la toma de decisiones.

El TRLET, desde sus orígenes en 1980, a pesar de regular el derecho de reunión y las asambleas en las que se materializa<sup>324</sup>, opta por el sistema de comités y no, por el sistema democrático directo de votación en asamblea. El asambleísmo parece generarle al legislador cierta desconfianza, privándole de un valor directo en la autotutela de los derechos de los trabajadores.

La tercera es la relativa a la concepción de la representación. El sistema español, en base a los arts. 28 y 37.1 de la Constitución Española, opta decididamente por una doble vía de representación: la representación unitaria (delegados de personal/comités de empresa) y la sindical (secciones sindicales y delegados sindicales). Atribuye a la representación unitaria un mayor valor organizativo, pero dota a la representación sindical de iguales funciones llegando a atribuirle el carácter de representantes privilegiados en determinadas materias (como el despido colectivo, según acaba de verse).

La representación parte de lo dispuesto en el art. 1.259.1 del Código Civil, que señala "*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.*". En el ámbito del procedimiento de despido colectivo, el art. 51.2 que remite al 41.4, se

---

*comisiones negociadoras como centros afectados, se requerirá que se hubiera alcanzado el acuerdo en todas ellas, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 15.2."*

Art. 15. "*Desacuerdo en el período de consultas. "2. La resolución de la autoridad laboral será motivada y congruente con la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa o causas alegadas por el empresario y la razonabilidad de la medida extintiva solicitada en los términos señalados en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores."*

*"Procederá la estimación en parte de la solicitud cuando, acreditada la causa extintiva, en la documentación obrante en el expediente no quede suficientemente justificada la razonabilidad del número de extinciones pretendido."*

*"En el caso de expedientes de regulación de empleo que afecten a dos o más centros de trabajo, la estimación en parte podrá referirse a un centro de trabajo determinado, por las razones señaladas en el párrafo anterior."*

<sup>324</sup> Véanse los arts. 77 y siguientes TRLET.

refiere a la representación, fijando la legitimación para participar en el periodo de consultas.

A la vista de los artículos citados, puede distinguirse:

- Si hay representantes sindicales –secciones sindicales-, que acuerden la intervención en el período de consultas o representantes legales unitarios –comité de empresa o delegados de personal-, la legitimación para negociar les viene dada legalmente a ellos; es, por tanto, un supuesto de representación legal, que queda supeditada, en cuanto a las primeras –las secciones-, a que reclamen su representación.

Es precisamente el carácter legal de la representación, el que impide la intervención directa de los trabajadores afectados, así como la negociación paralela llevada a cabo por la empresa.

A estos representantes legales –unitarios o sindicales- es, también, a los que corresponde la legitimación procesal conforme al art. 124. 1 y 3 de la LRJS.

- A falta de representantes sindicales o unitarios (representación que podríamos calificar de orgánica), la negociación puede ser llevada a cabo por los trabajadores atribuyendo su representación a una comisión *ad hoc*.

De *lege data* no parece admisible que con carácter general se pueda sustituir la comisión *ad hoc* por la participación directa de los trabajadores. La comisión *ad hoc* es un órgano representativo extraordinario<sup>325</sup>cuya existencia tiene lugar en defecto de representación legal -unitaria o sindical-. Ahora bien, el art. 41.4 establece que en

---

<sup>325</sup> Así lo califica la STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013.

defecto de la representación unitaria o sindical, "podrán" nombrar una comisión *ad hoc* o una comisión sindical.

La expresión verbal "podrán", utilizada por el art. 41.4, no parece excluir que la legitimación negocial se atribuya a los trabajadores de la empresa, posibilidad que, en ocasiones, se ha admitido por la jurisprudencia<sup>326</sup>, en empresas con un reducido número de trabajadores que, de modo unánime, deciden negociar personalmente. Ello supone que serían los propios interesados, es decir los trabajadores de la empresa, quienes negociarían "in proprio nomine".

Esta posibilidad de negociación ha planteado numerosas dudas, lo que hace necesario analizar las dos posiciones contradictorias, las dos posibles interpretaciones al respecto.

La primera de ellas entiende<sup>327</sup> que el acuerdo alcanzado en este caso será un acuerdo de naturaleza plural, no de naturaleza colectiva, es decir lo considera como un pacto individual con cada uno de los trabajadores que lo aceptan, pero sin eficacia colectiva y, por tanto, sin afectar a los trabajadores discrepantes.

La segunda opinión parte del hecho de que los trabajadores que optan por no designar una comisión *ad hoc*, asumen todos ellos la negociación, negociando no a título individual o particular sino con carácter colectivo, de igual forma que la comisión *ad hoc* a la que sustituyen. El hecho de que los trabajadores decidan asumir todos ellos la negociación en lugar de constituir una comisión *ad hoc*, hace que adquieran la condición de representantes colectivos con la misma representatividad que la comisión de tres miembros que habrían podido nombrar de entre ellos. El hecho de que pueda haber disidentes, los que voten en contra al término del periodo de consultas, no impide les sea de aplicación del acuerdo ya que aceptaron ese modo de negociar, lo que

---

<sup>326</sup> Véase la STS de 23 de marzo de 2015, rcud. 287/2014.

<sup>327</sup> Véase la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2013, rec. 3.833/2013.

supone asumir la naturaleza representativa de todo el colectivo que lleva a cabo la negociación -toda la plantilla-, llegando al acuerdo correspondiente<sup>328</sup>.

En apoyo de esta tesis la jurisprudencia pone de manifiesto que, a diferencia de los casos de representación legal, en los de representación voluntaria (conviene recordar la expresión "*podrán optar por atribuir su representación*", art. 41.4.c) carecería de sentido no permitir la negociación *in proprio nomine* y admitir solo la negociación *in alieno nomine*.

Cuestión distinta de la legitimación negocial es la legitimación procesal. Plantea dudas en esta materia la redacción del art. 124.1 y 3 de la LRJS, relativos a la impugnación colectiva y a la llamada acción de jactancia. En ambos números del precepto citado, la dicción empleada "*representantes legales*" y "*representantes de los trabajadores*" (números 1 y 3 respectivamente), ya había suscitado el problema de entender si las comisiones *ad hoc* estaban o no legitimadas activa y pasivamente en el ejercicio de las acciones colectivas.

La cuestión se había planteado y resuelto en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (especialmente, la antes mencionada de 18 de marzo de 2014), en base a la obvia circunstancia de que no dotar de legitimación activa a la comisión *ad hoc*, haría inatacable el despido colectivo y la decisión empresarial, lo que implicaría que solo se admitiesen las reclamaciones individuales, cerrando el paso a la reclamación colectiva.

Admitida jurisprudencialmente la legitimación de la comisión *ad hoc*, no parece coherente conceder legitimación a la parte -la comisión *ad hoc* - y negársela al todo -todos los trabajadores de la empresa que han asumido directamente la negociación-.

---

<sup>328</sup> SSTs de 23 de mayo de 2015, rcud. 287/2014 y de 10 de octubre 2019, rcud. 966/2017.



Sin perjuicio de entender que la LRJS deberá corregir su redacción actual recogiendo la legitimación de las comisiones *ad hoc*, quizá fuera conveniente que se previera, dentro de la casuística de la representación, la posibilidad de que en empresas pequeñas, carentes de representación unitaria o sindical, se admita legalmente que sus trabajadores asuman la negociación conjuntamente en su propio nombre, atribuyéndoles la legitimación para negociar y la legitimación procesal, activa y pasiva, en el ejercicio de las acciones de carácter colectivo.

#### **4. Documento de inicio y documentos que lo acompañan**

Al documento de inicio se refieren el art. 51.2 TRLET y los arts. 2 y 3 RPDC. El art. 2 del RPDC, señala que se iniciará por escrito, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas "*dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores con el contenido*" y acompañado de la documentación que establece el propio RPDC, que ha sido analizada anteriormente, distinguiendo la documentación general y la específica según cual sea la causa alegada.

No obstante, además de los requisitos que en esos preceptos se establecen con carácter general, hay convenios colectivos que exigen una reunión previa al inicio de cualquier procedimiento de despido colectivo.

La comunicación de la apertura del período de consultas hecha formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, lleva consigo la exigencia relativa a la aportación de la documentación, la analizada en un capítulo anterior, lo que supone en los despidos objetivos colectivos, una pieza esencial del sistema legal de control de la objetividad de la decisión, permitiendo a los trabajadores

negociar con total conocimiento de la situación y a la autoridad judicial controlar la legalidad de la medida adoptada por la empresa.

A la documentación se refieren el art. 51.2 TRLET -especificación de las causas de despido; número y clasificación profesional de los trabajadores afectados; número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; período previsto para el despido; criterios para la designación de los trabajadores afectados; copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o sus representantes de la intención de iniciar el procedimiento; y representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales-, y el art. 3 del RPDC, *"...a la que deberá acompañarse, según la causa alegada, la documentación establecida en los artículos 4 y 5."*, como se indicó.

La comunicación del inicio del período de consultas hecha por escrito a los representantes de los trabajadores, una copia de la cual se hará llegar a la autoridad laboral, debe recoger dichos extremos y, además, la memoria explicativa de las causas, la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, *"...en los términos que reglamentariamente se establezcan."*

La documentación que debe proporcionar la empresa a la representación legal de los trabajadores, con la comunicación de la apertura del período de consultas, ha generado numerosos conflictos y ha sido objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

Si la empresa no aporta la documentación fijada por el TRLET o por el RPDC, o la documentación, que siendo pertinente, sea solicitada durante el procedimiento de despido colectivo, esa falta de aportación producirá la nulidad conforme al art. 124.11 de la LRJS, tal como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2013, rec.

78/2013<sup>329</sup>, exigencia que han dulcificado los tribunales de justicia si se llega a alcanzar un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2013, rec. 225/2013 y 16 de mayo de 2014, rec. 500/2013<sup>330</sup>, entendiéndose esta última, que los defectos de información no han impedido que el período de consultas cumpla su finalidad.

Además, la obligación de negociar de buena fe, recogida por el TRLET, impone a la empresa la obligación de que la información suministrada sea completa y veraz, habiendo sido numerosas las sentencias que han abordado las deficiencias en la entrega de la documentación prevista en estos artículos.

Los preceptos indicados pretenden que la representación legal de los trabajadores tenga la información suficiente para conocer las causas de despido y pueda acometer el período de consultas con garantía, para cumplir la finalidad que la ley le atribuye, en cuanto a las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, y en relación

---

<sup>329</sup> La STS de 19 de noviembre de 2013, FD. CUARTO, declara: “...Por último y a propósito del defecto denunciado en la documentación aportada y que ha sido causa determinante de la declaración de nulidad, la sentencia, tras rechazar la alegada indefensión producida por la falta de precisión de dicha imputación en la demanda, aun admitiéndola como cierta, afirma que se ha facilitado un cuadro comparativo de 2010, 2011 y 2012 pero no se proporcionaron las cuentas de la sociedad de ese año firmadas por el administrador, lo que pudo hacerse ya que el periodo de consultas se inició el 5 de julio de 2012 .(sic). La sentencia subraya que si solamente hubiera faltado el informe de auditoría por causa no imputable a la empresa y se hubiera emitido posteriormente en sentido favorable y proporcionado al comité, la solución habría sido distinta, pero la mera aportación de los referidos cuadros incumple la obligación porque no se han entregado los documentos y tampoco las cuentas de 2012...”

<sup>330</sup> La SAN de 16 de mayo de 2014, FD SÉPTIMO, fine, indica: “... Por tanto, si bien es cierto que la información recabada no se suministró amparada en documentos precisos sino de forma verbal, y dado que la parte actora no la impugna como incierta y como luego se analizará resulta trascendente para la estimación parcial de la demanda, la conclusión que en este caso se alcanza acerca del cumplimiento del deber de información es que aquella relevante para poder alcanzar acuerdos en el periodo de consultas se proporcionó adecuadamente, dándose así cumplimiento a las exigencias al respecto sostenidas en las STS de 27-5-2013 RJ 7656 y 20-3-2013 RJ 2883 y SAN de 1-4-2013 JUR 111737 y 20-5-2013 AS 1743 que indican que el deber de información se vulnera cuando se hurta en el proceso de negociación aquella información trascendente para una solvente toma de decisiones en el periodo consultivo por parte de la comisión representativa.”

“Dicho de otro modo la nulidad prevista en el art. 124.11 LRJS sería de aplicación, no con causa en todo defecto de aportación documental, sino que se reservaría para aquellos casos en los que el empresario no hiciera entrega de documentos dotados de la cualidad de trascendencia negocial que se acaba de perfilar, perjudicando así que el proceso negociador se entablara adecuadamente, lo que aquí no ha ocurrido.”

a las medidas sociales de acompañamiento dirigidas a la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos.

Con frecuencia se ha planteado si la enumeración legal de documentos tiene carácter *ad solemnitatem*, de manera que cualquier carencia documental producirá la declaración de nulidad. Sobre este punto, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que debe decidirse caso por caso y que la nulidad vendrá determinada por la falta de garantías del derecho a negociar. Así se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> La importante STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, FD SEXTO, declara que: “...3.- *Doctrina respecto de la aportación documental obligada.- De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, expresada en multitud de sentencias dictadas por el Pleno de la Sala [valgan de ejemplo, aparte de otras muchas, las SSTS 20/03/13 -rco 81/12-, asunto «Talleres López Gallego»; 27/05/13 -rco 78/12-, asunto «Aserpal»; ...; 25/06/14 -rco 273/13-, asunto «Oesia Networks»; 17/07/14 -rco 32/14-, asunto «Sic Lázaro»; ...; 20/11/14 -rco 114/14-, asunto «Unitono»; 03/12/14 -rco 201/13-, asunto «FSVE»; ... 25/03/15 -rco 295/14-, asunto «Vinnell-Brown and Root LLC»; ...; y 16/06/15 -rco 273/14-, asunto «Grupo Norte Soluciones de Seguridad»].”*

*“a).- «... la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011; art. 4.2 RD 1483/12] 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 ... En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la 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, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos ... esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos».”*

*“b).- «... el examen de las exigencias formales que ha de cumplir el periodo de consultas ha de hacerse partiendo de la finalidad perseguida por la norma y ésta no tiene otra sino 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. Y precisamente en este sentido «se orienta el artículo 2.3 de la 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, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos ... esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos».”*

*“c).- «... 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... Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET, conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando « el empresario no haya...entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET, de*

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012, declara la nulidad del despido cuando la

---

*acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas 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, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS].»*

*“d).- «En suma, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET.»*

*“4.- Cumplimiento material -que no formal- de la obligación.- Ahora bien, en el concreto caso de que tratamos no cabe pasar por alto que anteriormente hayamos admitido -FJ Tercero.1- la modificación del sexto de los HDP, con redacción expresiva -nos remitimos al texto arriba recogido- de que el examen comparativo de las cuentas «definitivas» de 2012 y de las «provisionales» de 2013, evidenciaban que el «estado de cambios en el patrimonio neto» alcanzaba una variación -en menos- de 1.278.00 euros [es decir, el 0,000787%, debido -según la recurrente- «al efecto de redondeo del formato oficial de las cuentas anuales en miles de euros»]; y que la correspondiente al «estado de flujos de efectivo » suponía -también en menos- 5.000.000 euros.”*

*“Supone esta afirmación -acreditada por los descriptores 279 y 280- que la finalidad atribuible a la documental exigida por el legislador [... 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...], tal como más arriba expusimos] se hallaba plenamente lograda con la aportación material de los datos a que los documentos se refieren, de manera que la ausencia formal de tales documentos carece de la exigible trascendencia para viciar de nulidad la decisión adoptada en el PDC [nos remitimos a la doctrina que hemos reproducido].”*

*“Aparte de ello, a la misma conclusión también llevan otras varias consideraciones: a) en primer lugar, de las causas de oposición al PDC manifestadas por los sindicatos a la Inspección de Trabajo, ninguna de ellas hace referencia a la insuficiencia de la documental aportada, e incluso se hace expresa indicación de que tres de los sindicatos accionantes -CCOO, UGT y CSI-F- manifiestan que «se ha aportado tanto la legal como la adicional solicitada», siquiera en algún supuesto se hubiese entregado con retraso y ello hubiera dificultado su examen; b) en segundo término, a igual conclusión -suficiencia documental- apunta la circunstancia de que la parte social hubiese llegado en su día a un acuerdo -siquiera condicionado a ratificación por los trabajadores- con la empresa promovente del expediente; c) asimismo, en el mismo sentido de suficiencia documental apunta el copioso «listado información solicitada RLT en periodo consultas PDC TRAGSA» que figura en el descriptor 685 [120 peticiones documentales], que fue cumplidamente atendido por la Empresa y que -como sostiene el Ministerio Fiscal- «sólo puede ser calificado de agotadoramente exhaustivo», por lo que este «formidable balance documental» - como lo denomina, no sin razón, el recurso- no entenderse deficitario hasta el punto de generar indefensión para los negociadores del PDC y producir la consiguiente nulidad de la decisión extintiva; y d) finalmente, como corolario argumental cabe decir que las precedentes circunstancias -sobre todo la más arriba indicada, de que los datos fueron materialmente aportados- deben ponerse en relación con nuestra doctrina acerca de la exigible coherencia entre la fase de consultas y la reclamación judicial, extremo sobre el que hemos afirmado -sobre ello volveremos más adelante- que tal coherencia es consecuencia obligada de la buena fe y componente determinante para la apreciación de defectos en el periodo de consultas (así, la -ya citada- STS SG 17/07/14 -rco 32/14-, asunto «Sic Lázaro», FJ 3.2), a la par que -añadimos ahora- no deja de ser una manifestación -siquiera indirecta- 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 (siquiera para supuesto diverso, y ciertamente más evidente, las SSTS -entre las recientes- de SG 17/07/14 -rco 32/14-, asunto «Sic Lázaro», FJ 7.3 ; y SG 16/06/15 -rco 273/14-, asunto «Grupo Norte Soluciones » ).”*

memoria y la documentación económica entregadas, no permitan a la representación de los trabajadores tener un conocimiento suficiente de la causa de despido, de forma que el período de consultas no cumple su finalidad<sup>332</sup>. La sentencia recoge la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012. Esta última señala que la memoria de causas es sumamente genérica sin indicación de cifras, datos económicos o previsiones, no completándose la misma siquiera con los anexos, inexistentes, ni con la documentación contable legalmente exigida. Así mismo señala que la falta de información sobre el entramado empresarial supone la infracción del período de consultas previsto en el art. 51.2 TRLET<sup>333</sup>. La jurisprudencia atribuye un carácter instrumental a los requisitos formales lo que obliga a efectuar un análisis caso por caso,

---

<sup>332</sup> La STS de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012, FD CUARTO, dice que: “... De lo anterior ya se desprende con claridad 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. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la 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, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.”

“Y esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, ya se ha visto que en el caso examinado en absoluto se llevó a cabo, lo que supone una clara vulneración de lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que de conformidad con lo previsto en el 124.9 LRJS (redacción anterior) ha de conducir, tal y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, a la nulidad de la decisión empresarial, teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible.”

“Además, la relatada conducta omisiva en la aportación de esa documentación mínima y la desinformación que produjo de manera inevitable en los representantes de los trabajadores, en el presente caso afectó a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas, y no tanto porque no se moviesen la posiciones empresariales en el curso de las tres reuniones, sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo aparentemente sostenidos únicamente con la empresa «Talleres López Gallego. S.L.». Estos hechos entonces privaron realmente de contenido al legalmente exigible periodo de consultas y le otorgaron la condición de lo que la sentencia recurrida califica por parte de la empresa de mera intención de cumplimentar un trámite formal.”

<sup>333</sup> La STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012, FD SEGUNDO, declara que: “...En definitiva, la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible: a) por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general; y b) por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa.”

señalando que la nulidad del despido vendrá determinada, como acaba de verse, por la falta de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse que ha tenido lugar si falta la información suficiente, lo que impide cumplir los fines del art. 51 TRLET<sup>334</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene que la empresa podrá entregar la documentación en la que base su decisión a lo largo de todo el período de consultas, dotando a esta entrega de cierta flexibilidad, entendiendo que puede hacerse en todo momento, entregando la documentación a medida que la obtenga; es decir, el inicio del período de consultas no quedará pospuesto al momento en el que pueda proporcionarse toda la documentación, pudiendo entregar una parte al inicio y completarla a lo largo de todo el periodo<sup>335</sup>.

La obligación impuesta al empresario de entregar toda la documentación e información, que prevén los arts. 51.2 del TRLET y 3 a 6 del RPDC, está intrínsecamente unida a la actuación de buena fe que debe presidir todo el proceso, debiendo entregar *“toda la información pertinente”*<sup>336</sup>.

La fórmula legalmente empleada *“información pertinente”*-, es una expresión abierta, que ha sido objeto de concreción mediante la interpretación que han venido realizando los tribunales de justicia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012, señala que, no todo incumplimiento produce la nulidad prevista en el art.

---

<sup>334</sup> Así, la STS de 17 de julio de 2014, FD SEGUNDO, fine, indica: *“Para expresarlo más resumidamente, «[e]n suma, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET » (STS SG 25/06/14 -rco 273/13).”*

<sup>335</sup> Así la STJUE de 10 de septiembre de 2009.

<sup>336</sup> Art. 2 de la Directiva 98/59.

124 de la LRJS, sino solo el "*que sea trascendente a efectos de una negociación adecuadamente informada*".

La obligación de entrega de la documentación es esencial en el cumplimiento empresarial de su deber de información, y está íntimamente unida a la exigencia de buena fe. El empresario deberá acompañar la documentación legalmente prevista y cualquier otra que considere relevante para el desarrollo del periodo de consultas. Recibida la documentación por la representación de los trabajadores, si la estiman insuficiente, deberán solicitar del empresario, aquélla cuya entrega consideren necesaria. Es decir, el deber de información tiene un carácter instrumental de modo que no todo incumplimiento determina la nulidad, por lo que la falta de aportación de documentos que resultan intrascendentes, no la produce<sup>337</sup>.

En cuanto a la forma de cumplir la obligación de aportar la documentación pertinente, el Tribunal Supremo ha admitido que pueda aportarse verbalmente, entendiendo que no es el soporte a través del que se suministra la información, el que determina la nulidad, sino que es la entrega o no de dicha información pertinente la relevante a efectos de la nulidad<sup>338</sup>. También jurisprudencialmente se ha admitido que, algunos de los documentos legalmente exigidos, se aporten una vez ha comenzado el periodo de consultas mediante la ampliación de información<sup>339</sup>.

En definitiva, la valoración de la información entregada viene condicionada por dos aspectos: la doctrina gradualista y la óptica finalista. La doctrina gradualista, ha llevado a los tribunales de justicia a declarar la nulidad del procedimiento de despido colectivo por falta de entrega de la documentación pertinente, o a considerar no vulnerado el derecho de información, si los documentos solicitados no son

---

<sup>337</sup> Véase, entre otras, la STS de 20 de julio de 2016, rec. 323/2014.

<sup>338</sup> STS de 20 de julio de 2016, rec. 323/2014, caso PANRICO.

<sup>339</sup> Así, la STS de 21 de mayo de 2014, rec. 249/2013.



relevantes<sup>340</sup>. En lo que a la óptica finalista se refiere, desde esta perspectiva se entiende que no queda cubierta la obligación de suministrar la información pertinente en los casos en los que la empresa aporta la documentación legalmente exigida pero no otra, solicitada por los representantes de los trabajadores, que sea útil y pertinente para llevar a cabo el periodo de consultas.

Por ello, la falta de aportación, o la aportación defectuosa de la documentación justificadamente solicitada por los representantes de los trabajadores, supondrá una infracción de la obligación informativa que viciará el procedimiento<sup>341</sup>. Aportada la documentación legalmente exigida, la carga de la prueba relativa a la necesidad de aportar más documentos, solicitados por los representantes de los trabajadores, corresponderá a éstos, que deberán justificar, razonadamente, la solicitud de más información.

A la vista de la doctrina y la jurisprudencia pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Las consultas en el despido colectivo son, como se ha visto, una manifestación del derecho de negociación colectiva, recogido en el art. 4 TRLET.

- El incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de información y entrega de documentación es una actitud contraria al principio de buena fe que debe presidir el periodo de consultas impidiendo que éste cumpla su finalidad, a saber, según el art. 51.2 TRLET, "*...La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...*".

---

<sup>340</sup> En este sentido, la STS de 18 de mayo de 2017, rec. 71/2016.

<sup>341</sup> Véanse las STS 18 de mayo de 2017, rec. 71/2016, que se refiere a la de 18 de julio de 2014, rec. 288/2013.

- La valoración del cumplimiento empresarial de la obligación de información debe hacerse en cada caso concreto, analizando si la documentación presentada es suficiente, produciéndose la nulidad, caso de ser insuficiente. La jurisprudencia, más que a la entrega de los documentos establecidos en el RPDC, atiende a que la documentación presentada explique la situación de la empresa, dé a conocer las causas en las que se justifica el despido colectivo y fundamente las medidas que pretende aplicar.

Lo relevante es disponer de la información pertinente que permita que la negociación sea veraz y, por ende, eficaz como con claridad recoge la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2013<sup>342</sup>. En el mismo sentido, la del propio Tribunal de 11 de noviembre de 2014, rec. 251/2014<sup>343</sup>.

A la vista de todo ello, se puede concluir que, la enumeración de documentos realizada por el RPDC, no tiene valor *ad solemnitatem* y no toda carencia documental genera la declaración de nulidad, excluyéndose de tan radical consecuencia, los documentos que resultan intrascendentes para proporcionar la información que permita la adecuada negociación dirigida a obtener un acuerdo sobre los despidos<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> La SAN de 24 de julio de 2013, rec. 144/2012, F.D. CUARTO, declara: “*Por consiguiente, aunque la aportación de las cuentas consolidadas de la matriz era información pertinente, puesto que era decisiva para que el período de consultas alcanzase sus fines, al haberse probado que se dispuso de la misma desde el día siguiente al inicio del período de consultas por los representantes de los trabajadores, quienes la ponderaron en dicho período, concluido con éxito, debemos descartar que el período de consultas se realizara en fraude de ley, como denuncian los actores, entendiéndolo, por el contrario, que los representantes de los trabajadores dispusieron de la documentación pertinente, que les permitió alcanzar el acuerdo durante el período de consultas.*”

<sup>343</sup> La SAN de 11 de noviembre de 2014, FD QUINTO afirma: “*... Se trata, por tanto, de una negociación compleja, cuyo recto desarrollo, conforme dispone el art. 2.3 Directiva 1998/59/CE, transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 51.2 ET, obliga a la empresa, que promueva el despido colectivo, a proporcionar a los trabajadores la información pertinente, entendiéndose como tal aquella que permita asegurar que el período de consultas está en condiciones de alcanzar sus fines, como se ha defendido por la doctrina comunitaria, por todas STJUE de 16- 07 y 10-09-2009, C-12/2008 y C-44/2008.*”

<sup>344</sup> Así lo recoge la STS de 22 de febrero de 2018, rec. 192/2017.

La buena fe en la negociación impone aportar la documentación suficiente, siendo esa aportación, como se ha visto, una obligación finalística que se cumple si se logra el fin perseguido, por lo que la norma reglamentaria establece un requisito *ad probationem* y no *ad solemnitatem*<sup>345</sup>.

Los tribunales exigen, también, coherencia en la actitud de los representantes de los trabajadores, durante la negociación y en la reclamación judicial, en el sentido de entender que, si durante el período de consultas admitieron cierta documentación o no reclamaron otra, no pueden pretender la nulidad por la insuficiencia o por la falta de entrega de dicha documentación. Así lo recogen, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec. 46/2013<sup>346</sup> y de 28 de enero de 2014, rec. 46/2013<sup>347</sup>.

La documentación aportada por la empresa será suficiente si ha permitido a los representantes legales de los trabajadores conocer documentalmente la realidad de la causa y, así, intervenir de modo efectivo en el período de consultas. En este sentido, la sentencia de la

---

<sup>345</sup> STS de 20 de diciembre de 2016, rec. 128/2016, que recoge las SSTs de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012; 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012; 19 de noviembre de 2013, rec. 78/2013; 5 de febrero de 2015, rec. 74/2014 y 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013, entre otras.

<sup>346</sup> La STS 27 de mayo de 2013, F.D. QUINTO, señala "4.- Por ello, la posible falta de algún documento financiero/contable -como el informe de gestión- relativo a la empresa que ha adoptado la decisión extintiva [«Aserpal, S.A.»] o los posibles defectos observables en los que sí constan aportados, no tendrían trascendencia suficiente a los efectos negociadores durante el periodo de consultas, tanto porque no habían obstado a que los representantes de los trabajadores tuviesen un conocimiento cabal de la situación que permitiese negociar adecuadamente la razonabilidad de las medidas propuestas para hacer frente a la crisis económica, cuanto porque la propia parte social no les había atribuido la importancia exigible para que su ausencia o defecto en la presentación pudieran acarrear la nulidad de la medida empresarial que se impugna."

<sup>347</sup> La STS 28 de enero de 2014, F.D. TERCERO, matiza: "...Pero el motivo se desestima. En cuanto a la supuesta falta de entrega de la memoria a la representación de los trabajadores, es una denuncia que no puede prosperar al no haberse aceptado la modificación fáctica que se intentó al respecto. Bastará aquí con reiterar los argumentos anteriormente expuestos para el rechazo de la revisión fáctica del Hecho Tercero, pues, si la representación "ad hoc" no recibió del delegado de personal, ni tampoco le solicitó, la documentación que obraba en su poder, no se entiende como entra en la negociación sin exponer a la patronal su falta completa de información al respecto, para lo cual no es necesario tener ninguna experiencia negociadora especial. Por tanto, no puede decirse que la empresa incumplió las exigencias del art. 51.ET en este punto."

Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2014, rec. 251/2014<sup>348</sup>, atribuye al período de consultas un objetivo finalista.

En cuanto al plazo para analizar la documentación presentada, es interesante reflejar que la jurisprudencia señala que, salvo que se haya solicitado una prórroga, no podrá alegarse que el plazo de examen fue insuficiente<sup>349</sup>.

La empresa está obligada a aportar la documentación relevante que obre en su poder sin que tenga obligación de elaborar ni de aportar, por obvias razones, documentos inexistentes, ni tiene obligación de entregar documentos innecesarios, aunque su entrega sea solicitada por la representación de los trabajadores<sup>350</sup>.

Muchos pronunciamientos jurisprudenciales han fijado supuestos de incumplimientos del deber de entrega de la documentación. Entre

---

<sup>348</sup> La STS de 11 de noviembre de 2014, rec. 251/2014, FD. QUINTO, dice *"El período de consultas del despido constituye una manifestación típica de la negociación colectiva, por todas STS 24-07-2014, rec. 135/2013. - Los objetivos del período de consultas son finalistas y obligan a todos los negociadores a promover una negociación de buena fe orientada a evitar el despido, reducir sus efectos y aliviar sus consecuencias para los trabajadores afectados, por todas STJUE de 16-07 y 10-09-2009, C-12/2008 y C-44/2008; STS 27-05-2013, rec. 78/2012 y 17-07-2014, rec. 32/2013."*

<sup>349</sup> Así lo recoge con claridad la STS 20 de noviembre de 2014, F.D. SEXTO, dice: *"Es cierto que ese día se celebró la última reunión del periodo de consultas, sin embargo nada impedía que CGT solicitara una prórroga de dicho periodo, si necesitaba comprobar las cuentas presentadas, lo que no solicitó..."*

<sup>350</sup> Así, las SSAN de 24 de noviembre de 2011, rec 251/14 y especialmente la de 11 de noviembre de 2014, FD. QUINTO, dice: *"... Ahora bien, el presupuesto constitutivo, para que la empresa esté obligada a la aportación de documentación relevante, es que dicha documentación obre en su poder, como hemos defendido en SAN 16-05-2014, proced. 500/2013 y 12-06-2014, proced. 79/2014), no siendo exigible la aportación de documentos inexistentes, así como la elaboración de documentos a petición de los representantes de los trabajadores, por cuanto dicha exigencia excede claramente lo exigido legalmente y desborda con mucho las fronteras de la buena fe exigidas al empresario. - Por consiguiente, el empresario deberá aportar documentación pertinente que obre en su poder, pero no estará obligado a la aportación de documentos inexistentes, ni tampoco a elaborarlos durante el período de consultas."*

*"Así pues, acreditado que el empresario aportó en tiempo hábil toda la documentación exigible legal y reglamentariamente, así como un número significativo de documentos relacionados en el hecho probado quinto, exigidos reiteradamente por los representantes de los trabajadores, quienes después no los han hecho valer en la impugnación del despido colectivo, acreditando, de este modo, que la exigencia de la mayor parte de la documentación reclamada era innecesaria, debemos despejar, si la negativa de la empresa a la aportación de las cuentas provisionales de los primeros cinco meses de 2013 constituyó una vulneración de sus deberes de información, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa."*

ellos, siguiendo a los hermanos GUALDA ALCALÁ<sup>351</sup>, podemos hacer referencia:

- Supuestos en los que existen operaciones en "B". La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014, rec. 42/2013, ante la alegación de la empresa relativa a que lleva a cabo operaciones en "B", entiende que no es un obstáculo para que pueda reducir su plantilla si las ventas o ingresos se reducen significativamente. Señala que sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas, no sería obstáculo para el despido colectivo, siempre que los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas, y el órgano judicial en el momento de dictar sentencia, conocieran la contabilidad real de la empresa que permitiera, deliberar a aquéllos y decidir a éste sobre la idoneidad, adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva propuesta. Añade que el hecho de que la empresa haya conseguido ocultar datos contables a la administración tributaria, no supone la sumisión a esa apariencia de los demás acreedores ni especialmente de los trabajadores<sup>352</sup>. La falta de entrega de la contabilidad real supone incumplir la obligación legal de negociar de buena fe; impide que la negociación pueda servir a los fines legalmente previstos.

- Nulidad del despido colectivo por causas económicas por incumplimiento del deber de documentación. Así resulta, como se acaba de ver, de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30

---

<sup>351</sup> GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ, M., *La aplicación del ...*, op. cit., páginas 139 y ss.

<sup>352</sup> STS de 18 de febrero de 2014, rec. 42/2013, FD. QUINTO, afirma que: "1.-...d) Insta, igualmente, la parte empresarial recurrente que se declare, con las derivadas consecuencias en orden a la pretendida justificación del despido colectivo, que si una empresa lleva a cabo alguna o algunas operaciones en B ello no debe ser obstáculo a que pueda reducir su plantilla si las ventas o ingresos se reducen significativamente. Ciertamente ello no sería obstáculo a la posible procedencia de tal decisión empresarial, pero siempre que los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas y el órgano judicial en el momento de dictar sentencia conocieran la contabilidad real de la empresa para poder deliberar aquéllos y decidir éste sobre la idoneidad, adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva propuesta, y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales procedentes; pero, lógicamente el mero hecho de haber logrado la empresa ocultar datos trascendentes de su realidad contable al acreedor tributario no comporta que los restantes acreedores, y menos los trabajadores, tengan que someterse a la ficción de unas cuentas cuya certeza y realidad ha quedado desvirtuada."

de mayo de 2012, rec. 17/2012, en la que se establece que la memoria genérica sin cifras, datos económicos o previsiones, que no ha sido completada supone incumplir el procedimiento y ello es lo que justifica la declaración de nulidad.

- Nulidad por insuficiencia de la documentación por existir un grupo de empresas a efectos laborales. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012, rec. 10/2012, tras apreciar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y como consecuencia de ello, señala que no se ajustan a la legalidad, ni la documentación ni el objeto de la consulta, al no tomar en consideración y no basarse la medida en las circunstancias reales del grupo de empresas<sup>353</sup>.

- Igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2012, rec. 32/2012, declara la nulidad por falta de presentación de la documentación legalmente exigida, por basarse la pretensión empresarial en informes técnicos, carentes de garantía de veracidad en su elaboración, lo que supone igualmente no ajustarse a las exigencias de la buena fe impuestas legalmente.

---

<sup>353</sup> La STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, rec. 10/2012, F.D. CUARTO, señala: “2.- Como consecuencia de ello, ni la documentación facilitada a los representantes, ni el objeto de la consulta se ha podido ajustar a las exigencias del art. 51.2 ET y del artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio). En efecto, la documentación entregada y por lo tanto los elementos fácticos sobre los que descansa la concurrencia de la causa, adolecen de la no consideración de las circunstancias reales en las que se encuentra el conjunto de empresas que constituyen el grupo a efectos laborales, sin que por tanto las causas especificadas sean conforme a las exigencias dispuestas en el artículo 51.2 a) del Estatuto de los Trabajadores.”

“3.- El período de consultas que, según la Directiva 98/59, debe versar como mínimo sobre la consulta a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo, no se ha podido sustentar sobre bases sólidas, al existir un desacuerdo de los trabajadores en cuanto a la documentación entregada y así manifestado en el escrito remitido a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo (folios 32 a 38), sin que por la empresa se haya subsanado dicha deficiencia con la entrega de la documentación del grupo de empresas que le era reclamada, persistiendo en su resistencia en la determinación de la condición de empresario real a todas las empresas del grupo.”

“Por todo lo expuesto, y a tenor de lo previsto en el artículo 124 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en su apartado 9, debemos declarar nula la decisión extintiva empresarial notificada a la comisión de representantes y a la autoridad laboral el 2 de marzo de 2012, al concurrir en la misma fraude de ley, al no efectuar la misma quién tenía su condición real de empresario a los efectos laborales y a los previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.”

Por último, en cuanto al momento de la aportación, como se ha visto, parece evidente que la documentación deberá entregarse desde el momento en que la empresa la tenga en su poder, es decir, no tendrá que esperar a disponer de toda la documentación para iniciar el período de consultas, sino que es perfectamente válida la aportación de la documentación a medida que disponga de ella.

Se vuelve en este punto, a la esfera de la buena fe; la finalidad del período de consultas –evitar o reducir los despidos o atenuar sus consecuencias–, serán las que determinen el carácter extemporáneo o no de la entrega<sup>354</sup>.

## **5. La intervención de la autoridad laboral**

La autoridad laboral tiene gran importancia en el derecho moderno por las funciones que, tanto la legislación nacional como comunitaria, le atribuyen.

---

<sup>354</sup> En este sentido, la STJUE, Asunto C 44/08, de 10 de septiembre de 2009, señala: “53 En efecto, como subrayó el Abogado General en los puntos 64 y 65 de sus conclusiones, la lógica de esta disposición es que el empresario facilite a los trabajadores la información pertinente a lo largo de todo el proceso de consulta. 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. Por otra parte, 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.”

“54 De lo anterior se deduce que el inicio de las consultas no puede depender de que el empresario pueda proporcionar ya a los representantes de los trabajadores toda la información mencionada en el artículo 2, apartado 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 98/59.”

“55 Por tanto, procede responder a la segunda cuestión planteada que el nacimiento de la obligación del empresario de iniciar consultas sobre los despidos colectivos previstos no depende de que éste pueda proporcionar ya a los representantes de los trabajadores toda la información exigida en el artículo 2, apartado 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 98/59.”

Desde la perspectiva nacional, tales funciones le son atribuidas, básicamente, por el TRLET, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, que recogen las perspectivas y posicionamientos de la legislación europea.

Desde la perspectiva internacional, el Convenio de la OIT sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio<sup>355</sup>, determina las funciones de la autoridad laboral configurando como tales en su art. 3, "*(a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión...; (b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; (c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.*" En el mismo sentido se pronuncia el art. 6 del Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969<sup>356</sup>. Estos dos convenios, aunque referidos a la industria y el comercio y a la agricultura son, sin embargo, aplicables en términos generales.

La autoridad laboral y la Inspección de Trabajo son elementos esenciales en una administración de trabajo, conforme al Convenio de la

---

<sup>355</sup> Co-81 - Convenio sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio, de 11 de julio de 1947 (número 81).

<sup>356</sup> Véase el C129 - Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), de 25 de junio de 1969 (número 129) de la OIT.



OIT, número 150<sup>357</sup>, y la recomendación OIT, número 158, de 1978, sobre la Administración de Trabajo<sup>358</sup>.

A estas disposiciones han venido a unirse diversos Protocolos de la OIT que crean, como señala MONEREO PÉREZ<sup>359</sup>, "...un umbral mínimo y universal de tutela inspectora de los trabajadores". Concluye el autor que "la Inspección de Trabajo asume una función no solo de represión de comportamientos ilícitos, sino también de carácter proactivo, en el sentido de prevención, asesoramiento, mediación en conflicto y coordinación en el momento aplicativo y de ejecución de las políticas y de las normas de Derecho Social Trabajo y de la Seguridad Social."

En el procedimiento de despido colectivo, ni la normativa europea ni la internacional, exigen autorización administrativa, no teniendo esa intervención un carácter autorizatorio. En la Unión Europea, la administración se limita a controlar el procedimiento, a hacer propuestas o a determinar medidas para el empleo o la protección social de los trabajadores afectados pero sin modificar el poder empresarial de

---

<sup>357</sup> Así, el Convenio de la OIT, C150 - Convenio sobre la administración del trabajo, de 26 de junio de 1978 (número 150), en su art. 6, "1. Los organismos competentes dentro del sistema de administración del trabajo deberán, según sea apropiado, tener la responsabilidad de la preparación, administración, coordinación, control y revisión de la política laboral nacional o el derecho de participar en esas actividades, y ser, en el ámbito de la administración pública, los instrumentos para la preparación y aplicación de las leyes y reglamentos que le den efecto."

"2. En particular, y habida cuenta de las correspondientes normas internacionales del trabajo, estos organismos deberán:"

"(a) participar en la preparación, administración, coordinación, control y revisión de la política nacional del empleo, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales;"

"(b) estudiar y reexaminar periódicamente la situación de las personas empleadas, desempleadas o subempleadas a la luz de la legislación y la práctica nacionales relativas a las condiciones de trabajo, de empleo y de vida profesional, señalar los defectos y abusos en tales condiciones y presentar propuestas sobre los métodos para remediarlos;"

"(c) poner sus servicios a disposición de los empleadores y de los trabajadores y de sus organizaciones respectivas, en las condiciones que permitan la legislación y la práctica nacionales, a fin de promover -- a nivel nacional, regional y local, así como de los diferentes sectores de actividad económica -- consultas y cooperación efectivas entre las autoridades y organismos públicos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como entre estas últimas;"

"(d) brindar asesoramiento técnico a los empleadores y trabajadores y a sus organizaciones respectivas que así lo soliciten".

<sup>358</sup> R158 - Recomendación sobre la administración del trabajo, 1978 (número 158) de la OIT de 7 de junio de 1.978.

<sup>359</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "La intervención administrativa...", *op. cit.*, páginas 261 a 309.

extinguir los contratos de trabajo. La función no es autorizatoria sino de colaboración y de búsqueda de soluciones<sup>360</sup>.

En España, el Estatuto de los Trabajadores recogió, sin modificaciones procedimentales, la legislación anterior, exigiendo la previa autorización administrativa, calificada por NAVARRO NIETO<sup>361</sup> como la "*clave de bóveda del sistema español*".

En su regulación distinguía: si la fase de consultas terminaba con acuerdo se comunicaba a la autoridad laboral la cual, oída la entidad gestora de la prestación por desempleo, determinaba en un plazo de quince días sobre la extinción de los contratos; si concluía sin acuerdo, previo informe de la inspección de trabajo y organismos correspondientes, resolvería en el plazo de quince días (el silencio tenía efecto positivo) si las medidas eran adecuadas para superar la situación de crisis, pudiendo incluso, aunque con matices, proponer otras medidas no contempladas por las partes. Las reformas de la Ley 11/1994, el Real Decreto 43/1996 y Real Decreto 801/2011, mantienen la autorización administrativa pero limitándola a estimar o desestimar la solicitud empresarial, cerrando el paso a la proposición de otras medidas diferentes.

El procedimiento, calificado como un procedimiento administrativo autorizador, obligaba a distinguir según la fase de consultas terminase con acuerdo o sin él; terminada con acuerdo, la intervención administrativa tenía un carácter homologador, sin una posible valoración hecha por la administración; si concluía sin acuerdo, el carácter autorizatorio era indudable por cuanto limitaba el ejercicio de una facultad y era necesario para ejercer un derecho –más bien un poder-

---

<sup>360</sup> Véase, SALA FRANCO, T y BLASCO PELLICER, A, "La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia", *Actualidad Laboral*, número 8, Sección Estudios, Quincena del 16 al 30 Abril 2009, página 880, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer.

<sup>361</sup> Véase, NAVARRO NIETO, F., "*Los despidos colectivos*", Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1996.

propio del empresario. La ausencia de la autorización produciría la nulidad del acto; su concesión, exigía una posterior actuación empresarial para llevarla a efecto.

Por último, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y la Ley 3/2012, de 6 de junio, suprimen la autorización administrativa basándose en dos argumentos esenciales: primero, que el procedimiento administrativo ralentizaba reestructuraciones empresariales que exigen celeridad; segundo, la desnaturalización del periodo de consultas, al olvidar su finalidad propia -la búsqueda de medidas sociales-, limitándose en la práctica a mejorar el importe de la indemnización legal.

El Derecho español, hasta la reforma de 2012, se apartaba del criterio de la Unión Europea al exigir la autorización administrativa a través de los llamados expedientes de regulación de empleo, postura que venía salvándose por la doctrina: desde el punto de vista legal, al amparo del art. 5 de la Directiva 98/59, al entender que era un criterio más favorable para los trabajadores; desde el punto de vista jurisprudencial, admitiendo la exigencia de autorización administrativa siempre que la normativa que la imponga no impida el efecto útil previsto en la Directiva<sup>362</sup>. Con la supresión de la autorización administrativa se da un paso más en el acercamiento y armonización al Derecho europeo, el cual no recoge la intervención administrativa como un requisito autorizatorio

---

<sup>362</sup> Véase, aunque posterior a la reforma, la STJUE de 21 de diciembre de 2016, rec. C-201/15, “...que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente podrá efectuar dicho despido si la autoridad pública nacional competente a la que debe notificarse el proyecto no adopta, dentro del plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados. Sin embargo, no sucede lo mismo si resulta que, atendiendo a los tres criterios de evaluación indicados en la mencionada normativa y al modo concreto en que los aplica esa autoridad pública bajo el control de los tribunales competentes, tal normativa tiene como consecuencia privar de efecto útil a lo dispuesto en dicha Directiva.”

de la decisión empresarial, sino que se limita a controlar la actuación de la empresa sin afectar a la decisión de despido adoptada.

La regulación anterior planteaba el posible conflicto entre la libertad de empresa, que consagra el art. 38 de la Constitución Española, y la exigencia de la autorización administrativa, impuesta en el Derecho español, para adoptar, en las situaciones de crisis, medidas relativas al volumen de empleo o al cese de su actividad. Tradicionalmente, se había defendido que la necesidad de la autorización administrativa no era contraria a la libertad de empresa por entender que existen intereses que trascienden del ámbito empresarial tales como, la política dirigida al pleno empleo<sup>363</sup>; como las prestaciones que se puedan derivar de las medidas adoptadas; como entender que el despido colectivo no genera solo cuestiones jurídicas sino, también, económicas difíciles de resolver en vía judicial.

Desde el punto de vista procesal, venía recomendándose por la doctrina, SALA FRANCO y BLASCO PELLICER<sup>364</sup>, la conveniencia de atribuir el control judicial de los procedimientos y, por tanto, de la autorización administrativa, al orden social de la jurisdicción.

La nueva regulación del despido colectivo, al suprimir la necesidad de autorización administrativa –salvo en la extinción motivada por fuerza mayor-, supone la reducción del intervencionismo administrativo -lo que puede parecer una ventaja- pero altera el equilibrio entre las dos comisiones, patronal y obrera, por cuanto la necesidad de previa autorización administrativa siempre era un acicate eficaz en la búsqueda de soluciones y toma de acuerdos. Esto favorece que, en muchos casos,

---

<sup>363</sup> Art. 40 CE “1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.”

<sup>364</sup> SALA FRANCO, T y BLASCO PELLICER, A, “La supresión de...”, *op. cit.*, página 880.

la empresa lleve a cabo las consultas y realice los despidos sin acuerdo, lo que provocará, necesariamente, una judicialización de los despidos.

La reforma de 2012 termina con el llamado “procedimiento de doble fase”, en el que se distinguían dos fases: la autónoma, fase de consulta-negociación, llevada a cabo por la representación de los trabajadores y la representación empresarial; y la heterónoma, de carácter administrativo, la autorización de la autoridad laboral.

Suprimida la autorización administrativa, a la vista del art. 51 del TRLET y del RPDC, siguiendo a MONEREO PÉREZ<sup>365</sup>, puede sistematizarse la intervención de la autoridad laboral en tres momentos o fases: inicial, durante el desarrollo del periodo de consultas y a su término.

### **5.1. Intervención en la fase inicial**

El art. 51.2 del TRLET impone comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral “*el inicio del período de consultas*”, señalando el art. 25 del RPDC, cuál será, en cada caso, la autoridad autonómica o estatal, competente.

Esta comunicación, para la que como se vio no se exige fehaciencia, se hará por escrito atendiendo a las exigencias de los arts. 3, 4 y 5 del RPDC (documentación común a todos los procedimientos, art. 3, y documentación diferenciada para los motivados por causas económicas, art. 4, o por causas técnicas, organizativas o de producción, art. 5). El art. 6 del RPDC, prevé que la comunicación se haga preferentemente en soporte informático, debiendo ir acompañada del escrito de solicitud de informe a los representantes de los trabajadores<sup>366</sup> (informe previsto en

---

<sup>365</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “La intervención administrativa...”, *op. cit.*, páginas 264 y 265.

<sup>366</sup> *Cfr.* con el art. 3, según imposición del art. 6.2 RPDC.

el art. 64.5.a) y b) del TRLET, sobre reestructuraciones de plantillas y ceses, totales o parciales, definitivos o temporales, e informe sobre reducción de jornada).

Recibida la comunicación, la autoridad laboral –estatal o autonómica- dará traslado de la misma, art.6 del RPDC, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para que emita el informe previsto en el art. 11 RPDC. Si el despido colectivo previsto afecta a trabajadores a los que debe aplicarse el art. 51.9 TRLET (trabajadores con cincuenta y cinco o más años), la autoridad laboral debe remitirla a la administración de la Seguridad Social, art. 6 RPDC. Si afecta a trabajadores de cincuenta o más años -caso en el que la empresa “...deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas”, art. 51.10 TRLET-, la autoridad laboral verificará su cumplimiento a través del servicio de empleo público competente, según el propio art. 51.10, párrafo 2º.

## **5.2. Intervención durante el desarrollo del período de consultas**

Si la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observa durante el período de consultas que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo comunicará a la autoridad laboral para que lo advierta al empresario antes de que finalice dicho periodo, remitiendo copia a la representación de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero sin que ello paralice el procedimiento, según el art. 6.4 del RPDC.

El art. 10 del RPDC, bajo el epígrafe “*Actuaciones de la autoridad laboral*”, determina que ésta puede remitir advertencias y

recomendaciones, que no tendrán carácter suspensivo. De los documentos que contengan estas advertencias o recomendaciones se dará traslado a ambas partes aun cuando solo se dirijan a una de ellas. El concepto mismo de advertencias y recomendaciones y el hecho de que sean admonitorias, y no tengan la virtualidad de paralizar ni suspender el procedimiento, ponen de manifiesto que las partes negociadoras no tienen obligación de seguir o de atender dichas advertencias o recomendaciones. Las consecuencias de la falta de observancia serán, en su caso, valoradas por el juez si finalmente se produce la impugnación del despido. El empresario “deberá” responder por escrito a las advertencias o recomendaciones (art. 10 RPDC), del que se trasladará copia a la representación de los trabajadores antes de la finalización del período de consultas.

El mencionado art. 10 prevé, también, que la autoridad laboral pueda realizar actuaciones de asistencia y mediación con apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, fijando un régimen distinto para cada una de ellas, por cuanto, para las primeras –las de asistencia-, prevé que se produzcan “...a petición de cualquiera de las partes, o por iniciativa propia...”, es decir, contempla que las actuaciones de asistencia se lleven a cabo a instancia de parte o de oficio. Para las segundas –las actuaciones de mediación-, solo prevé que se produzcan “...a petición conjunta de las partes.” Además, los representantes de los trabajadores podrán dirigir, en cualquier fase del procedimiento, observaciones a la autoridad laboral, a la vista de las cuales, ésta podrá hacer advertencias o recomendaciones.

### **5.3. Intervención finalizado el período de consultas**

“Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo”, art. 51.2, párrafo 12 del TRLET. Si se ha alcanzado un acuerdo, “trasladará copia íntegra del mismo.” Si no se ha logrado

un acuerdo, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, la decisión final que haya adoptado y las condiciones del despido colectivo.

El TRLET solo impone la remisión de la decisión final a los representantes de los trabajadores si no se ha alcanzado acuerdo. Sin embargo, el RPDC impone la remisión de la decisión final a la representación de los trabajadores haya habido o no acuerdo.

En todo caso la remisión ha de hacerse en el plazo de quince días desde la última reunión, plazo cuyo transcurso determina la caducidad del procedimiento e impide la notificación de los despidos.

La comunicación incluirá la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento acordadas u ofrecidas por la empresa y el plan de recolocación, en su caso, art. 51.10 TRLET.

El empresario debe remitir a la autoridad laboral, además, las actas de las reuniones firmadas por todos los asistentes.

La autoridad laboral trasladará la comunicación empresarial – haciendo constar la fecha en la que la empresa se la ha remitido-, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social si el despido incluye a trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, conforme al art. 51.9 TRLET.

De todo ello se desprende que la autoridad laboral, no obstante haber perdido el carácter decisorio que tenía antes de la reforma, sigue teniendo un gran peso específico en el procedimiento de despido colectivo.

La relevancia otorgada a la autoridad laboral en el Derecho español, concuerda con la importancia que le atribuye la Directiva 98/59, en cuyo



art. 2 impone la comunicación por escrito a la autoridad laboral y añade en el art. 4, que la autoridad pública competente buscará soluciones a los problemas planteados.

Todo ello permite concluir que la Directiva 98/59, y su trasposición al Derecho español, atribuyen a la autoridad laboral un papel activo, no meramente pasivo, en todo el procedimiento de despido colectivo.

Como pensamiento final, conviene advertir que a las garantías judiciales se unen las de carácter administrativo; la autoridad laboral puede imponer sanciones administrativas a los empresarios, ex art. 7.7 Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social<sup>367</sup>, que prevé como infracción grave *“la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores”*.

Además, se le atribuye una finalidad preventiva y de control: Preventiva, conforme al art. 51.2, cuando dice que *“La autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones.”* De control, a través del servicio público de empleo, que verificará los planes de recolocación externa a que se refiere el art. 51.10 del TRLET (despidos colectivos que afectan a más de cincuenta trabajadores), pudiendo requerir a la empresa para que proceda a su cumplimiento.

Abundando en las mismas ideas, siguiendo a BLASCO PELLICER<sup>368</sup>, las funciones de la autoridad laboral pueden concretarse en las siguientes:

- La autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir advertencias y recomendaciones, dirigidas

---

<sup>367</sup> El art. 7.7 LISOS: *“Infracciones graves. Son infracciones graves: 7. La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.”*

<sup>368</sup> BLASCO PELLICER, A.: *“La extinción del...”*, op. cit., página 472.

espontáneamente o por consecuencia de observaciones realizadas por la representación legal de los trabajadores.

Dentro de la función de velar por la efectividad del período de consultas, tiene especial importancia el control de legalidad que establece el art. 6.4 del RPDC, como se ha visto.

- La autoridad laboral podrá realizar actuaciones de asistencia, a petición de las partes o por propia iniciativa, formulando, como se prevé en el art. 10 del RPDC, propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y sobre los planes de recolocación externa.

- La autoridad laboral podrá realizar actuaciones de mediación, a petición conjunta de las partes, para lo que podrá recabar la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

A estas funciones se puede añadir, la defensa del interés público, función que resulta evidente del traslado de la comunicación inicial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, del preceptivo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como de lo relativo al convenio especial, si hay trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, conforme a los arts. 51.2 y 9 del TRLET y 6.3 y 12.5 del RPDC.

Por último, es destacable que el artículo 6 del RPDC, además de imponer la entrega a la autoridad laboral de la documentación a que alude, obliga a remitirle información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas de atribución de representación a la comisión negociadora, conforme a lo previsto en el art. 27 del RPDC<sup>369</sup>.

---

<sup>369</sup> Art. 27. "Comisión negociadora de los procedimientos. 1. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados

## **6. Posición de los convenios colectivos de trabajo**

Es difícil llevar a cabo un análisis exhaustivo de los convenios colectivos -estatales, autonómicos y de empresa-, dado el ingente número de ellos y su carácter variable, lo que ha determinado que el presente estudio se haya llevado a cabo mediante dos sistemas (que conducen a resultados muy semejantes), a saber:

1.- Aleatorio, analizando convenios colectivos elegidos de modo asistemático; y

2.- Sistemático, analizando los convenios colectivos -estatales y de empresa- publicados en el BOE durante el año 2018.

1.- Aleatorio. Los convenios colectivos estatales o autonómicos analizados carecen, en general, de disposiciones acerca de la participación y representación de los trabajadores en los procedimientos de despido colectivo.

Su análisis permite aislar seis posiciones distintas:

1.1.- La mayor parte de ellos, no contienen norma alguna acerca de tales procedimientos.

---

*por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes. 2. La comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones."*

Muchos no prevén, siquiera, la existencia y actuación de los comités intercentros, por lo que mal podrán atribuir funciones, en el procedimiento de despido colectivo, a un comité no previsto.

En ausencia de normas propias en el convenio, se aplicará lo dispuesto con carácter general en el TRLET, correspondiendo al comité de empresa la emisión de informe “...con carácter previo a la ejecución por parte del empresario...” de, entre otras cuestiones, “las reestructuraciones de plantilla”<sup>370</sup>.

1.2.- Otros convenios se limitan a repetir lo dispuesto en el TRLET, es decir, atribuyen, a los comités de empresa o a los delegados de personal, el derecho a ser informados por la empresa con carácter previo a llevar a cabo reestructuraciones de plantilla llegando algunos a atribuir a los delegados sindicales el derecho a ser informados directamente<sup>371</sup>.

Los hay que van más allá de la simple información, imponiendo a la empresa la obligación de facilitar a los representantes unitarios la documentación remitida a la autoridad laboral<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> Cfr. art. 64.5, párrafo 3º. a) del TRLET.

<sup>371</sup> Así, los convenios colectivos, publicados por Resolución de 2 de abril de 2018, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid y la Resolución de 1 de febrero de 2012, de la Dirección General de Trabajo, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Hostelería y Actividades Turísticas. Éste último atribuye en el art. 48 a los miembros del comité y a los delegados de empresa el derecho a ser informados con carácter previo y, además, respecto a los delegados sindicales, añade en su art. 52.5. “Serán asimismo informados/as y oídos/as por la empresa con carácter previo: b) En materia de reestructuración de plantilla, regulaciones de empleo, traslado de trabajadores/as, cuando revistan carácter colectivo o del centro de trabajo general, y sobre todo proyecto o acción empresarial que pueda afectar substancialmente a los intereses de los trabajadores/as.”

<sup>372</sup> En este sentido, la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector Transporte de Viajeros por Carretera de los Servicios de Transporte Regular Permanente de Uso General, Urbanos o Interurbanos de la Comunidad de Madrid con Vehículos de Tracción Mecánica de más de Nueve Plazas, incluido/a el/la Conductor/a, en su art. 33.

1.3.- Hay convenios que prevén la existencia de comités intercentros, a los que no atribuyen expresamente la facultad de actuar como interlocutores en estos procedimientos.

1.4.- Los hay que dan un paso más, convenios que prevén la existencia de comités intercentros. De entre ellos, unos<sup>373</sup> les atribuyen, como órganos de interlocución, las competencias en materia de despido colectivo, aludiendo expresamente al art. 51 del TRLET. Otros, les atribuyen el carácter de interlocutores de modo indirecto, previendo la creación de comités intercentros a los que, en base a los arts. 63.3 y 65 del TRLET, les atribuyen las competencias del art. 64 y competencia en los procedimientos que se remitan al art. 41.4 del propio TRLET<sup>374</sup> y, por esta vía, la competencia en materia de despido colectivo.

1.5.- Otro grupo de convenios indica, solamente, que deberán ser oídos los representantes unitarios en los supuestos de crisis empresariales pero sin establecer propiamente normas al respecto, contemplando que en los convenios colectivos de empresa puedan constituirse comités intercentros con las atribuciones que se fijen, previendo, asimismo, situaciones excepcionales de crisis<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Resolución de 24 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva, arts.55 y 56.

<sup>374</sup> Así, la Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid; la Resolución de 3 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad, art. 56, "*Comité Intercentros. 1. Aquellas empresas con dos o más centros de trabajo y que en total superen los 200 trabajadores podrán constituir un Comité Intercentros. ... Asimismo, asumirá la interlocución en el periodo de consultas en los procedimientos que se remiten al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores*"; y la Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, art. 74.

<sup>375</sup> Entre ellos, el IX Convenio colectivo de distribución de prensa y revistas de la Comunidad Autónoma de Madrid, Resolución de 26 de septiembre de 2016, arts. 21.7 y 8.

Añade en su "*DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Supuestos de crisis. 1. En caso de que se planteara una situación de crisis que pudiera afectar negativamente al nivel de empleo o a las condiciones de trabajo en cualquiera de las empresas del sector, como consecuencia de una transmisión de fondos editoriales, innovaciones tecnológicas, crisis financiera, o cualquier otra causa, la empresa afectada está obligada a comunicar esta situación de forma inmediata a la Representación sindical y/o de los Trabajadores, en los términos del artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores. Simultáneamente comunicará esta circunstancia*

1.6.- Un último grupo lo constituyen convenios colectivos en los que, al amparo del art. 83.3 del TRLET y de los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, se prevé que para la solución de conflictos colectivos las partes deberán acudir a “*sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo*”<sup>376</sup>, a los que el propio convenio colectivo contenga una sumisión expresa.

Como tales sistemas no jurisdiccionales, pueden destacarse: en el ámbito nacional, el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos, ASAC<sup>377</sup>, que se remite al SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, Acuerdo al que se someten numerosos convenios para la solución de sus conflictos<sup>378</sup>; en el ámbito de las comunidades autónomas, el Tribunal Laboral de Cataluña, el Tribunal Laboral de Navarra y un largo etcétera.

Es de destacar que el Reglamento de funcionamiento del Sistema de solución extrajudicial de conflictos de trabajo y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid, expresamente dispone en su art. 4.- “*Ámbito objetivo. Los procedimientos de solución previstos en este Reglamento serán de aplicación a los siguientes tipos de conflictos laborales: d) Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los arts. 40, 41, 47 y 51*

---

*a la Comisión Paritaria a los efectos previstos en el artículo 7 de este convenio. 2. La empresa afectada deberá negociar con el respectivo Comité las posibles medidas a adoptar en el seno de la empresa para dar solución a la crisis planteada, fijándose en este convenio mínimos mejorados para esta negociación, tanto en condiciones económicas como en posibles recolocaciones u otras medidas, tales como:— Estudiar como medida prioritaria, la posibilidad de recolocar al personal excedente en otras empresas del sector.— Para el personal con edades próximas a la ordinaria de jubilación, se pactarán encada caso fórmulas de acceso a la jubilación anticipada, que garanticen al menos el 80 por 100 del salario líquido del momento en que se produzca la baja en la empresa, y hasta la obtención de la pensión de jubilación que corresponda a la edad ordinaria de jubilación. El complemento que se pacte podrá ser abonado de forma diferida o capitalizada, a opción del trabajador.”*

<sup>376</sup> Cfr. con el art. 6.3 d) de la LOLS.

<sup>377</sup> La Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales ASAC que recoge en el sistema extrajudicial de solución de conflictos en su art. 4.1 e) y en su art. 5 se refiere al Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA).

<sup>378</sup> Así, la Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), lo recoge en su art. 85; del mismo modo la Resolución de 22 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, en su Disposición adicional segunda, “Adhesión al A.S.A.C.”

de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”<sup>379</sup>, siendo muchos los convenios colectivos que, en el ámbito de dicha Comunidad, se someten al procedimiento de solución extrajudicial de conflictos<sup>380</sup>.

2.- Sistemático. De los convenios colectivos publicados en el BOE durante el año 2018 se obtienen resultados muy semejantes a los que arroja el análisis aleatorio. De los ochenta y un convenios publicados –la muestra no es grande pero la coincidencia con el sistema aleatorio confirma su representatividad- resulta (teniendo en cuenta que algunos están incluidos en varias categorías):

2.1. Treinta y cuatro no contienen previsión alguna sobre los procedimientos de despido colectivo ni sobre los comités intercentros.

2.2. Veinticinco, contienen la sumisión a los acuerdos sectoriales para la solución de conflictos.

2.3. Dos, prevén la creación de comité intercentros y sumisión a los acuerdos sectoriales de solución de conflictos.

---

<sup>379</sup> En el mismo sentido, la Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del acuerdo interprofesional entre empresarios y sindicatos sobre la creación del sistema de solución extrajudicial de conflictos y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid, de fecha 11 de julio de 2018; la Resolución TRI/2921/2005, de 21 de julio, por la que se dispuso la inscripción y la publicación del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Laboral de Catalunya per als anys 2005-2007, art. 6, d); el III Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales y determinados Aspectos de la Negociación Colectiva de Castilla y León (ASACL), publicado en el BOCYL el 12 de abril de 2017, art 8; la Resolución de la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo y de Bienestar social de 26 de octubre de 2017, registra y publica el VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana, art. 6; y un largo etcétera en el resto de la comunidades autónomas.

<sup>380</sup> Véanse, la Resolución de 30 de julio de 2014, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Limpieza Pública Viaria de Madrid-Capital, en su art. 9; la Resolución de 5 de octubre de 2015, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid, que en su art. 43 establece que las solución de conflictos se llevará a cabo mediante “los procedimientos regulados en el Acuerdo Interprofesional sobre la creación del sistema de solución extrajudicial de conflictos y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid y en su reglamento”.

2.4. Treinta y dos, prevén la creación de comités intercentros. De entre ellos:

- Nueve<sup>381</sup>, atribuyen competencia en materia de despido colectivo a los comités intercentros cuya constitución prevén -requisito imprescindible para que sea posible su intervención como interlocutores<sup>382</sup>-.

- Otros cinco<sup>383</sup>, encomiendan al comité intercentros las competencias que la ley atribuye al comité de empresa y, por esa vía indirecta, la competencia en el procedimiento de despido colectivo.

- Otros dos<sup>384</sup>, por último, prevén la constitución de un comité intercentros por acuerdo expreso entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa, acuerdo en el que se fijarán las funciones que se le encomiendan, y por cuya vía podrán atribuírsele, por tanto, tales competencias.

Es decir, solo el once por ciento de los convenios estatales publicados en 2018 atribuyen al comité intercentros funciones específicas en materia de despido colectivo.

De todo ello resulta que las posiciones de los convenios colectivos analizados, que pueden extrapolarse a la generalidad de los convenios colectivos, son:

---

<sup>381</sup> Así, el II Convenio colectivo del grupo Redexis Gas; X Convenio colectivo de Siemens, SA.; Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado; Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados; XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal; Convenio colectivo de Establiments Viena, SA.; XIV Convenio colectivo de Schweppes, SA.

<sup>382</sup> *Cfr.* con el art. 41.4 b).

<sup>383</sup> VIII Convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, SA.; Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas; IV Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería y el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro; Convenio colectivo de la industria azucarera.

<sup>384</sup> Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados; Convenio colectivo del sector de industrias de pastas alimenticias.



- Convenios colectivos que no contienen norma alguna, siendo de aplicación en sus respectivos ámbitos lo dispuesto en el TRLET;

- Convenios colectivos que recogen expresamente lo dispuesto en el TRLET, es decir, el derecho de los representantes unitarios a ser informados de las situaciones de crisis que puedan desembocar en un despido colectivo;

- Convenios colectivos que prevén expresamente la existencia y actuación de comités intercentros a los que, sin embargo, no se les atribuye competencia en los procedimientos de despido colectivo.

- Convenios colectivos que prevén expresamente la existencia y actuación de comités intercentros a los que se atribuyen competencia en los procedimientos de despido colectivo, confiriéndoles el carácter de interlocutores; y

- Convenios colectivos que, mediante remisión expresa, acuden a sistemas de solución extrajudicial de conflictos, comprometiendo a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, a someter ante los correspondientes órganos, estatal o de las comunidades autónomas (el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid; el Tribunal Laboral de Cataluña, entre otros), los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas.

De este análisis se desprende que, aunque los convenios colectivos podrían haber sido la vía adecuada y ser una magnífica oportunidad para mejorar todo el procedimiento de despido colectivo -tan necesitado de garantías para la representación social, especialmente con la desaparición de la autorización de la autoridad laboral-, lo cierto es que no lo son.

Los convenios colectivos, deberían:

- Prever, con carácter general, la existencia de comités intercentros y atribuirles expresamente la función de ostentar la representación de los trabajadores en los periodos de consulta derivados de un procedimiento de despido colectivo.

- Prever que las comisiones paritarias asuman, en los periodos de consulta, funciones de carácter consultivo que doten, especialmente en los casos en los que las negociaciones se lleven a cabo por comisiones *ad hoc*, de un soporte técnico para que la negociación resulte lo más técnica e informada posible.

- Prever con carácter general la sumisión a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, como órganos con una mayor experiencia y especialización en la solución de los mismos, lo que redundará directamente en una reducción de la litigiosidad, evitando, las frecuentes impugnaciones posteriores.

- En todo caso, sería necesario modificar el TRLET para incorporar como contenido mínimo de los convenios colectivos<sup>385</sup>, en empresas pluricelulares, la creación de un comité intercentros y la atribución del carácter de interlocutor en los procedimientos de despido colectivo.

De *lege ferenda*, estas propuestas se justifican en los problemas prácticos que genera su ausencia.

---

<sup>385</sup> Cfr. art 85.3 del TRLET.

## 7. El período de consultas

La reforma de la gestión colectiva de las situaciones de crisis prevé una fase de consultas y un cierto control administrativo que, aunque se conciben como independientes una de otro, deberán configurarse como aspectos íntimamente unidos en la procedimentalización del poder empresarial ejercido a través del despido colectivo.

La fase de negociación o de consultas supone la existencia de tres elementos fundamentales:

1. Temporal, que hace referencia a la simultaneidad de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. Sin embargo, es muy frecuente que, con carácter previo a dicha comunicación de apertura, existan contactos, encuentros e incluso acuerdos, admitidos por la jurisprudencia como práctica negociadora, permitiéndose la suscripción de pactos extraestatutarios que vinculan a los firmantes en la negociación ulterior.

2. Causal o teleológico, relativo al objetivo de la fase de negociación, cual es *"evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias"*, art. 51.2. La redacción de este número 2, que, a diferencia de la redacción anterior, omite la referencia a *"las causas motivadoras del expediente"*, excluye de las funciones de la representación de los trabajadores la contradicción y análisis de las causas, cuestión capital que, sin embargo, queda atribuida exclusivamente al ámbito empresarial, sin contemplarlas como objeto del periodo de consultas.

Da la impresión de que, antes de la reforma, la finalidad del periodo de consultas era, llegar a un acuerdo que permitiese la aprobación administrativa, lo que en muchas ocasiones se llevaba a cabo mediante el aumento de las indemnizaciones legalmente previstas, y no, como

actualmente, en que la finalidad del periodo es "evitar o reducir las consecuencias".

3. Subjetivo, relativo a los sujetos que intervienen en la negociación, aspecto que ha sido objeto de estudio anterior. Baste aquí con recordar la preferencia que se establece en favor de las secciones sindicales, con representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal, atribuyéndoles, incluso, la representación de los trabajadores de los centros sin representación unitaria.

El TRLET configura el período de consultas como un elemento de carácter previo al despido colectivo, fijando una duración temporal, mínima y máxima.

El desarrollo del periodo de consultas está presidido por la voluntad legal de conseguir llegar a un acuerdo. Es más, el TRLET, art. 51.2, párrafo 10, prevé que por acuerdo empresario - representantes de los trabajadores, adoptado dentro del plazo máximo del periodo de consultas, se pueda cambiar del sistema de autocomposición al de heterocomposición, señalando que, la empresa y los representantes de los trabajadores, podrán acordar la sustitución de ese trámite por un procedimiento de mediación o arbitraje.

La jurisprudencia en relación al período de consultas se limita a constatar que el trámite ha tenido lugar, pero no ha valorado la oportunidad de llevarlo a cabo, ni el momento elegido por la empresa, ni que, en ocasiones, los actos de ésta pueden dejarlo muy limitado en cuanto a su contenido y resultados.

La Directiva 98/59, exige que se cree un ámbito de participación en la adopción de las decisiones empresariales, que no hayan sido adoptadas con carácter previo. La dicción legal impone al empresario -cuando "tenga

*la intención de efectuar despidos colectivos*" la obligación de consultar "en tiempo hábil" con los representantes de los trabajadores- lo que plantea cuándo deben tener lugar esas consultas, si en el momento en el que la empresa detecta que la estrategia o los cambios en la actividad hacen necesario un despido colectivo de trabajadores, o el momento en que se deban adoptar tales decisiones o cambios, de los que se desprenda la necesidad de tales despidos.

Las obligaciones de notificación y consulta que recaen sobre el empresario, parece evidente que nacen con anterioridad al momento en el que éste tome la decisión de extinguir los contratos de trabajo de modo colectivo. No tendría ningún sentido la celebración de un período de consultas si la decisión estuviera tomada de antemano por el empresario. Así se desprende de numerosas manifestaciones judiciales entre ellas, por su importancia, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009, asunto C-44/08<sup>386</sup>.

En cuanto a la terminación de la relación laboral propiamente dicha, la circunstancia de que el empresario «tenga la intención» de efectuar despidos colectivos y de que tenga un «proyecto» para llevarlo a cabo, evidencian que aún no se ha adoptado ninguna decisión extintiva. Sin embargo, la notificación al trabajador de la extinción del contrato de trabajo, sí es la expresión de una decisión de ruptura de la relación laboral

---

<sup>386</sup> La STJUE de 10 de septiembre de 2009, señala: "39 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59 establece la obligación del empresario de consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores cuando «tenga la intención de efectuar despidos colectivos». Como señaló el Abogado General en los puntos 48 y 49 de sus conclusiones, de una comparación de las diferentes versiones lingüísticas de esta disposición se desprende que, para el legislador comunitario, el nacimiento de la obligación de llevar a cabo consultas está vinculado a que el empresario tenga la intención de realizar despidos colectivos."

"40 Las referencias, de los artículos 3 y 4 de la Directiva 98/59, al «proyecto» de despido colectivo confirman que la existencia de tal intención es el factor que genera las obligaciones previstas por dicha Directiva, en particular, por su artículo 2."

"41 De ello se desprende que la obligación de llevar a cabo consultas prevista en el citado artículo se considerará nacida cuando el empresario tenga la intención de efectuar un despido colectivo o elabore un proyecto de despido colectivo (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 1985, Dansk Metalarbejderforbund y Specialarbejderforbundet i Danmark, 284/83, Rec. p. 553, apartado 17)."

y, la cesación efectiva de dicha relación al término del plazo de preaviso, es el efecto natural de la decisión extintiva.

Por ello, las obligaciones de notificación y consulta del proyecto nacen con anterioridad a la decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo. La Directiva carecería de sentido de entenderse de otro modo. Así lo recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de enero de 2005, Asunto C-188/03 (caso Junk)<sup>387</sup>.

Se plantea la doctrina, y lo resuelve la sentencia (caso Junk), si cabe efectuar despidos antes de que finalice el período de consultas. La naturaleza de dicho período y el texto de la Directiva, llevan a la conclusión de que no se pueden llevar a cabo extinciones antes de la conclusión del período de consultas; admitirlas de antemano, supondría privar de virtualidad a dicho período cuya finalidad, no lo olvidemos, es analizar *“las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias”*<sup>388</sup>.

Al desarrollo del período de consultas -que más bien debería denominarse periodo de negociación- se refiere el art. 7 del RPDC, exigiendo que, al tiempo de su apertura, se fije un calendario de reuniones que respete lo dispuesto en el propio artículo, pero permitiendo que las partes puedan acordar de otra forma el número de reuniones y el intervalo entre las mismas.

El RPDC impone que de cada reunión celebrada en el período de consultas se levante un acta, que deberán firmar todos los asistentes. No señala quién tiene la facultad de levantar el acta, por lo que, el criterio

---

<sup>387</sup> La STJUE de 27 de enero de 2005, Asunto C-188/03 (caso Junk), señala: *“37 Así, los términos empleados por el legislador comunitario indican que las obligaciones de consulta y notificación nacen con anterioridad a una decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo.”*

<sup>388</sup> STJUE de 27 de enero de 2005, Asunto C-188/03 (caso Junk): *“45 La extinción del contrato de trabajo sólo puede efectuarse, por lo tanto, con posterioridad a la clausura del procedimiento de consulta, a saber, después de que el empresario haya respetado las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Directiva.”*

más seguro, parece que es que sea decidido por mutuo acuerdo por los miembros de ambas representaciones.

El RPDC, dejando a salvo el pacto entre las partes, establece un plazo no inferior a tres días para celebrar la primera reunión, plazo contado desde la comunicación del inicio del período de consultas a la autoridad laboral.

Distingue el RPDC según el número de trabajadores de la empresa. En las empresas de menos de cincuenta trabajadores el período de consultas tendrá una duración no superior a quince días naturales, señalando que, a falta de pacto, se deberán celebrar un mínimo de *"...dos reuniones separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales."*, art. 7. 4 del RPDC.

En las empresas de cincuenta trabajadores o más, el período de consultas tendrá una duración no superior a treinta días naturales. A falta de pacto, se deberán celebrar un mínimo de *"...tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales."*, art. 7.5 del RPDC.

Como consecuencia de ese respeto a la libertad de pacto entre las partes, señala el RPDC, que el periodo de consultas podrá darse por finalizado sí, antes de dichos plazos, las partes alcanzan un acuerdo o si entienden que es imposible alcanzarlo, debiendo comunicarlo a la autoridad laboral. El hecho de que las partes acuerden dar por finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, se produce al amparo del art. 7.6 del RPDC, de modo que, si se acordó un calendario de negociaciones -art 7.2 del RPDC-, y por voluntad de las dos partes negociadoras se decide prescindir de tales reuniones, no es posible que la representación de los trabajadores alegue el incumplimiento empresarial y la frustración del fin que el art. 7.1 del RPDC, atribuye al periodo de consultas. Además, el art. 7.4 y 5 del RPDC, al fijar el número de reuniones lo hace *"salvo pacto*

*en contrario*”, lo que, en tal caso, no podrá denunciarse por falta de diálogo o de buena fe<sup>389</sup>.

El art. 51. 2, párrafo 8º, establece que *“Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.”*

Doctrinalmente se sostiene que, para que haya buena fe en la negociación, no basta con que se abra el período de consultas y que las reuniones tengan lugar; es necesario que se facilite a los representantes de los trabajadores, la información y los instrumentos suficientes para que puedan formular propuestas constructivas.

La jurisprudencia, para valorar el cumplimiento del deber de negociar de buena fe, señala que *“habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones.”*<sup>390</sup> En este mismo sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 2012, rec. 11/2012<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> Así la STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017.

<sup>390</sup> Así la STS de 22 de febrero de 2018, que recoge las SSTS de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012; 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012; 18 de febrero de 2014, rec. 74/2013 y 21 de mayo de 2014, rec. 249/2013.

<sup>391</sup> TSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012, FD. CUARTO, afirma: *“... Pues bien, en el caso de autos, examinadas las actas de las reuniones de fechas 23/02/12, el 01/03/12 y el 5/03/12, la Sala llega a la misma conclusión que la Inspectora de Trabajo actuante: no existieron negociaciones con contenido durante el período de consultas.”*

*“El objeto de negociación en el período de consultas ha de versar, como mínimo de derecho necesario, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. (art.2.2 Directiva 98/59). Objetivos que, como no podía ser de otro modo, incorpora el legislador estatal en el nuevo redactado del art.51.2 ET y en el transitoriamente vigente art.11 del RD 801/11.”*

*“Del examen de las actas de las reuniones mantenidas en el período de consultas, se evidencia que la empresa se limita a decir que no es posible la recolocación por la desaparición del CCL y a facilitar determinada documentación.”*

*“Tal postura se justifica por el representante procesal de la demandada aduciendo que al ser una Administración Pública tienen unos criterios (que no aporta) que les impiden ofrecer indemnizaciones distintas a la mínima legal (20 días por año).”*

*Esta justificación choca frontalmente con las atribuciones de que goza la Comisión liquidadora a la que se faculta para disponer lo que sea procedente en relación con la extinción de los contratos laborales correspondientes, conforme a la normativa vigente (Acord GOV/162/2011, de 27 de diciembre DOGC 6034 DE 29/12/11) y de la constitución de un fondo de 750.000 euros para hacer frente a los pagos a los acreedores, incluidos los trabajadores.”*



Como todo proceso de negociación -y el periodo de consultas derivado del procedimiento de despido colectivo no es una excepción- los tratos preliminares llevados a cabo durante la negociación no suponen, por sí mismos, un acuerdo, que no tendrá lugar hasta que no se formalice, no obstante lo cual deben producirse con buena fe. Así lo han puesto de manifiesto VILA TIERNO<sup>392</sup> (en relación a los convenios colectivos), señalando que es “*un negocio jurídico de formación compleja pero de perfeccionamiento en un solo acto*”, lo que evidencia que estos tratos preliminares, llevados a cabo de buena fe, no implican, por si solos, la existencia de un acuerdo. Cuando como consecuencia de esos tratos preliminares se produce el acuerdo, es en ese momento cuando se perfecciona el acuerdo de voluntades.

La exigencia de negociar de buena fe, que recogen tanto el TRLET como el RPDC, permiten distinguir dos exigencias íntimamente unidas: la obligación de negociar y la de hacerlo de buena fe.

“Negociar” significa que las dos partes puedan formular propuestas y contrapropuestas con vistas a llegar a una solución que sea satisfactoria, o cuando menos aceptable, para ambas. La obligación de

---

*“También choca frontalmente dicha justificación con el hecho -admitido por la demandada- de que se ha hecho una oferta de 45 días por año una vez concluido el período de consultas y consumados los despidos. Pues bien, todo ello evidencia que el período de consultas no estuvo dotado del contenido mínimo que la ley impone, puesto que si bien resulta evidente que la disolución del CCL impedía reducir o evitar los despidos, la negativa a negociar sobre la atenuación de las consecuencias del despido (ej. mediante mayores indemnizaciones que la mínima legal, reciclaje profesional, empleo por cuenta propia, medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo, otras fórmulas de prestación del servicio: concesión a cooperativa laboral, etc, (vid art.9 RD 801/11); así como la negativa a negociar medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos, sitúan la negociación realizada en un mero formalismo de contenido únicamente informativo circunscrito a la entrega de documentación.”*

*“Además de ello, es clara la mala fe consistente en negar la posibilidad de negociar indemnizaciones cuando después acaban ofreciéndose a los trabajadores una vez iniciado el litigio, vaciando así de contenido el período de consultas.”*

*“En conclusión, de acuerdo con el art.124.9 LRJS debemos declarar nula la decisión extintiva por no haberse respetado lo previsto en los artículos 51.2 ET y art.11.1 RD 801/11, en relación con el art. 13 del Convenio nº 158 OIT, art. 2 de la Directiva 98/59, en lo atinente al contenido mínimo del período de consultas.”*

<sup>392</sup> VILA TIERNO, F., MARQUEZ PRIETO, A. y QUESADA SEGURA, R., “El sistema de negociación colectiva en España”, VVAA, directores MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., capítulo 14 “El procedimiento negociador”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2013, página 576.

negociar excluye, por tanto, aquellas situaciones en las que la empresa acude a la mesa de negociación con un planteamiento fijo, inamovible.

Según abundante jurisprudencia y doctrina, la obligación de negociar, no se refiere al formalismo, es decir, no bastará con acreditar que han tenido lugar las reuniones, en el número y plazos previstos por el TRLET o por el RPDC, no, será necesario acreditar que se intercambiaron propuestas y contrapropuestas entre ambas partes para justificar la realidad y veracidad de la negociación, no el mero cumplimiento del requisito formal que la negociación, obviamente, también conlleva<sup>393</sup>. En todo caso, hay que tomar en consideración lo dispuesto en la sentencia de Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012, cuando dice algo evidente pero muy importante, *“la norma obliga a negociar pero no a pactar”*.

En cuanto al concepto de la “buena fe”, que preside el derecho de la contratación en España –y la negociación colectiva no deja de ser un tipo de contratación- viene exigida, con carácter general, entre las reglas de las obligaciones y contratos en el Código Civil. Además de la exigencia general, en el ámbito del procedimiento de despido colectivo, la impone el art. 51 TRLET *“...deberán negociar con buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”*.

---

<sup>393</sup> En este sentido la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012, cuando en su FD SEGUNDO establece: *“La empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del e.r.e. con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. El “acuerdo” solo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición. Obviamente, tal postura no constituye una negociación proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas.”*

La buena fe en esta materia implica que esa negociación debe pretender llegar a un acuerdo, que verse “...sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...”, art. 2 de la Directiva 98/59, lo que significa que exista la voluntad de búsqueda de la mejor solución a la situación planteada. El Tribunal Supremo considera el periodo de consultas como una auténtica negociación colectiva tendente a conseguir un acuerdo, que evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, o acuerde medidas que atenúen sus consecuencias, negociación que debe llevarse a cabo de buena fe.<sup>394</sup>

Con la entrada en vigor de la reforma, no faltaron quienes entendieron que la exigencia de negociar de buena fe, suponía una obligación reforzada para el empresario, a quien debía exigírsele la justificación de la evolución de sus propuestas iniciales, o la reducción del número de trabajadores inicialmente afectados, o mejoras en la indemnización. Sin embargo, la exigencia de la buena fe durante el periodo de consultas es una concreción del deber general de buena fe del contrato de trabajo –impuesto con carácter general en el art. 1.258 del Código Civil- recogido, también, en materia de negociación colectiva en el art. 89.1, párrafo 3º, del TRLET, “*Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.*” Por tanto, “la buena fe” exigible es una buena fe comercial<sup>395</sup>, dado que se dirige a la consecución de un acuerdo<sup>396</sup>. Ciertamente que las modificaciones de los planteamientos empresariales iniciales, dirigidos a la consecución de un acuerdo, se aprecian en la valoración de la buena fe empresarial, pero ello no significa que sea contrario a la negociación de buena fe, un procedimiento en el que el empresario, a la vista de su situación económica, no hace propuestas mejorando el

---

<sup>394</sup> Véanse las SSTs de 16 de julio de 2015, rec. 180/2014; 16 de noviembre de 2012, rec. 236/2011; 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013; 18 de julio de 2014, rec. 303/2013, entre otras.

<sup>395</sup> Véanse, entre otras muchas, las SSTs de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017; 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012; 18 de febrero de 2014, rec. 74/2013; 26 de enero de 2016, rec. 144/2015; 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015.

<sup>396</sup> Así las SSTs de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012; 22 de diciembre de 2014, rec. 185/2014; 16 de diciembre de 2014, rec. 263/2013.

mínimo legal<sup>397</sup>. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de diciembre de 2017, haciéndose eco de numerosas sentencias a que se refiere, señala “*hemos concluido que, para examinar el cumplimiento de ese deber de negociar de buena fe, «habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones»*”<sup>398</sup>. En sentido parecido, otras muchas sentencias del Tribunal Supremo<sup>399</sup>.

Ese mismo deber impone, al tiempo de la impugnación, la coherencia entre la fase deliberativa y la fase de impugnación judicial<sup>400</sup>. Así, el Tribunal Supremo considera la buena fe, como elemento esencial en la apreciación de defectos durante el periodo de consultas señalando, en aplicación de la doctrina de los actos propios, que una declaración que tenga relevancia jurídica hecha durante el periodo de consultas impide adoptar después, al tiempo de la impugnación judicial, un comportamiento que la contraríe<sup>401</sup>.

Se han considerado actuaciones contrarias a la buena fe, que acarrear la declaración de nulidad, supuestos tales como no facilitar la contabilidad real en un grupo de empresas<sup>402</sup>; por haberse acordado con el comité de empresa en un expediente de suspensión vigente, que no se producirían despidos durante su vigencia<sup>403</sup>; porque el periodo de consultas duró una semana; o porque el despido afectó mayoritariamente a trabajadores que habían demandado la extinción de sus contratos por impago de sus salarios<sup>404</sup>. El Tribunal Supremo ha apreciado falta de buena fe cuando concurre una ausencia de información y, a la vez, el

---

<sup>397</sup> STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017.

<sup>398</sup> STS de 20 de diciembre de 2017 que recoge numerosas SSTs, de 27 mayo 2013, rec. 78/2012, 20 marzo 2013, rec. 81/2012, 18 febrero 2014, rec. 74/2013 y 21 mayo 2014, rec. 249/2013.

<sup>399</sup> Así, entre otras muchas, las SSTs de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017; 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012; 18 de febrero de 2014, rec. 74/2013; 26 de enero de 2016, rec. 144/2015; 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015.

<sup>400</sup> STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014.

<sup>401</sup> SSTs de 17 de julio de 2014, rec. 32/2017; 16 de junio de 2015, rec. 273/2014; de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014.

<sup>402</sup> STS de 18 de febrero de 2014, rec. 42/2013, no entregar la contabilidad “B” del grupo empresarial.

<sup>403</sup> STS de 26 de marzo de 2014, rec. 86/2012.

<sup>404</sup> STS de 29 de diciembre 2014, rec. 93/2012.

mantenimiento inamovible de la posición negociadora de la empresa<sup>405</sup>, lo que priva al periodo de consultas del contenido legalmente exigible y permite entender que se ha llevado a cabo, solo, un trámite formal, lo que conlleva la calificación de nulo. Eso sí, habida cuenta de que la buena fe, les es exigible a ambas partes. Así, no cabe apreciar ausencia de buena fe empresarial, en un periodo de consultas que se saldó con una sola reunión, al dar por terminada la negociación el representante legal de los trabajadores<sup>406</sup>.

El principio de buena fe que recoge el art 7 del Código Civil, tiene el alcance de norma cuasi-constitucional<sup>407</sup>, al ser un límite institucional o intrínseco en el ejercicio de todo derecho subjetivo o poder jurídico – incluidos los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española-, de modo que la licitud o ilicitud del ejercicio de cualquier derecho vendrá determinado por la buena fe, que es la medida que determina el ámbito de actuación permitido.

El Tribunal Supremo<sup>408</sup> nos permite fijar una serie de pautas en su aplicación:

- Dentro de la exigencia de la buena fe está la obligación de la empresa de ofrecer la información pertinente<sup>409</sup>, sobre las medidas a adoptar y sus causas, siendo necesario, por tanto, que se produzca un intercambio efectivo de información<sup>410</sup>, pero no se impone forma alguna de llevarlo a cabo, es decir, solo es necesario el intercambio de información. Eso sí, incumbe a la empresa la carga de la prueba de que ha mantenido las negociaciones en forma hábil y de modo suficiente para

---

<sup>405</sup> Véase la STS de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012.

<sup>406</sup> STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 185/2014.

<sup>407</sup> Ver STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014.

<sup>408</sup> STS de 16 de julio de 2015, rec. 180/2014.

<sup>409</sup> Art. 2 Directiva 98/59.

<sup>410</sup> SSTS de 30 de junio de 2011, rec. 173/2010; 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013; 22 de diciembre de 2014, rec. 185/2014.

entender cumplidos los requisitos expuestos, declarándose nula, en caso contrario, la decisión adoptada.

- Que habrá de valorarse en cada caso la posición empresarial y la manera en que han discurrido esas negociaciones<sup>411</sup>, lo que exige el análisis de la postura de la empresa y de la forma en la que las negociaciones han tenido lugar<sup>412</sup>, siendo necesario, para que las deficiencias se aprecien como actuación contraria a la buena fe, que haya un propósito de vulnerar la confianza<sup>413</sup>, lo que exige la valoración de las conductas, de las acciones u omisiones, mediante las que se aprecie que, durante las negociaciones, no fue respetado ese principio.

- Que la falta de buena fe está unida a la ausencia de un periodo de consultas, entendiéndose que, si se cumplen los derechos de información, se producen numerosas reuniones y se varían los planteamientos iniciales de la empresa, la exigencia de buena fe está respetada. Por el contrario, si falta información y si el empresario mantiene inamovibles sus posiciones iniciales, la negociación no habrá respetado las exigencias impuestas por el principio de la buena fe<sup>414</sup>.

En términos muy parecidos, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017<sup>415</sup>, concreta la buena fe en cuatro

---

<sup>411</sup> Véase la STS de 20 de diciembre de 2017, rec. 116/2017, recogiendo las SSTS de 18 de febrero de 2014, rec. 74/2013; 21 de mayo de 2014, rec. 249/2016, 23 de mayo de 2013, rec. 78/2013; 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012, entre otras.

<sup>412</sup> SSTS 27 de mayo de 13, rec. 78/2012; 18 de febrero de 2014, rec. 74/2013; 21 de mayo de 2014, rec. 249/2013; 25 de marzo de 2015, rec. 295/2014; 16 de junio de 2015, rec. 273/2014; 24 de septiembre de 2015, rec. 41/2015; 16 septiembre de 2016, rcud. 38/2015; 23 noviembre de 2016, rec. 256/2015; y 16 de diciembre de 2016, rec. 65/2016.

<sup>413</sup> STS de 20 de mayo de 2015, rec.276/2013.

<sup>414</sup> SSTS de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012; 21 de mayo de 2014, rec. 162/2013; 22 de diciembre de 2014, rec. 185/2014.

<sup>415</sup> STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017, que recoge los planteamientos de otras muchas, entre ellas, las SSTS de 30 de junio de 2011, rec. 173/2010; de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013; de 22 de diciembre de 2014, rec. 185/2014; de 18 de febrero de 2014, rec. 74/2013; de 21 de mayo de 2014, rec. 249/2013; de 24 de septiembre de 2015, rec. 41/2015; de 21 de junio de 2011, rec. 173/2010; de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012; de 16 de julio de 2015, rec. 180/2014; de 16 de septiembre de 2015, rec. 230/2014; de 29 de septiembre de 2015, rec. 1/2015; de 20 de octubre de 2015, rec. 181/2014; de 23 de octubre de 2015, rec.

aspectos básicos: la buena fe consiste en facilitar la información necesaria sobre la medida que se pretende adoptar y sus causas; lo que determina que la valoración del cumplimiento de ese deber deberá analizarse caso por caso, analizando la posición de la empresa y la forma en la que las negociaciones se han desenvuelto; que la actuación de mala fe debe excluirse en los casos en los que se cumple el deber de información, cuando se producen numerosas reuniones y se varían los planteamientos iniciales; y, entender que la actuación es de mala fe, en caso de falta de entrega de la información y de mantenimiento a ultranza de los planteamientos iniciales.

Las normas jurídicas no pueden imponer el acuerdo, no pueden obligar a las partes a que encuentren una solución aceptable para ambas; lo que si imponen es que los representantes de la empresa y los de los trabajadores intenten de buena fe conseguir un acuerdo que evite o reduzca los despidos colectivos o atenúe sus consecuencias<sup>416</sup>.

En este mismo sentido, es de destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de marzo de 2001, que matiza que la buena fe no supone aceptar las reivindicaciones de los representantes legales de los trabajadores<sup>417</sup>.

---

169/2014; de 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015; de 15 de septiembre de 2016, rec. 243/2015; de 21 de abril de 2017, rec. 149/2016.

<sup>416</sup> Así lo entiende la STS de 1 de marzo de 2001, cuando en su FD QUINTO dice, “...siendo esto así, como ya dijo esta Sala en su sentencia de 30 de septiembre de 1.999, en conflicto colectivo, si bien el art. 89 del E.T., impone el deber de iniciar una negociación, cuando esta sea procedente, imponiendo igualmente a las partes el deber de llevar a cabo esa negociación de buena fe, no significa, como esta Sala ha declarado reiteradamente, que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido -por todas Sta. 17 de noviembre de 1.998-...”. En el mismo sentido, más recientemente, la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 316/2013, señala, “Así concebido el deber de buena fe, tal y como acertadamente razona la sentencia recurrida, en el caso que ahora resolvemos es manifiesto que las consultas existieron, las propuestas constan detalladamente en las actas, y la realidad de que el acuerdo no llegara a existir no significa que no hubiese tal periodo válido de consultas, ni tampoco que el mismo se llevase con ausencia de buena fe.”

<sup>417</sup> La STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2001, recoge con claridad, FD CUARTO, “En lo que respecta al alcance del deber empresarial de negociar, y de hacerlo conforme al principio de la buena fe, so pena de nulidad de la decisión extintiva (art. 124.9 LRJS), es claro que no se traduce en la obligación de aceptar las reivindicaciones de los representantes de los trabajadores y alcanzar un acuerdo, pero sí, en lo que ahora importa, en la de mostrar una actitud abierta y dialogante en las reuniones que se celebren, escuchar las

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 2012, señala cuál es el contenido mínimo del período de consultas -concretándolo en: causas motivadoras del despido; posibilidad de evitar o reducir sus efectos; medidas necesarias para atenuar sus consecuencias; y posibilidad de continuidad y viabilidad del proyecto empresarial-, concluyendo que, puede afirmarse, que el control de este contenido durante el período de consultas será determinante en la valoración de la veracidad del mismo. Añade que no basta con la apertura del período de consultas y con la celebración de las preceptivas reuniones, siendo absolutamente necesario que tenga un contenido real, entendiéndose que se infringe el principio de buena fe, si se acude a la negociación con una oferta definitiva e irrevocable cuyo rechazo cierra el proceso negociador. Afirma que la buena fe implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones<sup>418</sup>. Coincide con la mencionada sentencia

---

*propuestas de los representantes del personal, valorarlas y darles contestación, explicar las razones de su rechazo, argumentar las propias, etc.”*

<sup>418</sup> Así, la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012 concluye en su FD CUARTO: “Pues bien, en el caso de autos, examinadas las actas de las reuniones de fechas 23/02/12, el 01/03/12 y el 5/03/12, la Sala llega a la misma conclusión que la Inspectora de Trabajo actuante: no existieron negociaciones con contenido durante el período de consultas.”

*“El objeto de negociación en el período de consultas ha de versar, como mínimo de derecho necesario, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. (art.2.2 Directiva 98/59). Objetivos que, como no podía ser de otro modo, incorpora el legislador estatal en el nuevo redactado del art.51.2 ET y en el transitoriamente vigente art.11 del RD 801/11.”*

*“Del examen de las actas de las reuniones mantenidas en el período de consultas, se evidencia que la empresa se limita a decir que no es posible la recolocación por la desaparición del CCL y a facilitar determinada documentación.”*

*“Tal postura se justifica por el representante procesal de la demandada aduciendo que al ser una Administración Pública tienen unos criterios (que no aporta) que les impiden ofrecer indemnizaciones distintas a la mínima legal (20 días por año).”*

*“Esta justificación choca frontalmente con las atribuciones de que goza la Comisión liquidadora a la que se faculta para disponer lo que sea procedente en relación con la extinción de los contratos laborales correspondientes, conforme a la normativa vigente (Acord GOV/162/2011, de 27 de diciembre DOGC 6034 DE 29/12/11) y de la constitución de un fondo de 750.000 euros para hacer frente a los pagos a los acreedores, incluidos los trabajadores.”*

*“También choca frontalmente dicha justificación con el hecho -admitido por la demandada- de que se ha hecho una oferta de 45 días por año una vez concluso el período de consultas y consumados los despidos. Pues bien, todo ello evidencia que el período de consultas no estuvo dotado del contenido mínimo que la ley impone, puesto que si bien resulta evidente que la disolución del CCL impedía reducir o evitar los despidos, la negativa a negociar sobre la atenuación de las consecuencias del despido (ej. mediante mayores indemnizaciones que la mínima legal, reciclaje profesional, empleo por cuenta propia, medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo, otras fórmulas de prestación del servicio: concesión a cooperativa laboral, etc, (vid art.9 RD 801/11); así como la negativa a negociar medidas sociales de acompañamiento destinadas,*



del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de marzo de 2001, que señala que la finalidad del período de consultas es permitir a los representantes de los trabajadores presentar propuestas constructivas e intentar el acuerdo entre los interlocutores sociales<sup>419</sup>.

La jurisprudencia ha defendido que las partes deben ser consecuentes con sus planteamientos negando la eficacia impugnatoria cuando el pretendido fundamento de la impugnación proviene de una modificación de los planteamientos iniciales del propio recurrente<sup>420</sup>.

Por último, no han faltado ocasiones en las que, paralelamente a la negociación colectiva, la empresa negoció con los trabajadores. Esta situación plantea si debe entenderse, que esa negociación individual, quebró el principio de buena fe que debe presidir la negociación colectiva vulnerando el art. 51.2 TRLET.

En respuesta a esta cuestión hay que recordar que el art. 6.4 del Código Civil, caracteriza el fraude de ley como la conducta intencional de

---

*en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos, sitúan la negociación realizada en un mero formalismo de contenido únicamente informativo circunscrito a la entrega de documentación.”*

*“Además de ello, es clara la mala fe consistente en negar la posibilidad de negociar indemnizaciones cuando después acaban ofreciéndose a los trabajadores una vez iniciado el litigio, vaciando así de contenido el período de consultas.”*

*“En conclusión, de acuerdo con el art.124.9 LRJS debemos declarar nula la decisión extintiva por no haberse respetado lo previsto en los artículos 51.2 ET y art.11.1 RD 801/11, en relación con el art. 13 del Convenio nº 158 OIT, art. 2 de la Directiva 98/59, en lo atinente al contenido mínimo del período de consultas.”*

<sup>419</sup> La STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2001, dice *“La obligación impuesta al empresario de llevar a cabo consultas con el contenido mínimo expresado, responde a una doble finalidad; por una parte, permitir a los representantes de los trabajadores formular propuestas constructivas, cuando menos, para evitar las extinciones de contratos proyectadas, o al menos reducir su número (especialmente en casos como el presente en que el expediente es parcial), y mitigar sus consecuencias, y someter esas propuestas a debate y negociación con la contraparte; y, por otra, posibilitar el acuerdo entre los interlocutores sociales sobre los despidos colectivos que se van a realizar. Con una y otra finalidad, la consulta es, en esencia, un medio para realizar una negociación que, como indica el TJCE en su sentencia de 27 de enero de 2005 (Asunto C- 188/2003), constituye una auténtica obligación.*

*En definitiva, el período de consultas es un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe.”*

<sup>420</sup> Argumento recogido en la STS de 3 de febrero 1998, al decir en su FD TERCERO, *“El principio de buena fe en la negociación colectiva, expresamente establecido en el propio art. 89 ET, obliga a las partes a ser consecuentes con sus propias posiciones, y no alterarlas sustancialmente de un día para otro.”*

utilización derivada de una norma del ordenamiento jurídico, para cubrir un resultado antijurídico, lo que no debe confundirse con la infracción o incumplimiento de una norma. Las negociaciones simultáneas o paralelas, llevadas a cabo individualmente con los trabajadores afectados, constituyen un fraude de ley, dado que dichas negociaciones paralelas vacían de contenido el proceso negociador, impidiéndole alcanzar los objetivos que le son propios, pues si se extinguen los contratos por acuerdos individuales, ello impide buscar soluciones y llegar a acuerdos colectivos, ya que los pactos individuales socaban la fuerza de la negociación colectiva. Así lo declara, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, rec. 109/2012<sup>421</sup> que afirma que *"...durante el período de consultas no cabe más negociación legítima que la que se mantiene con los representantes de los trabajadores, a tenor con lo dispuesto en el art. 51.2 ET, sin perjuicio del derecho de la empresa y los trabajadores, una vez concluido sin acuerdo el período de consultas, de alcanzar los pactos que estimen convenientes."* Por ello, si la empresa vacía de contenido el período de consultas, privando de fuerza a la negociación colectiva mediante acuerdos individuales con secciones de negociación, paralelas e individuales, con los trabajadores afectados, la decisión extintiva estará adoptada en fraude de ley<sup>422</sup>.

---

<sup>421</sup> Véase la STS de 25 de julio de 2012, rec. 109/2012, en su FD TERCERO, 4.

<sup>422</sup> Así lo declara la STS de 29 de diciembre de 2014, F.D. QUINTO: *"...No obstante lo que ya se ha razonado, puede añadirse, para una dialéctica más completa de la litis, y en cuanto al hecho de no haberse alcanzado entre la comunicación de la apertura del período de consultas y la fecha de efectos del despido la mínima extensión cronológica requerida en el art 51.4 del ET, que no deja de ser, desde un principio, una infracción normativa, lo que, en definitiva, no viene a negar la empresa recurrente, que se limita a sostener que no es razón para declarar el despido nulo, resultando cosa distinta y de mayor trascendencia que previamente se diga en el cuarto fundamento de derecho de la sentencia de instancia que se ha incumplido la finalidad perseguida por el período de consultas -que en este caso habría durado una semana- "y se ha visto frustrada la posibilidad de llevar a cabo otras reuniones con la totalidad de los representantes de los trabajadores para conseguir un acuerdo", y a esto es, en realidad, a lo que se refiere la Sala de instancia para sostener la nulidad de la decisión extintiva, en el sentido de que el cumplimiento meramente formal del período de consultas (de "mero formalismo" lo tacha también el Mº Fiscal) equivale a incumplimiento, con las consecuencias que de ello se derivan, al menos en el contexto de una serie de circunstancias como las que se constatan y relatan en este caso, valoradas, en conjunto, como constitutivas de fraude de ley, al que se refería el art 23 del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero -vigente cuando se tramitó el expediente- que modificaba el art 124 de la LRJS dándole una redacción a su nº 9 por la que se incluía el referido fraude como causa de la nulidad igualmente mencionada de la decisión extintiva ("así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de*

Dos cuestiones muy relevantes, se plantean a la vista del art. 51.2 del TRLET: la relativa al valor de los acuerdos alcanzados y las posibilidades de impugnación parcial de los mismos.

En cuanto a la primera, el art. 51 del TRLET no hace referencia al valor de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas, quizá porque la Directiva 98/59 tampoco contiene normas sobre su valoración. Si lo hacen los arts. 41.4 y 47.1 del TRLET (relativos a los procesos de flexibilidad interna), en los que, cuando el periodo de consultas finaliza con acuerdo, establecen la presunción de la concurrencia de las causas justificativas.

El Tribunal Supremo ha sido quien se ha ocupado del valor de los acuerdos centrándose, básicamente, en dos aspectos: el reconocimiento de la existencia de las causas alegadas y el valor de los acuerdos alcanzados; y la posibilidad de la impugnación parcial.

En cuanto al reconocimiento de la existencia de las causas alegadas, el desarrollo jurisprudencial se ha producido atendiendo a varios factores de los cuales, el más importante, es el nivel de aceptación del acuerdo por la representación de los trabajadores, lo que, en base a la doctrina de la Sala IV *“sobre el valor reforzado de la existencia de un Acuerdo entre el empresario y la representación de los trabajadores cuando judicialmente se cuestiona la concurrencia de la causa de despido colectivo”*, se resuelve acudiendo al nivel de aceptación del acuerdo entre los representantes de los trabajadores, recogándose este criterio en numerosas sentencias, que hacen referencia al acuerdo adoptado por el 88% de los representantes

---

*derecho”), no cabiendo olvidar, en fin, que la parte recurrente no solicita en el suplico de su escrito y aunque sea con carácter subsidiario que en vez de declararse nulo el despido colectivo únicamente se diga que es no ajustado a derecho sino que, como ya se ha anticipado, postula, exclusivamente, el acogimiento de la excepción precitada y, subsidiariamente, la declaración de que ha sido ajustado a derecho el expediente regulatorio.”*

de los trabajadores, de los dos tercios de dichos representantes, etc.<sup>423</sup>. La aceptación del acuerdo, cualificada por el nivel de aceptación mayoritaria resultante del periodo de consultas, y, por ello, la aceptación de las causas en él recogidas, no suponen una presunción de que las causas que justifican el procedimiento existan, ni impiden la impugnación, de la decisión empresarial de proceder al despido, por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, dado que -como se vio y a diferencia de los arts. 41.4 y 47.1 del TRLET- ni el art. 51.2 del TRLET, ni el art. 124 de la LRJS, recogen tal presunción para los despidos colectivos basados en las mismas causas, es decir, no recogen la presunción -en caso de acuerdo- de la concurrencia de las causas alegadas por la empresa. Es por ello por lo que la jurisprudencia determina que será el juzgador quien podrá, teniendo en cuenta el quorum de la representación de los trabajadores en la toma del acuerdo, valorar la existencia de las causas, más aún, cuando no hay indicio alguno de la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o de cualquier otro que induzca a sospecha. En cuanto al valor de los acuerdos alcanzados, esa valoración de la existencia de las causas derivada del acuerdo mayoritario no significa que el juzgador convalide, sin más, el acuerdo, pero, evidentemente, si le da un valor reforzado. No obstante, numerosas sentencias evidencian que el juez habrá de ponderar la racionalidad de la medida adoptada, no valorando si es la medida óptima para el fin propuesto -cuestión que incumbe a la dirección de la empresa-, sino valorar si la medida adoptada es razonable en relación al fin propuesto<sup>424</sup>.

La segunda cuestión, hace referencia a si existiendo un acuerdo suscrito por la empresa y los representantes de los trabajadores y siendo aquél un acuerdo global, que contempla medidas de muy diferente naturaleza -no solo extintivas, sino cualesquiera otras medidas sociales

---

<sup>423</sup> Así se desprende de numerosas SSTs, entre otras muchas, 21 de diciembre de 2016, rec. 1.416/2015; 16 de noviembre de 2016, rec. 1.245/2015; 1 de junio de 2016, rec. 3.111/2014; 10 de mayo de 2016, rec. 3.541/2014, recogidas y analizadas por la STS de 17 de mayo de 2017, rec. 221/2016.

<sup>424</sup> Véase la mencionada STS de 17 de mayo de 2017, rec. 221/2016.

de acompañamiento<sup>425</sup> (medidas de movilidad geográfica, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensiones, inaplicaciones de convenio, entre otras)-, se plantea si cabe la impugnación parcial de alguna de las medidas de acompañamiento distintas de la impugnación del propio despido colectivo, ya se hayan planteado inicialmente esas medidas, ya se hayan planteado durante el periodo de consultas como medidas alternativas al despido<sup>426</sup>.

La duda que surge, y que se resuelve a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015, es determinar si la impugnación de un despido colectivo alcanzará a todas las medidas acordadas, no solo a las extintivas propiamente dichas, sino, también, a las medidas complementarias o de acompañamiento –previstas en los arts. 7 y 8 del RPDC-, es decir, entender que todo el acuerdo adoptado en el periodo de consultas, tanto los despidos como las medidas complementarias, se ventilarán conjuntamente; o, por el contrario, si se debe entender que la impugnación colectiva se refiere, solo, a las medidas extintivas, en tanto que las demás medidas acordadas deberán poder ser impugnadas en procedimientos diferentes.

De íntima conexión de cuestiones, o de "*conexidad objetiva*"<sup>427</sup>, lo califica la jurisprudencia, en aquellos supuestos en los que el procedimiento de despido colectivo va acompañado de medidas que regulan aspectos complementarios debiendo, en su caso, impugnarse y abordarse de modo conjunto, señalando que los contenidos básicos pactados en el periodo de consultas no deben ser impugnados de modo autónomo o separado por vía conflicto colectivo, ya que según el art. 51.2 del TRLET, la modalidad procesal a través de la cual se puede llevar a efecto su impugnación es la regulada en el art. 124 de la LRJS, modalidad excluyente y prioritaria. No pueden impugnarse aspectos parciales dado

---

<sup>425</sup> Arts. 51 TRLET y 7 y 8 del RPDC.

<sup>426</sup> De nuevo, la mencionada STS de 17 de mayo de 2017, rec. 221/2016.

<sup>427</sup> Término acuñado por la SSTS de 27 de enero de 2015, rec. 28/2014, FD. SEGUNDO, número 4 "*...La íntima conexión de unas cuestiones y otras comporta la existencia de una conexidad objetiva en el objeto procesal.*"

que el acuerdo debe considerarse como un todo. La modalidad del art. 124 de la LRJS es el único remedio procesal cuya inobservancia contraría la seguridad jurídica o la cosa juzgada<sup>428</sup>, lo que produce la consecuencia de que, al analizar conjuntamente el acuerdo de despido colectivo, podrá haber algún aspecto que merezca la calificación de no ajustado a derecho, lo que no impedirá que se sostenga el carácter justificado del despido mismo y del resto de medidas pactadas.

La sentencia de 2015 considera que predomina la perspectiva global, entendiendo que el acuerdo debe ser considerado como un todo –de negocio inescindible lo califica ALFONSO MELLADO<sup>429</sup>–, ya que las distintas medidas están íntimamente interrelacionadas y porque, si solo se impugnaran en el procedimiento colectivo las decisiones extintivas, resultaría que la impugnación judicial de las demás medidas podría dar lugar a soluciones judiciales contradictorias.

Las medidas no estrictamente extintivas, podrán impugnarse si no se impugna el despido propiamente dicho o, habiéndose impugnado, cuando hubiere ganado firmeza la sentencia que resolvió el procedimiento. Pero, aun así, sus posibilidades quedarían mermadas, en cuanto que la sentencia dictada en el procedimiento de impugnación del despido colectivo producirá los efectos de cosa juzgada en el procedimiento en el que se ventilan las demás cuestiones acordadas.

Así se desprende, también, de los arts. 51.6 del TRLET y 124.4 y 148.b) de la LRJS, de los que resultan diferencias importantes en materia de impugnación. De dichos preceptos resulta que, la impugnación del acuerdo, adoptado en el periodo de consultas, solo podrá ser planteada por la autoridad laboral; mientras que, respecto de los representantes legales de los trabajadores, lo que se prevé legalmente, es la impugnación de la “*decisión empresarial*” (art. 51.6 TRLET), no del acuerdo,

---

<sup>428</sup> SSTs de 27 de enero de 2015, rec. 28/2014 y 14 de octubre de 2015, rec. 8/2015.

<sup>429</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., “Comentario: Impugnación de acuerdos en periodo de consultas de despido colectivo (a propósito de la STS de 27 enero de 2015, TOL 4743779)”, Base de datos Tirant Lo Blanch.

como tal. Así resulta, también, del art. 124.4 de la LRJS que determina que, si el periodo de consultas finalizó con acuerdo, "*también deberá demandarse a los firmantes del mismo*". Esta exigencia legal, pone de manifiesto que lo que se impugna no es el acuerdo, caso en el que sería innecesaria la exigencia del art. 124.4, dado que la legitimación pasiva en el proceso vendría dada, para los firmantes del acuerdo, de su propia condición de parte en la adopción del mismo; al ser la decisión empresarial, no el acuerdo, el objeto de la impugnación, se hace necesario que la demanda se dirija, también, contra los firmantes del acuerdo.

## **8. Criterios de selección de los trabajadores afectados**

La selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es una facultad del empresario, que forma parte integrante del poder de organización que aquel tiene legalmente atribuido (art.1 TRLET).

Como cualquier otra facultad empresarial, la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo está sujeta a las reglas y limitaciones impuestas por la buena fe, el abuso del derecho y los demás límites legales establecidos al ejercicio de cualquier derecho subjetivo y entre ellos, y en especial, los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>430</sup>.

Sin embargo, además de estos límites generales, la selección de trabajadores afectados ha presentado -históricamente- y presenta -actualmente-, límites específicos derivados:

---

<sup>430</sup> Como límites, los generales el art. 14 CE y del art. 17 del TRLET.

- Por un lado, del hecho de que los despidos colectivos tienen unos evidentes costes sociales dado que la mayor parte de los trabajadores afectados por ellos generarán alguna prestación pública.

- Por otro, porque existen grupos de trabajadores que ante, un despido colectivo, o bien tienen mayores dificultades para encontrar un nuevo empleo -el caso de los trabajadores discapacitados, de los mayores de cierta edad-, o quedan en peor situación, trabajadores con mayores cargas familiares.

La toma de conciencia de estas realidades y la íntima conexión entre ambos aspectos implicaría acudir, a la hora de fijar los criterios de selección, a los que prefieran a aquellos trabajadores con mayor facilidad para encontrar un nuevo empleo, lo que redundaría en la reducción del tiempo de desempleo y en la minoración del importe de las prestaciones públicas.

La selección de los trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo ha sufrido una larga evolución en la que es posible distinguir:

### **8.1. Antecedentes legislativos**

La legislación española fijaba inicialmente los criterios de selección estableciendo medidas de seguridad tendentes a la conservación del empleo en favor de ciertos colectivos social o económicamente más débiles; mejor dicho, fijaba unos criterios de permanencia que venían a limitar y a matizar la capacidad empresarial de elección de los trabajadores afectados.



La legislación anterior al Estatuto de los Trabajadores contenía criterios de selección -en realidad, criterios de permanencia-, cuyo análisis permite concretarlos:

- 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.*

- El Decreto 1878/1971, de 23 de julio, *por el que se regula el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos, estableciendo la protección en favor de "los representantes sindicales."*<sup>431</sup>

- La Ley 25/1971, de 19 de junio, *de Protección a las Familias Numerosas*, en cuyo art. 9, dispone que los cabezas de familia numerosa gozarán de especial protección.<sup>432</sup>

- 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*, establece la prioridad de permanencia en favor de los cabezas de familia y sus cónyuges, con preferencia, entre ellos a favor de "los titulares con mayores cargas familiares, los de mayor edad y los que tengan superior antigüedad en la Empresa."<sup>433</sup>

---

<sup>431</sup> Véase el Decreto 1878/1971, de 23 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos, estableciendo que las medidas extintivas "... se aplicarán en último lugar, dentro de su grupo profesional o categoría, a los representantes sindicales, cualquiera que sea su antigüedad en la empresa y con preferencia a cualquier otro orden de prelación."

<sup>432</sup> Así, la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, en cuyo art. 9, dispone que los cabezas de familia numerosa "...gozarán, dentro de su especialidad y categoría, de especial protección, en la forma que reglamentariamente se determine, para la conservación de sus situaciones laborales."

<sup>433</sup> 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, señala que "Las medidas indicadas se aplicarán en último lugar, dentro de su grupo profesional y categoría, a los cabezas de familia numerosa y a sus cónyuges cualquiera que sea su antigüedad en la Empresa..."

"Dos. Cuando proceda, el despido o cese en los supuestos antedichos de los trabajadores titulares de familia numerosa, tendrán preferencia para permanecer en la Empresa por el siguiente orden: los titulares con mayores cargas familiares, los de mayor edad y los que tengan superior antigüedad en la Empresa."

- El Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, *sobre empleo de trabajadores minusválidos.*

- El Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, que fijaba *"en cada categoría profesional y como norma general, según el orden inverso al de la antigüedad en la empresa."*

- El Decreto 2487/1974, de 20 de julio, *por el que se da nueva redacción al artículo 15.2 del Decreto 3090/1972, que ante la concurrencia de trabajadores con preferencias legalmente establecidas y dejando a salvo la de los cargos electivos de carácter sindical, establece la preferencia en favor de: "a) Minusválidos,...: b) Titulares de familia numerosa; c) Trabajadores mayores de cuarenta años; d) Antigüedad en la Empresa."*<sup>434</sup>

- La Ley 16/1976, de 8 de abril, *de Relaciones Laborales*, art. 13, *"Dos. Los trabajadores mayores de cuarenta 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 que puedan autorizarse por reestructuración de las plantillas, en la forma, requisitos y prelación entre los distintos grupos que establezcan las disposiciones legales o reglamentarias que les sean aplicables."*

---

<sup>434</sup> El Decreto 2487/1974, de 20 de julio, por el que se da nueva redacción al art. 15 del Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, redacta el art. 15.2, *"Dos. El orden de prioridad para permanecer en plantilla en los casos de cese o suspensión cuando concurrieren trabajadores con preferencias legalmente establecidas; dejando siempre a salvo y en primer término la prevista a favor de los cargos electivos de carácter sindical, será dentro de cada categoría profesional y supuesta la existencia de puesto o puestos propios de la misma, el siguiente: a) Minusválidos, declarados como tales por el Servicio Social correspondiente, o trabajadores que tuviesen reconocida la situación de invalidez permanente por la Seguridad social al tiempo de autorizarse la reducción de plantilla por la Autoridad Laboral y que, en tal momento, se hallasen en activo al servicio de la Empresa; se exceptúan de esta preferencia los, demás tipos de incapacidad, sin perjuicio de que si con posterioridad a la reducción autorizada por la Autoridad Laboral, obtuviesen la calificación de invalidez permanente, tengan derecho de preferencia para el reingreso, en los casos y términos previstos en el presente precepto: b) Titulares de familia numerosa; c) Trabajadores mayores de cuarenta años; d) Antigüedad en la Empresa."*

## 8.2. Estatuto de los Trabajadores y legislación vigente

- El Estatuto de los Trabajadores en su redacción original, suprimió las preferencias, excepción hecha de la prioridad de permanencia a favor de los representantes de los trabajadores, arts. 51.5 (51.9 en la versión original) y 68.b), lo que supuso mayor libertad empresarial en materia de elección de los trabajadores afectados.

Dicha supresión produce lo que en palabras de VALDÉS DAL-RE<sup>435</sup>, podemos denominar una desregulación que determina que la selección se base en la defensa del proyecto empresarial. Esta situación produce que lo que era una decisión reglada, sea ahora una decisión discrecional.

Publicado el ET, no faltaron autores que consideraron que los criterios de selección fijados en la Ley de Relaciones Laborales seguían siendo aplicables como norma reglamentaria de acuerdo con la Disposición Final 4ª del Estatuto de los Trabajadores<sup>436</sup>, en tanto que otro sector doctrinal, representado por MARTÍN RIVERA<sup>437</sup>, defendía la derogación de tales preceptos y la recuperación de esa facultad por el empresario, criterio avalado por la jurisprudencia.

Desde el punto de vista de la Unión Europea, el LIBRO VERDE, «*Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*»<sup>438</sup>, recoge los principios rectores de las reestructuraciones

---

<sup>435</sup> VALDÉS DAL-RE, F., "La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación", en *Revista Laboral*, número 11, 1999 (versión digital).

<sup>436</sup> "Las disposiciones con rango de Ley que regulan cuestiones relativas a jornada, salarios y cualesquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas por esta Ley, continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias y podrán ser derogadas o modificadas por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo."

<sup>437</sup> Véase la evolución y las distintas teorías doctrinales en MARTÍN RIVERA, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Ed. Reus, Madrid, 2008, 1ª edición, página 301.

<sup>438</sup> El LIBRO VERDE, «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», de 18 de julio de 2001, páginas 10 y 11, en sus números "36. Reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones. En la práctica, la forma es a menudo tan importante como el fondo para el éxito de las reestructuraciones. En particular, conviene buscar la participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y una consulta abiertas. Además, la reestructuración debe prepararse bien identificando los riesgos más importantes, calculando todos los costes directos e indirectos de las

empresariales desde una perspectiva socialmente, responsable que supone tomar en consideración y equilibrar los intereses y preocupaciones de todos los implicados, llevando a cabo la participación mediante la entrega de información y la realización de consultas. Advierte sobre la necesidad de calcular los costes, directos e indirectos, en la elección de las estrategias y medidas a adoptar, apoyándose en la experiencia europea en las industrias del carbón, el acero y en los astilleros, concluyendo que en todo caso es necesaria la participación de las autoridades, del empresario y de los trabajadores a través de sus representantes, poniendo en valor lo que se ha dado en llamar la *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC) introduciendo, con ello, un elemento tan novedoso como inconcreto.

La libertad en la determinación de los criterios de selección podrá venir limitada por dos vías: convencional y judicial. La convencional, bien sea por acuerdo adoptado en el periodo de consultas, o bien a través de la autonomía colectiva. Respecto de ésta última, son muy pocos los convenios colectivos que contienen normas al respecto, teniendo en cuenta que la autonomía colectiva podrá limitar la libertad de las partes durante la negociación, ya que tal negociación tendrá como límite el propio convenio, no pudiendo adoptarse acuerdos de empresa que deroguen lo dispuesto en convenio colectivo al no recogerlo entre las condiciones de trabajo modificables, ni en los convenios sectoriales ni en los de empresa (si bien éstos últimos tienen la posibilidad de ser modificados por los interesados mediante otro convenio de empresa)<sup>439</sup>. La limitación judicial –vía ésta que ha potenciado la defensa de los derechos fundamentales–, supone un control “*ex post*” no “*ex ante*”,

---

estrategias y medidas alternativas, y evaluando todas las opciones que permitirían reducir los despidos necesarios.” y “37. La experiencia de las reestructuraciones más importantes realizadas en Europa en las industrias del carbón y del acero y los astilleros ha demostrado que la reestructuración resulta más fructífera si en ella colaboran las autoridades públicas, las empresas y los representantes de los trabajadores...”

<sup>439</sup> Véanse los arts. 82.3 y 84.2 del TRLET para los convenios de sector y de empresa, respectivamente.

como sería de desear, en evitación de la utilización de criterios que conculquen el ordenamiento jurídico.

A pesar de que en la doctrina hay autores que entienden que han desaparecido los límites, así VALDÉS DAL-RE<sup>440</sup> señala, *“La selección de los trabajadores cuyos contratos de trabajo han de extinguirse por causas económicas ha pasado a formar parte, así pues, del núcleo fuerte de las facultades de organización del empresario, ejercitada sin otros condicionamientos o límites externos que los procedentes, en su caso, de la autonomía colectiva.”*, la libertad en la fijación de los criterios no ampara, obviamente, la arbitrariedad operando la conexión de funcionalidad en su nueva formulación como conexión de proporcionalidad o racionalidad. Es decir, la fijación de criterios corresponde al empresario, pero su validez dependerá de la relación existente entre la causa justificadora de la medida a adoptar y los contratos que puedan resultar afectados por ella.

Esta fijación de criterios podrá, sin embargo, ser objeto de revisión judicial si se aprecia fraude de ley o abuso de derecho o cuando tenga fines discriminatorios, contrarios a derechos fundamentales y libertades públicas o no sea acorde al plan de reestructuración de la empresa<sup>441</sup>, lo que determina que deba decidirse en cada caso en base a la información proporcionada por la empresa<sup>442</sup>.

El art. 51.5 del TRLET prevé como límites a la fijación de criterios, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores previendo que, por convenio colectivo o por acuerdo alcanzado en el período de consultas, se pueda establecer preferencia a favor de otros

---

<sup>440</sup> VALDÉS DAL-RE, F., “La designación de...”, *op. cit.*.

<sup>441</sup> Véase la STS de 19 de enero de 1998, rec. 1.460/1997.

<sup>442</sup> Así lo recoge, haciéndose eco de abundante jurisprudencia, la STS de 21 de noviembre de 2018, rec. 2.191/2017, FD SEGUNDO, 2. “...*máxime si atendemos a nuestra reiterada doctrina expresiva de que para determinar el cumplimiento de la exigencia del art. 51.2.e) ET (proporcionar «los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados») ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada y valorar la exigencia en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta...”*“(SSTS -todas ellas de Pleno- 18/02/14 -rco 74/13-; 25/06/14 -rco 273/13-; 25/03/15 -rco 295/14-; 24/03/15 -rco 217/14-; 16/09/15 -rco 230/14-; 20/10/15 -rco 181/14-; y 23/11/16 -rco 256/15)...”

colectivos, tales como los trabajadores con mayores cargas familiares, los de mayor edad o los trabajadores discapacitados. En el mismo sentido se manifiestan los arts. 3 y 13 del RPDC.

La posibilidad de pactar otras preferencias se prevé como un medio de conseguir la finalidad del procedimiento de despido colectivo, cual es *"evitar o reducir despidos o atenuar sus consecuencias"*, oportunidad que no ha sido aprovechada por los convenios colectivos. Son pocos los que recogen algún criterio más allá de la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, con lo que no hacen sino recoger lo dispuesto en el art. 51.5 del TRLET, y los pocos que contienen normas al respecto se limitan a fijar criterios como la antigüedad, edad, discapacidad, cargas familiares o familia numerosa, etc..

Por último, toda esta materia viene presidida por el principio de igualdad, que admite elementos diferenciadores de relevancia jurídica, excluyendo aquéllos que impliquen una diferencia de trato en situaciones que puedan considerarse iguales<sup>443</sup>.

### **8.3. Identificación de criterios**

El TRLET y el RPDC, obligan a la empresa a identificar los criterios que han sido tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, sin que sea necesaria la identificación nominativa de los afectados. La fijación de criterios no admite determinaciones genéricas, la memoria deberá recogerlos de modo completo y claro<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> Véase la STC 104/2004, de 28 de junio.

<sup>444</sup> Así, la STS de 21 de noviembre de 2018, rec. 2.191/2017 que recoge la STSJ de Madrid de 14 de octubre de 2013.

Así, los tribunales de justicia vienen poniendo de manifiesto que el deber de información que pesa sobre la empresa –informar de los criterios a los representantes de los trabajadores-, facilita -o mejor, posibilita-, la efectividad del período de consultas. Ello no supone que la información suministrada por el empresario sea exhaustiva, pero sí que sea clara, suficiente e inequívoca de modo que durante el periodo de consultas puedan tratar de corregirlas o proponer alternativas para reducir los despidos o paliar sus consecuencias, lo que no podrá tener lugar si la comunicación recoge pautas genéricas e imprecisas. Así, por todas, la sentencia de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de diciembre de 2012, rec. 19/2012, considera insuficiente establecer como criterios el mantenimiento de la capacidad productiva o atender a las demandas de los clientes, la corrección de las disfuncionalidades y los desequilibrios de la plantilla. La sentencia de 20 de diciembre de 2017, rec. 116/2017, se refiere a la de 26 de marzo de 2017, rec. 158/2013, que determina, a la vista de los arts. 51.2 TRLET y 124.9 de la LRJS y 3.1 del RPDC –y a salvo los arts. 14 y 17 de la Constitución Española y 1 de la Directiva 2000/78-, que la irregularidad o insuficiencia en los criterios de designación de los trabajadores afectados, no producen la nulidad<sup>445</sup>. Los preceptos citados exigen que se aporten los criterios por lo que solo la falta de aportación determinará la nulidad del despido, de manera que, aportados, no cabe la nulidad, ello no obstante, sin perjuicio de su valoración, pudiendo ser impugnados individualmente si no se respetan las prioridades de permanencia y los demás derechos recogidos en el art. 124.12 y siguientes de la LRJS.

La fijación de criterios garantiza la negociación de buena fe, y es necesaria para apreciar la justificación de los despidos y no incurrir en fraude de ley<sup>446</sup>. La determinación de los criterios en el periodo de

---

<sup>445</sup> STS de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013.

<sup>446</sup> Así lo recogen con claridad la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, rec. 10/2012 y la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012, rec. 21/2012.

consultas es un presupuesto imprescindible para justificar los despidos, tal como recogen numerosas sentencias, por todas, la de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012, rec. 162/2012<sup>447</sup>, que sigue la doctrina sentada en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2012, rec. 21/2012<sup>448</sup> y en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia Cataluña de 23 de mayo de 2012 rec. 10/2012. Ésta última señala la imposibilidad de negociar y avanzar medidas sociales si los representantes de los trabajadores *"...desconocen la clasificación profesional de aquéllos trabajadores que pueden ser afectados, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo. Lo que lleva también a una declaración de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 124 de la Ley de Jurisdicción Social."*<sup>449</sup>

El Tribunal Supremo<sup>450</sup> confirma la necesidad de aportación de los criterios, al inicio del período de consultas como una exigencia formal e ineludible, acudiendo en su apoyo al art. 4 del Convenio 158 de la OIT<sup>451</sup>,

---

<sup>447</sup> SAN de 15 de octubre de 2012, rec. 162/2012, en su FD. *"SÉPTIMO.- Los demandantes señalan que la empresa no suministró los criterios de designación de los trabajadores afectados."*

*"A juicio de la Sala, esta información es absolutamente capital, pues la identificación de los criterios de selección en el período de consultas no es sólo una exigencia formal destinada a garantizar la negociación de buena fe (STSJ Cataluña núm. 13/2012, de 23-5-12; STSJ Madrid núm. 601/2012, de 25-6-12) y permitir el cumplimiento en sus propios términos de las previsiones del art. 51.9 ET ( STSJ Madrid núm. 601/2012, de 25-6-12 ), sino un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva."*

<sup>448</sup> La STSJ Madrid de 25 de junio de 2012, rec. 21/2012, FD DÉCIMO-OCTAVO, que al decir de la empresa, *"(...) El criterio seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo ha sido un criterio de idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando", [concluye] "lo que, por su absoluta generalidad e inconcreción, que ni siquiera su representante procesal supo precisar en el juicio, equivale a no decir nada que no sea un lugar común, sin que sus términos permitan conocer, cuando menos, las pautas que la misma iba a seguir a la hora de elegir el personal afectado por el despido colectivo."*

<sup>449</sup> En el mismo sentido se manifiesta la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012, rec. 21/2012, dictada bajo la vigencia del RD. 801/2011, en su FD NOVENO.- *"Finalmente, en punto a la documentación común, el 8 ordena que: "Cualquiera que sea la causa alegada para los despidos colectivos, el empresario deberá acompañar la siguiente documentación a su solicitud: a) Número y clasificación profesional de los trabajadores que vayan a ser afectados, así como de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año. (...) c) 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 está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo..."*

<sup>450</sup> Ver la STS de 18 de julio de 2014, rec. 288/2013.

<sup>451</sup> Dispone el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, *"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."*



criterios que al ser fijados permitirán establecer y valorar la relación causa efecto entre las medidas adoptadas y su afectación a determinados trabajadores, señalando que su ausencia devalúa la negociación, impidiendo que se cumpla el objetivo finalístico del periodo de consultas.

Otras sentencias<sup>452</sup> señalan que la determinación de los criterios no es necesaria si se ha señalado la voluntad de proceder al cierre total de la empresa, interpretación avalada por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014, rec. 45/2013.

Es de destacar, además, que las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014, rec. 74/2014 y de 22 de mayo de 2014, rec. 17/2014<sup>453</sup>, exigen congruencia a los representantes de los trabajadores, no permitiéndoseles alegar que la información acerca de los criterios fue insuficiente si esta insuficiencia no se alegó en el periodo de consultas. Del mismo modo, hay que entender que, si los trabajadores no han

---

<sup>452</sup> Por todas, la STSJ de Murcia de 17 de julio de 2013, en su FD TERCERO, in fine, señala “Finalmente, en cuanto a la falta de establecimiento de criterios para determinar el orden de las extinciones, se reputa irrelevante, dado que se trataba de poner fin a la totalidad de las relaciones laborales.”

<sup>453</sup> Señala la STS de 22 de mayo de 2014, rec. 17/2014, FD PRIMERO, C) “...Sobre esta base, lo relevante en este caso es, como se ha dicho, determinar si además de la prioridad de permanencia precitada de los representantes de los trabajadores, los criterios que se reproducen en el repetido fundamento noveno de la sentencia (los de reducción de jornada por guarda y custodia legal de menores, la versatilidad, recursos disponibles en la sección o departamento, coste económico y coste indemnizatorio), bastan, o no, para dar por cumplido suficientemente el requisito legal -puesto que formalmente lo estaba- a lo que en función de todas las condiciones y circunstancias concurrentes en el caso ha de darse una respuesta positiva porque si los representantes unitarios de los trabajadores, con conocimiento, por la información facilitada por la empresa, de la situación económica de ésta y de tales criterios -aunque fuese del modo en que se expusieron por la misma- sólo plantearon su oposición en cuanto al número de los afectados o de la cuantía de la indemnización y en ningún momento manifestaron que aquéllos les parecieran insuficientes, poco claros o incorrectos ni propusieron otros diferentes, habiéndolos presentado la empresa aplicándolos a nombres, apellidos y categorías, sin que tampoco se mencionase en ningún momento con alguna base que los tan repetidos criterios no habían sido seguidos correctamente por la empresa al designar a esos trabajadores ni pueda atribuirse con alguna justificación a la misma el empleo de unas pautas indebidas en la selección, a todo lo cual se añade que los referidos representantes debían tener conocimiento directo y personal de las concretas personas afectadas y también de las excluidas, al tratarse de una empresa de sólo 32 trabajadores, no puede entenderse que la información al respecto generase un conocimiento trascendental y sustancialmente defectuoso o insuficiente -ni teóricamente improcedente de no demostrarse así en algún caso, constituyendo, en principio, el criterio, aunque con las cautelas necesarias, una competencia empresarial- y, en consecuencia, tal y como propone sin reservas el M<sup>o</sup> Fiscal, el recurso ha de prosperar cuando tampoco el proceso ha servido para acreditar decididamente otra cosa.”

discutido los criterios de selección alegados por la empresa, su posterior impugnación judicial carece de sentido<sup>454</sup>.

Exigida la fijación de criterios en el art. 51. 2, párrafo 5º del TRLET y en el art. 3. 1, b) del RPDC, se ha planteado si deben determinarse en la comunicación inicial los nombres de los trabajadores afectados. Desde el punto de vista legal, de la lectura de la Directiva 98/59, se infiere que no es necesaria tal determinación nominal y, en todo caso, ni el art. 51 ni el art. 3 mencionados, la exigen<sup>455</sup>. Desde el punto de vista de los tribunales de justicia, ha habido numerosos pronunciamientos que merecen ser considerados:

- La sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012, rec. 167/2012, señala que la determinación nominal de los trabajadores afectados, aunque no exigida legalmente, tampoco impide que la negociación alcance sus fines. Añade que la determinación de los criterios en muchos casos lleva consigo, que pueda deducirse razonablemente a qué trabajadores va a afectar. La sentencia pone de manifiesto que la identificación nominal de los trabajadores inicialmente afectados, produciría una polarización de la negociación que generará mayores tensiones a los representantes de los trabajadores.

---

<sup>454</sup> Véase el voto particular de la STSJ de Navarra de 29 de mayo de 2014, rec. 157/2014, “*Esta sala en su Sentencia 312/2012 de 21 de septiembre, ha declarado que es sobre el trabajador sobre el que recae la carga de la prueba de la arbitrariedad o abuso de derecho en la selección, y sin que al despido colectivo le sean aplicadas las exigencias formales del Art. 53 ET, tal como concretó la STS de 10 de julio de 2007 y si los trabajadores no han discutido los criterios de selección propuestos, no tiene sentido su posterior impugnación en vía judicial Sentencias AN 26-11-13 (proc. 324/2013); 15-10-13 (AS 2013\2); STSJ País Vasco 11-12-13 (AS 2013\60) Corrugados Azpeitia.*”

<sup>455</sup> Así lo recoge la STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2012, rec. 14/2012.

- Esa relación nominal –caso de existir-, tendrá además carácter provisional dado que, de ser definitiva, vaciaría de contenido el período de consultas<sup>456</sup>.

- La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014, rec. 276/2013, contiene un matiz importante al decir que "*la relación nominativa no basta y la mención de criterios es necesaria.*"

Como problema final, cabe plantear la calificación que merecerá el despido llevado a cabo, cuando la empresa no ha respetado, en la determinación de los trabajadores afectados, los criterios de selección pactados durante el periodo de consultas. La duda radica en saber qué consecuencias se derivarían de ello: la nulidad o la improcedencia. Resulta indubitado que la consecuencia será la improcedencia, tal como se desprende de la LRJS, arts. 122.2, 124.13 a), 3ª y 4ª y 124.13 b) 3ª -que reservan la nulidad para los casos en los que no se haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación legalmente prevista, cuando el despido es discriminatorio, contrario a derechos fundamentales o libertades públicas, se haya hecho en fraude de ley o afecte a la paternidad, maternidad adopción, etc...<sup>457</sup>-.

Por todo lo analizado, puede concluirse que la valoración que la jurisprudencia hace de la fijación de criterios de selección viene presidida por un principio finalista, la exigencia de comunicación de los criterios de selección "*se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta*"<sup>458</sup>, apostando por un análisis caso por caso del cumplimiento de

---

<sup>456</sup> Véase la SAN de 26 de abril de 2013, rec. 29/2013, relativa a la extinción propuesta de 644 contratos de trabajadores que tras el periodo de consultas se limitó a 350 de los que 172 lo fueron por adscripción voluntaria.

<sup>457</sup> Así lo establece la jurisprudencia, STS de 6 de febrero de 2018, rec. 3.031/2015, que recoge otras SSTS, de 31 de mayo de 2017, rec. 3.738/2015; 14 de junio de 2017, rec. 2.708/2015, entre otras.

<sup>458</sup> Así, la STS de 18 de febrero de 2014, rec. 74/2013. En el mismo sentido las SSTS de 23 de mayo de 2014, rec. 179/2013; 25 de junio de 2014, rec. 273/2013; 17 de julio de 2014, rec. 32/2014; 18 de julio de 2014, rec. 303/2013; 11 de diciembre de 2014, rec. 138/2014, entre otras.

dicho requisito, sin aceptar una interpretación rigorista y excesivamente formalista del mismo.

De *lege ferenda* sería conveniente que, en una futura reforma del TRLET, se modificase el texto fijando, como hacía la legislación anterior al Estatuto de los Trabajadores, prioridades de permanencia en favor de los colectivos más vulnerables y, por ello, más necesitados de protección. La previsión legal que deja a salvo las preferencias pactadas en negociación colectiva -como se ha visto en otro lugar-, han resultado infructuosas por lo que el TRLET deberá fijar las preferencias, es decir, no confiarlas a la negociación colectiva sino establecerlas legalmente, en términos semejantes a la legislación de los años sesenta y setenta.

## **9. Límites a los criterios de selección de los trabajadores afectados**

Los criterios de selección vienen presididos por los principios de igualdad de trato, no discriminación e igualdad de oportunidades, normas de carácter internacional de ineludible aplicación a la hora de determinar los trabajadores afectados por el despido colectivo.<sup>459</sup>

Los criterios de selección que más se dan en la práctica y, por tanto, los que generan mayores problemas pueden aislarse:

---

<sup>459</sup> Así resulta, entre otros, del Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960), Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958), en su art. 1. “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”

## **9.1. Adscripción voluntaria**

La adscripción voluntaria implica una manifestación de voluntad y supone un criterio de selección del despido colectivo.

Consiste en establecer como criterio de afectación la adscripción por voluntad del trabajador. Esta adscripción voluntaria suele incentivarse con mejores condiciones, normalmente económicas, para los que se acojan a la medida.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la adscripción voluntaria no puede confundirse con la extinción por mutuo disenso que prevé el art. 49.1.d)<sup>460</sup>. Tampoco supone la sustitución de la negociación colectiva -única- por una negociación plural. La decisión de despido colectivo ya está adoptada al tiempo de producirse la adscripción suponiendo, en definitiva, un criterio para precisar el ámbito subjetivo del despido, para concretar quiénes serán los trabajadores afectados. En efecto, la ley no prevé, después del agotamiento del periodo de consultas y de la adopción de la decisión extintiva, otro periodo de negociación, por lo que el acuerdo por el que se adscribe el trabajador al despido colectivo no sustituye ningún periodo de negociación legalmente previsto, siendo una decisión individual.

La jurisprudencia<sup>461</sup> se ha planteado la legalidad de la medida en cuanto fija condiciones diferentes y mejores para los trabajadores adscritos voluntariamente. Sin perjuicio de reconocer que la legalidad puede ser dudosa, hay que poner de manifiesto que la consecuencia de esa posible falta de legalidad no sería la nulidad del despido colectivo sino la restauración de la igualdad entre los trabajadores, adscritos voluntariamente y los despedidos forzosos.

---

<sup>460</sup> Así la SAN de 12 de junio de 2014, rec. 79/2014.

<sup>461</sup> Véase la antes mencionada SAN de 12 de junio de 2014, rec. 79/2014.

## 9.2. Edad

La utilización de la edad como criterio de selección es un criterio consolidado, siendo, como señala VIZQUIERA PÉREZ, uno de los colectivos de afectación mayoritaria<sup>462</sup>, no obstante lo cual, ha planteado numerosas cuestiones relacionadas con la discriminación.

Aunque el art. 14 de la Constitución Española no recoge la edad como causa de discriminación, si lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de agosto de 1983, que señala el carácter no exhaustivo de la enumeración del precepto constitucional, quedando la edad incluida en la cláusula general final del propio artículo, "*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*", siendo la edad una circunstancia personal<sup>463</sup>.

La Directiva 2000/78<sup>464</sup> determina que la edad no constituye, por si misma, una causa de discriminación, admitiendo que puedan existir

---

<sup>462</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C., "La extinción del contrato de Trabajo de los trabajadores maduros", VVAA, Capítulo 12 "Edad, discriminación y derechos", coordinadores CABEZA PEREIRO. J, CARDONA RUBERT, B., FLORES GIMÉNEZ, F., Ed. THOMSON REUTERS, 1ª edición, Pamplona, 2019, "*El elemento de la edad para seleccionar a los trabajadores afectados por un despido colectivo es como señala el Tribunal Supremo un <<criterio consolidado>> (STS 09.03.2011) lo que, traducido a la práctica, es tanto como decir que con frecuencia, son los trabajadores maduros los que constituyen el colectivo de aceptación mayoritaria.*", página 282.

<sup>463</sup> En el mismo sentido, véanse, entre otras, la STC 31/1984, de 7 de marzo; la STC 200/2001, de 4 de octubre; la STC 190/2005, de 7 de julio; la STC 247/2005, de 7 de noviembre; la STC 280/2006, de 9 de octubre; la STC 341/2006, de 11 de diciembre; la STC 63/2011, de 16 de mayo; STC 79/2011, de 6 de junio; la STC 117/2011, de 4 de julio; y la STC 161/2011, de 19 de octubre.

<sup>464</sup> Directiva 2000/78, art. 6 "*justificación de diferencias de trato por motivos de edad 1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.*"

*"Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:"*

*"a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;"*

diferencias por motivos de edad si la legislación de un estado las permite por una finalidad legítima.

Así, los arts. 4.2 y 17 del TRLET, si recogen la edad de modo expreso, artículos de los que resulta que son admisibles determinadas diferencias, cuando tienen por objeto favorecer la incorporación al mercado de trabajo de ciertos trabajadores o dotar a ciertos colectivos de una tutela específica.

Frente a otras posibles causas de discriminación, la edad tiene algunas peculiaridades que la hacen distinta: por un lado, la edad, es por sí misma, obviamente, cambiante; por otro lado, se aprecia en dos momentos o niveles: juventud y madurez.

La incidencia en la juventud se aprecia en los menores salarios que perciben los jóvenes, en su falta de participación en la negociación de las condiciones de trabajo, en el desempleo y en el desempeño de puestos de menor responsabilidad. La incidencia en la edad madura se asocia a la menor fuerza física y a la menor capacidad de adaptación a los cambios.

En la práctica, en muchas ocasiones, serán de preferente afectación los trabajadores de mayor edad cuyos salarios son mayores, a lo que viene a añadirse la ventaja para la empresa de que, en función de su antigüedad, estos trabajadores podrán ser despedidos con una indemnización tasada (veinte días de salario por año de servicio con el límite máximo de doce mensualidades) por la cual, los trabajadores con una antigüedad en la empresa superior a dieciocho años recibirán el tope máximo que marca la ley, con el consiguiente ahorro para la empresa, frente a un hipotético despido disciplinario calificado de improcedente.

Los representantes de los trabajadores, durante la negociación, podrán favorecer la afectación de los trabajadores de mayor edad por su

mayor facilidad para acceder a los subsidios (establecidos para mayores de cincuenta y cinco años, hoy, cincuenta y dos). También, a través de las prejubilaciones puede conciliarse la necesidad empresarial de reducción de empleo con el mantenimiento de ingresos hasta llegar a la edad de jubilación, casos en el que no se considera que la medida sea discriminatoria<sup>465</sup>.

La afectación de los “*trabajadores maduros*”<sup>466</sup> viene a contradecir, sin embargo, a la XXI Comisión Europea<sup>467</sup>, que recomienda la elaboración de políticas que eliminen las jubilaciones anticipadas a pesar de la cual, y como en tantas otras materias, las estrategias empresariales se mueven en dirección opuesta, motivada por la obsolescencia de las habilidades de los trabajadores maduros y por los estereotipos de los empresarios contrarios a su contratación.

En la afectación de “*trabajadores maduros*”, el interés de la empresa choca frontalmente con el de la Administración, que ve en la afectación de trabajadores mayores la asunción de unos costes más altos para las arcas públicas. Es por ello que, por la vía del art. 51.9<sup>468</sup> y 11 del TRLET y del RPDC, tal afectación de trabajadores de mayor edad se

---

<sup>465</sup> En este sentido, la STS (contencioso administrativo) de 15 de junio de 2005, rec. 7.284/2000, recoge en su FD QUINTO: “... La utilización, en este caso, del criterio de la edad, eligiendo una edad próxima a la de jubilación forzosa, no puede ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad que esa aligeración de plantilla persigue dentro del contexto general de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad, pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores -sin duda importante- de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación forzosa parece una medida razonable desde esa perspectiva de crisis económica de la empresa -única que cabe considerar a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad que con ella se persigue-, y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente, a corto y medio plazo, en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir a esos trabajadores, según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando...”

<sup>466</sup> Terminología acuñada por PIZZI, A., *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia 2018.

<sup>467</sup> European Council and Commission, 2002.

<sup>468</sup> La Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, por la que se regula el Convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, en su art.20, Convenio especial a suscribir en procedimientos de despido colectivo que incluyan a trabajadores con 55 o más años.



hace más gravosa para la empresa imponiendo el abono de las cuotas del convenio especial y aportaciones al Tesoro Público<sup>469</sup>, calificándose en el art. 23 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción muy grave incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el art. 51.9 del TRLET<sup>470</sup>. Aunque estas normas lo han pretendido, no han conseguido desterrar el criterio de la mayor edad en los despidos colectivos.

Se introduce en esta materia una norma antidiscriminación en la modificación del 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*, llevada a cabo por la Disposición final séptima de 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*, cuando da una nueva redacción al art. 2.1. "b) *Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa.*", lo que constituye, como se ha dicho, una norma antidiscriminación más que una regla en materia de edad.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2017, rec. 17/2017, señala que excluir de los trabajadores afectados a los mayores de cincuenta años, no se entiende como discriminación por razón de edad dado que es un colectivo especialmente vulnerable<sup>471</sup>. Tampoco se considera discriminatoria la elección atendiendo a la edad, si

---

<sup>469</sup> En este sentido SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "La nueva regulación del convenio especial y la cláusula Telefónica", *Aranzadi Social*, 9/2013.

<sup>470</sup> 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, señala en su art. 23. "Infracciones muy graves. 1. Son infracciones muy graves: i) Incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores."

<sup>471</sup> Véase el artículo de LÓPEZ-CANOSA FERNÁNDEZ, C. "¿Es discriminatorio excluir del despido colectivo a trabajadores mayores de 50 años?" BIB 2018/7031, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 938/2018 parte *Análisis*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

está bien justificada, por ejemplo, en la posibilidad de acogerse a la jubilación anticipada, interpretación que coincide con la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 2015<sup>472</sup>, que admite un trato diferente, siempre que se cumplan rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, y se adopten medidas –normalmente en forma de mejoras voluntarias- que eviten o minimicen los daños que la extinción produce a los afectados. El Tribunal Constitucional considera que no es causa justificada la manifestación empresarial en defensa de la afectación de trabajadores mayores, relativa a la mayor inversión en formación y aprendizaje en el caso de mantener a los trabajadores más próximos a la edad de jubilación, criterio que venía admitiéndose por los tribunales de justicia.

De acuerdo con el estudio que SOLÀ I MONELLS<sup>473</sup> hace sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de 2015, y a la vista tanto de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de la Directiva 2000/78, será necesaria la concurrencia de dos requisitos: que la diferencia de trato tenga un objetivo legítimo; y, que se corresponda con el objetivo de política social perseguido.

### **9.3. Discapacidad**

En la legislación nacional, ni el TRLET ni el RPDC, reconocen en los procedimientos de despido colectivo prioridad de permanencia en favor de personas con discapacidad.

En la normativa europea, por su parte, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativo a la responsabilidad social de las

---

<sup>472</sup> STC 66/2015.

<sup>473</sup> SOLÀ I MONELLS, X., “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2016, Vol. 3, 12-24, Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES), Institut d’Estudis del Treball (IET), Universidad Autònoma de Barcelona.

empresas, prevé emprender acciones que propicien un comportamiento socialmente responsable con respecto a las personas con discapacidad<sup>474</sup>.

La Directiva 2000/78<sup>475</sup>, cuyo objeto es luchar contra la discriminación imponiendo la igualdad de trato, será aplicable a la fijación de criterios admitiendo en su art. 4, que los estados miembros puedan establecer diferencias de trato siempre que *“el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”*.

La Directiva, sin embargo, no contiene una definición de discapacidad. La Organización Mundial de la Salud, la definió en 2001<sup>476</sup>, como *“Término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales).”*

Esta amplitud determina que se puedan incluir dentro de ella, situaciones muy diferentes, siendo algunas de las más polémicas:

- La incapacidad temporal, habiéndose planteado en numerosas sentencias su equiparación o no a la discapacidad y, por tanto, el carácter discriminatorio o no, de la afectación de trabajadores en esa situación. Parece que para que la incapacidad temporal pueda calificarse de discriminación por minusvalía, a efectos de la inclusión en un procedimiento de despido colectivo, deberá ser de larga duración, siendo

---

<sup>474</sup> Libro verde aprobado por la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COM (2002) 347 final COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, en cuyo apartado 7.1 Política de empleo y asuntos sociales, “in fine”, señala: *“El Año Europeo de las Personas con Discapacidad (2003) ofrece a las empresas la oportunidad de intercambiar experiencias sobre buenas prácticas y estrategias en el ámbito de la responsabilidad social, y de emprender acciones que propicien un comportamiento socialmente responsable con respecto a las personas con discapacidad, por lo que se refiere a la igualdad de oportunidades laborales, el diseño de productos adaptados a sus necesidades y la mejora del acceso a las tecnologías de asistencia.”*

<sup>475</sup> 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.

<sup>476</sup> Definición de la OMS recogida en la Guía para conseguir una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones de la Comunidad de Madrid.

esa duración la que permite asimilar la incapacidad temporal a la discapacidad. De acuerdo con MARTÍNEZ GIRÓN MACHUCA, la Directiva habla de discapacidad, no de enfermedad, por lo que la persona despedida estando enferma no está amparada por la Directiva 2000/78, pero, una enfermedad puede considerarse discapacidad si es de larga duración o se prevé que pueda serlo<sup>477</sup>.

También se ha considerado discriminatorio, afectar al despido colectivo a un trabajador en situación de incapacidad temporal respetando a otro trabajador con contrato temporal<sup>478</sup>.

- Se ha planteado, también, la inclusión de la obesidad como minusvalía cuestión resuelta por numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por todas la de 18 de enero de 2018, C-270/2016<sup>479</sup>, que la consideran discapacidad –y por tanto, en su caso, causa de discriminación-, si supone una limitación para el trabajador.

Es claro que el despido será calificado de discriminatorio por razón de discapacidad y, por tanto, será nulo, si el empresario no prueba la ausencia de discriminación en la afectación al procedimiento del trabajador discapacitado<sup>480</sup>.

Por último, y desde otro punto de vista, la afectación de trabajadores discapacitados al procedimiento de despido colectivo,

---

<sup>477</sup> Véase MARTÍNEZ GIRÓN MACHUCA, M. A., “La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador”, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2017, página 24.

<sup>478</sup> Así la STSJ de Cataluña de 22 abril de 2008, rec. 1.133/2008.

<sup>479</sup> Véanse la SSTJUE de 11-4-2013, 1-12-2016 (395/15), (Caso Daouidi), Chacón Navas, C 13/05, Coleman, C 303/06, Akerberg Fransson, C 617/10. Así, la mencionada STJUE de 18 de enero de 2018, C 270/2016, dice: “2) La 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, debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda 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. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.”

<sup>480</sup> Para valorar la discriminación, la STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2007, número 2.487/2007, acude al art. 4.2.c) del TRLET.

plantea la aplicación de la reserva de puestos de trabajo a favor de discapacitados<sup>481</sup>, la llamada cuota de reserva a favor de personas con discapacidad, respecto de la cual, el Tribunal Supremo ha señalado que no es una garantía adicional que suponga un derecho a permanecer en la empresa, pero, en el caso de que haya trabajadores discapacitados entre los incluidos en el despido colectivo, y que como consecuencia de éste, se reduzca la reserva legal mínima, dicha reserva deberá respetarse, sustituyendo al trabajador discapacitado afectado por el despido colectivo, por otro trabajador discapacitado, o aplicando las medidas alternativas que respeten, en todo caso, la exigencia de que en empresas de más de cincuenta trabajadores al menos el dos por ciento de la plantilla, sean trabajadores con discapacidad.

#### **9.4. Violación de un Derecho fundamental**

Son numerosas las resoluciones judiciales que han analizado la discriminación por violación de derechos fundamentales.

En muchas ocasiones, se ha planteado tal violación en relación al derecho fundamental de libertad sindical, en supuestos tales como la afectación de trabajadores afiliados a un sindicato que ha tenido una actitud beligerante realizando denuncias ante la Inspección de Trabajo, o la afectación de miembros de un sindicato que no ha suscrito el acuerdo, entre otros.

La concurrencia de indicios de violación de un derecho fundamental o libertad pública produce, conforme al art. 181.2 de la LRJS<sup>482</sup>, el

---

<sup>481</sup> La preveía el art. 38 de la ley 13/1982, derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en su art. 42.

<sup>482</sup> El art. 181.2 de la LRJS, que dispone “2. *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.*” En el mismo sentido en materia de prueba, véase el art. 96.1, LRJS.

desplazamiento al empresario de la carga de la prueba acerca de la proporcionalidad de la medida adoptada.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, sentencia 38/1981, de 23 de noviembre, al señalar que si existen indicios de lesión de derechos fundamentales, el empresario debe acreditar que su decisión obedece a motivos razonables ajenos a toda vulneración del derecho fundamental<sup>483</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la prueba de la vulneración de un derecho fundamental. De las sentencias 90/1997, de 6 de mayo, 66/2002, de 21 de mayo y 17/2003, de 30 de enero<sup>484</sup>, se desprende que la prueba se articula en un doble plano: por un lado, la necesidad del trabajador de aportar un indicio razonable de que la decisión empresarial lesiona su derecho fundamental,

---

<sup>483</sup> En efecto, la STC 38/1981, de 23 de noviembre, señala en su FD. "3. Como acaba de decirse, la dificultad probatoria de la motivación antisindical hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo. ..."

<sup>484</sup> Esta última STC 17/2003, de 30 de enero dispone, en su apartado "4. Cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, este Tribunal ha reiterado, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal y que viene recibiendo consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa, como revela, por ejemplo, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997."

"Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del trabajador 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 (STC 207/2001, de 22 de octubre). Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador."

principio de prueba que pone de manifiesto el motivo oculto que se denuncia –STC 207/2001, de 22 de octubre-, indicio que debe revelar un fondo o panorama discriminatorio o hechos de los que surja la sospecha de lesión<sup>485</sup>, no siendo suficiente alegarlo, es necesario que se ponga de manifiesto a través del indicio<sup>486</sup>.

Aportado el indicio, recaerá sobre la parte demandada la obligación de probar que su actuación en modo alguno tuvo como causa la vulneración del derecho fundamental. Se traslada al empresario la carga de la prueba de que su actuación no pretendía tal vulneración. A falta de prueba, los indicios presentados por el demandante justifican la lesión del derecho fundamental.

No obstante, en el caso concreto de pertenencia del trabajador a un sindicato, para que pueda aplicarse esta doctrina, y pueda afirmarse que existe discriminación en la determinación de los trabajadores afectados por el despido<sup>487</sup> será necesario que la empresa, bien porque se descuenta la cuota sindical, bien porque el trabajador afiliado a un sindicato concurrió a las elecciones bajo candidatura del mismo, o bien por otra circunstancia, conozca efectivamente la afiliación del trabajador.

Esta doctrina la recoge con claridad la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, de 4 de febrero de 2013, rec. 1/2012 –en un supuesto de despido de numerosos trabajadores afiliados a un sindicato especialmente activo-, al entender que la empresa no ha acreditado las causas alegadas de lo que deduce el

---

<sup>485</sup> Véanse las SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002 de 11 de febrero.

<sup>486</sup> Véanse las SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero.

<sup>487</sup> Así lo recogen las SSTSJ de Cataluña de 30 de junio de 2010 y de 29 de noviembre de 2010, rec. 2.676/2010.

ataque al derecho fundamental, recogiendo la resolución la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional<sup>488</sup>.

Se ha planteado la vulneración del derecho de libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, arts. 28 y 37.1 de la Constitución Española, y 2.1.d) de la Ley orgánica de Libertad Sindical, por la coexistencia de la negociación de un nuevo convenio y de un despido colectivo. La jurisprudencia entiende que la coexistencia no basta para apreciar la actuación maliciosa de la empresa, no constando que la simultaneidad haya producido oscuridad, distracción o falta de transparencia, que en ningún momento fue opuesta por la representación de los trabajadores<sup>489</sup>. También se alega nulidad por vulneración del derecho de libertad sindical, como derecho de negociación colectiva, dado que la empresa, tras el anuncio de la huelga, incrementó la producción para minimizar su impacto, lo que plantea cómo articular dos derechos fundamentales, el de libertad de huelga y el de libertad de empresa – arts. 28 y 38 de la Constitución Española-. No produciéndose la contratación de trabajadores externos en sustitución de huelguistas (prohibición de esquirolaje), no parece que la organización empresarial conculque el derecho de huelga ni el de negociación colectiva.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, recoge la doctrina de lo que el Tribunal Constitucional denomina despido pluricausal<sup>490</sup>, doctrina que permite desvirtuar los indicios de

---

<sup>488</sup> Esta STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, es de gran importancia en cuanto recoge toda la doctrina sentada al respecto por el TC al decir: “...El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional sino que debe revelar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de la lesión denunciada (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero)...”

<sup>489</sup> STS de 14 de noviembre de 2017, rec. 17/2017.

<sup>490</sup> Recoge la doctrina del TC, por todas, la STC 41/2006, de 13 de febrero, “(...) en estos supuestos podrá neutralizarse el panorama indiciario, en primer lugar, acreditando de manera plena la causa legal expresada en la carta de despido, siempre que ese resultado probatorio revele efectivamente la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado (pues, como se sabe, la declaración de procedencia de despido no permite descartar -en todo caso y sin excepción- que éste sea lesivo de derechos fundamentales, tal como se razonó y resolvió en la STC 14/2002, de 28 de enero. En segundo lugar, los indicios también podrán



discriminación, no solo cuando el empresario acredita que la causa alegada existe -sin que afecte el que el despido pueda ser declarado procedente o improcedente-, sino también, cuando el empresario acredite que los hechos que motivan su decisión son razonables y ajenos a cualquier finalidad que atente contra un derecho fundamental<sup>491</sup>.

En definitiva, cuando en un despido pluricausal concurre un aspecto discriminatorio (indicio), con otros motivos en los que se ampara el despido, si el empresario -a quien corresponde la carga de la prueba a la vista del art. 96 de la LRJS- prueba que la causa invocada se puede justificar de una forma objetiva y razonable, que permita desvirtuar el carácter discriminatorio o de vulneración de un derecho fundamental, tal decisión empresarial podrá ser contraria a la ley pero no, necesariamente, inconstitucional<sup>492</sup>.

En cuanto al derecho de huelga es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, rec. 22/2016, que confirma la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 2015, que declaró nulos ciento veintiún despidos llevados a cabo por la empresa en uno de sus centros de trabajo. La empresa comunicó a sus trabajadores la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo procediéndose a constituir la comisión y, constituida, los trabajadores del centro afectado convocaron una huelga indefinida. La empresa encomendó las tareas de los trabajadores en huelga, a trabajadores de la propia empresa

---

*resultar contrarrestados, incluso si no llega a acreditarse el incumplimiento contractual aducido en la carta de despido, cuando el empresario demandado demuestre -que es lo trascendente desde la perspectiva constitucional- que los hechos motivadores de su decisión se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Esto es, dicho en otros términos, la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios; pero también neutralizará el panorama indiciario aquella actividad probatoria de la empresa de la que quepa concluir la desconexión patente entre el factor constitucionalmente protegido y el acto empresarial que se combate, logre o no logre probar fehacientemente el empleador, además, la causa legal disciplinaria contenida en el escrito de comunicación del despido (...)"*

<sup>491</sup> La "pluricausalidad", ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en torno a los despidos disciplinarios, SSTC 7/1993, de 18 de enero, 48/2002, de 25 de febrero y 41/2006, de 13 de febrero.

<sup>492</sup> Véase la STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2016, rec. 65/2016.

pero pertenecientes a otros centros. El Tribunal Supremo considera la situación como de esquirolaje interno y un abuso de poder por parte de la empresa porque entiende que con ello se impide el desarrollo del proceso negocial de buena fe. La sentencia, en su fundamentación, acude a la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>493</sup>, que determina que la sustitución de trabajadores en huelga por otros de la propia empresa, excede del *ius variandi* basado en el poder de dirección del empresario, al no pretender la mejora de la marcha de la empresa sino desactivar la presión producida por el paro.

Recoge las sentencias del propio Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015, rec. 354/2014<sup>494</sup>, y de 18 de marzo de 2016, rec.78/2015, que entienden que se produce una alteración de los términos del periodo de consultas, que neutraliza o diluye el efecto de la huelga, considerando que la medida empresarial vulnera derechos y libertades públicas.

---

<sup>493</sup> Así las sentencias del Tribunal Constitucional, 123/1992, de 28 de septiembre, “*En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.*”, y sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo que señala, “*la «sustitución interna» de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo.*”

“*Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros.*”

<sup>494</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015, rec. 354/2014, FD QUINTO: “*...En ese escenario es evidente que la alteración de los términos del periodo de consultas que supuso la conducta del grupo de empresas neutralizando o diluyendo el efecto de una huelga directamente relacionada con ese intento de la representación de los trabajadores de evitar o minorar los efectos del despido, alteró de manera inevitable los términos de esa negociación que finalmente fracasó en alguno de sus contenidos, como fue el cierre de las cuatro plantas embotelladoras inicialmente previsto. Todo ello provoca la incidencia de esa vulneración del derecho a la huelga sobre la decisión de despido finalmente adoptada, aunque el despido no fuera una reacción empresarial directa frente al ejercicio de aquél derecho...*”

## 9.5. Garantía de indemnidad

La garantía de indemnidad es un pilar básico en el sistema de garantías y de protección del trabajador derivado del art. 24 de la Constitución Española, que contiene el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

La aplicación de esta garantía al ámbito laboral resulta del art. 5 del Convenio 158 OIT<sup>495</sup>, recogido en el art. 4.2.g) del TRLET, que atribuyen al trabajador el derecho a la defensa, y al empresario, el deber de respetarlo.

Por ello, puede ser discriminatoria la afectación al despido colectivo producida en contra de la garantía de indemnidad, que según el Tribunal Constitucional al amparo del art. 24.1 Constitución Española, “... significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.”<sup>496</sup>.

---

<sup>495</sup> El art. 5 del Convenio 158 OIT dispone: “Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.”

<sup>496</sup> Así las SSTC 55/2004, de 19 de abril; 87/2004, de 10 de mayo; 38/2005, de 28 de febrero; 144/2005, de 6 de junio. Todo ello lo recoge la STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de 8/06/2011, rec. 940/2011, que se plantea la eventual vulneración de la garantía de indemnidad y, por tanto, la nulidad de los despidos de los actores, señalando en su FD CUARTO, “... Hay que recordar que como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva aparece también la llamada «garantía de indemnidad», que determina la nulidad de los despidos y otros actos empresariales que constituyan una represalia frente al ejercicio por el trabajador de su derecho fundamental. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón el Tribunal Constitucional ha dicho que el derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de

De la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional se desprende que, al igual que en la defensa de derechos fundamentales, se produce la inversión de la carga de la prueba cuando existen indicios que generan una sospecha razonable o presunción a favor del trabajador. En tales casos, será el empresario quien tendrá que acreditar que la decisión adoptada está completamente desligada del factor protegido. En definitiva, la garantía de indemnidad pone al trabajador a salvo de la afectación al despido colectivo que pueda suponer una represalia empresarial, determinando la nulidad de la decisión de afectación salvo prueba empresarial en contrario.

Lógicamente la doctrina del despido pluricausal también tiene aplicación en este supuesto, de forma que, si a pesar del indicio el empresario aporta una justificación objetiva, actual y razonable de las previstas en el art. 51, decae la presunción derivada del indicio<sup>497</sup>.

## **9.6. Prioridad de permanencia**

El TRLET y el RPDC, la recogen expresamente. Así, el art. 51.5 *“Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. 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,*

---

*la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre otras, sentencias 55/2004; 87/2004; 38/2005; 144/2005 ó 125/2008, que citan abundante doctrina anterior). En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (sentencias del Tribunal Constitucional 14/1993, 38/2005 ó 138/2006), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículos 24.1 de la Constitución y 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores)..”*

<sup>497</sup> Así la mencionada STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2016, rec. 65/2016.

*mayores de determinada edad o personas con discapacidad.”* A la vista del precepto podemos distinguir, según su origen entre la prioridad de permanencia legal o convencional.

### **9.6.1. Prioridad de permanencia legal**

La garantía a favor de los representantes legales de los trabajadores afecta, tanto a los delegados de personal y miembros de comités de empresa –representantes unitarios- como a los representantes sindicales y a los delegados de prevención<sup>498</sup>. Éstos últimos gozarán de la garantía, aunque conforme al convenio colectivo hayan sido designados, directamente, por los trabajadores y no por sus representantes, pero no gozarán de ella en el caso de haber sido designados por el empresario<sup>499</sup>.

La garantía, recogida en los arts. 51.5 y 68.b) del TRLET –aunque este último precepto la limita a las causas tecnológicas o económicas-, permite negociar con la tranquilidad de no estar afectados por el despido colectivo, y consigue que los trabajadores mantengan a sus representantes<sup>500</sup>, lo que redundará en una mayor seguridad en la negociación. Desde otra perspectiva, desde la de los demás trabajadores en cuyo beneficio no actúa, la preferencia supone, en todo caso, un sacrificio potencial para ellos. La prioridad de permanencia determinará, en muchos casos, que trabajadores no afectados inicialmente por la causa alegada por la empresa resulten, por consecuencia de la sustitución, afectados por la medida extintiva, dado que, si el respeto a la prioridad

---

<sup>498</sup> Para los trabajadores que formen parte del servicio de prevención y delegados de prevención, lo recogen los arts. 30 y 37 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

<sup>499</sup> *Cfr.* con el art. 12 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

<sup>500</sup> Así lo recoge la SAN de 12 de junio de 2013, rec. 143/2013 que se hace eco de numerosas sentencias, entre ellas, las SSTS de 30 de noviembre de 2005, de 21 de julio de 2009 y de 22 de abril de 2008; STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2013 y STSJ de Valencia de 11 de febrero de 2009.

de permanencia exige el cambio del representante a otra unidad productiva, dicho cambio podrá determinar que el trabajador, cuyo puesto de trabajo se asigne al representante, resulte excedente.

La aplicación de la prioridad de permanencia plantea varias cuestiones:

- La garantía es renunciable *ex post* en beneficio de otros trabajadores, sin embargo, no parece que sea renunciable *ex ante*. No obstante, a pesar de la aplicación directa, en algunas sentencias se ha contemplado un supuesto en el que la empresa comunica a la representación de los trabajadores que si se quiere hacer uso de la preferencia deberán manifestarlo considerándose su silencio como una dejación de la misma<sup>501</sup>.

- La garantía legal es preferente a la establecida en convenio colectivo.

- Si concurren varias preferencias, prevalecerá la atribuida a la institución representativa, considerada como un valor superior.

- No es un derecho absoluto sino relativo, no tendrá aplicación si desaparecen todos los puestos de trabajo<sup>502</sup>; es decir, la garantía tiene aplicación cuando la medida es parcial, o sea, ante una medida colectiva que no afecta, sin embargo, a la totalidad de la plantilla, de modo que estando afectados varios trabajadores por el despido colectivo, tengan los representantes preferencia para continuar en la empresa.

---

<sup>501</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

<sup>502</sup> Así las SSTSJ de Madrid de 28 de febrero de 2013, rec. 1.937/2010; 14 de diciembre de 2012, rec. 5.082/2012; STS de 19 de febrero de 2014 y la STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2018, rec. 360/2018.

- La jurisprudencia<sup>503</sup> pone de manifiesto que la preferencia no tiene carácter absoluto o incondicionado, ya que para que se aplique es necesaria la existencia de una pluralidad de trabajadores entre los que se pueda ejercer. Entiende que si la extinción afecta a todos los trabajadores que desempeñan la misma actividad en la empresa, la prioridad del art. 68.b) desaparece, sin que pueda ejercerse frente a trabajadores de diferente cualificación cuya permanencia sea necesaria para la subsistencia de la empresa, porque ello eliminaría la eficacia de las medidas tecnológicas, económicas u organizativas adoptadas manteniendo a trabajadores inidóneos para determinados puestos<sup>504</sup>.

Por lo tanto, no cabe entenderlo como un derecho absoluto, oponible frente a todos los trabajadores cualquiera que sea su grupo o categoría. El trabajador a cuyo favor opera la preferencia tendrá que ser idóneo para el puesto de trabajo, lo que vendrá determinado por la organización empresarial.

Por ello, la garantía –no propiamente derecho-, actúa cuando los puestos son equivalentes o entre trabajadores que tienen la misma función<sup>505</sup>, es decir, el límite lo constituye el grupo profesional pudiéndose hacer valer la preferencia, no solo frente a trabajadores de la misma categoría o grupo profesional, sino también acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que aquél en cuyo favor opera la garantía tenga capacidad laboral y sea idóneo para el puesto.<sup>506</sup>

---

<sup>503</sup> Véanse la STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2012, rec. 2.980/2011, que recoge las STSJ de Asturias de 25 de noviembre de 2011 y STS de 27 de julio de 1989, Sala 4ª, y 10 de julio de 1996, Sala 3ª.

<sup>504</sup> Así, la STSJ Cataluña de 22 de abril de 2008, rec. 1.133/2008: *“Como declara la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1989 (RJ 1989, 5926), dictada en un recurso de casación por infracción de Ley, «el presupuesto implícito para la aplicación de la garantía del art. 68 b) del Estatuto de los trabajadores [...] es la existencia de dos o más trabajadores entre los que establecer algún tipo de prioridad o preferencia». Dicha sentencia rechaza que dicha prioridad se establezca genéricamente en relación con el grupo de todos los representantes sindicales, sino que la refiere a los puestos de trabajo.”*

<sup>505</sup> Así lo contempla la STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2012, rec. 823/2012; 14 de diciembre de 2012, rec. 5.182/2012.

<sup>506</sup> Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012, rec. 167/2012, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de octubre de 2011, rec. 4.292/2011, entre otras muchas.

No actuará la preferencia cuando, siendo uno el puesto a amortizar, éste está desempeñado por el representante de los trabajadores.

En último término, los tribunales de justicia entienden que la garantía supone mantener el trabajo mientras en cualquier unidad productiva haya un puesto de trabajo adecuado. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de febrero de 1998 (cuya doctrina confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005), señala que la garantía de prioridad de permanencia es aplicable, pues no debía "*ceñirse a la sección que se desmantela y a los trabajadores que en ella están*", sino que "*cabe extenderla a los trabajadores de la fábrica*" en relación a aquellos puestos de trabajo entre los que pueda apreciarse homogeneidad y que puedan ser desempeñados por los representantes.

Esta doctrina se completa con la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005, rcud. 1.439/2004, que establece "*CUARTO.- Delimitado así el problema, hay que comenzar señalando que no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, los preceptos 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, 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, 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*"<sup>507</sup>. Nuevamente la dicción del art. 51.5 del TRLET carece de la claridad que sería de desear, al referir la prioridad de permanencia a la "*empresa*", habiendo sido la jurisprudencia la que ha determinado que esa preferencia se aplicará, a la empresa o al centro de trabajo, según el alcance del ámbito de la representación.

---

<sup>507</sup> En el mismo sentido, la SAN de 12 de junio de 2013, rec. 143/2013; STSJ SI de Asturias de 16 de noviembre de 2012, rec. 2.065/2012 y TSJ de Cataluña de 22 de enero de 2013, rec. 6.055/2012.



- En el caso de fusión, la Directiva 2001/23<sup>508</sup> para la protección de los trabajadores traspasados, establece que los representantes traspasados conservan sus funciones hasta la elección de nuevos representantes. Esta Directiva será aplicable cuando la unidad productiva transmitida conserva su autonomía no en caso de desaparición, caso en el que los representantes pierden tal condición. Desparecido el centro de trabajo pierde la condición de miembro del comité de empresa independientemente de que la empresa subsista<sup>509</sup>. Solamente se ha contemplado la subsistencia de representantes legales de los trabajadores, a pesar de la desaparición del centro de trabajo, en el caso de que el centro al que se incorporen carezca de representación legal y aquéllos la asuman hasta la celebración de elecciones<sup>510</sup>.

- Por último, en el caso de ser varios los sujetos que gozan de la garantía, se plantea el problema de la preferencia entre ellos, situación que obliga a distinguir:

- Cuando en un mismo trabajador concorra la condición de representante unitario, sindical y delegado de prevención, tendrá preferencia máxima. De concurrir la triple circunstancia en más de un trabajador, habría de acudir al delegado de personal más votado o al miembro del comité de empresa de la lista más votada y en caso de empate, por decisión mancomunada de los delegados. Si a pesar de todo continúa el empate, se atenderá a la posición en el órgano de representación o a la antigüedad en el cargo y, por último, al propio acuerdo del órgano de representación o mediante la convocatoria de una asamblea general para que se decida.

---

<sup>508</sup> Art. 6 de la 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.”*

<sup>509</sup> Así, por todas, la STSJ Madrid de 30 de junio de 2008.

<sup>510</sup> Véase la referencia que la STSJ de Castilla y León, sede Burgos, de 22 de enero de 2013, rec. 12/2013, hace a la SJS número 2 de Burgos de 9 de octubre de 2012, así como la STSJ de Castilla y León, sede Burgos de 15 de marzo de 2012, rec. 106/2012.

- Entre representantes sindicales, POQUET CATALA<sup>511</sup>, distingue según sean del mismo sindicato –caso en el que se podrá aplicar el criterio del más votado, antigüedad en el cargo o acuerdo de la sección sindical-, o sean de sindicatos distintos –caso en el que tendrán preferencia los de los sindicatos más representativos a nivel empresa y, entre estos, por el número de votos-.

- Entre un delegado de prevención y un miembro del comité de empresa, delegado de personal o delegado sindical, el carácter de representante de segundo grado del delegado de prevención, al ser elegido por los representantes unitarios, hace que su preferencia ceda en beneficio de los demás.

- Entre un representante sindical y otro unitario, deberá tener preferencia el primero, por la protección que la Constitución Española dispensa al derecho a la actividad sindical, concebido como un derecho fundamental<sup>512</sup>.

- Durante los procesos electorales se han planteado, también, diversos supuestos. Así, estarán protegidos:

- En una suspensión colectiva de contratos autorizada, antes de la elección de representantes de los trabajadores y ejecutada con posterioridad, *"...la garantía alcanza a los representantes elegidos que son 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*

---

<sup>511</sup> POQUET CATALÁ, R, "Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012", publicado en *Aranzadi Social*, número 9/2013.

<sup>512</sup> Art. 28 CE.

*precisamente en el momento en que se lleva a efecto la extinción o suspensión de la relación laboral*<sup>513</sup>”.

- Si la elección tiene lugar después, no solo de la decisión empresarial sino después de llevarse ésta a efecto, es claro que la preferencia únicamente opera respecto a quien está en la situación garantizada en el momento de acordarse la medida; aplicar la garantía en un momento posterior, supondría aplicarla de modo retroactivo, lo que es contrario a la seguridad o certidumbre de las relaciones jurídicas<sup>514</sup>.

- Para los proclamados candidatos, en ocasiones, se ha entendido, en base a la Recomendación 143 de la OIT y a los Convenios de la OIT de 1971 -sobre representantes de los trabajadores- y el Convenio número 158 de la OIT, que están protegidos deduciendo que la garantía que consagra el TRLET “*es extensiva a quienes, con anterioridad a la decisión extintiva de la empresa, hubieran sido proclamados candidatos para la elección del órgano de representación unitaria del personal.*”<sup>515</sup>

- Hay sentencias que han descartado la posible preferencia del suplente, del trabajador que no ostentaba el carácter de delegado de empresa o miembro del comité –era el cuarto en una lista de la que se incorporaron tres trabajadores al comité-, planteándose, y resolviendo en sentido negativo, si las posibles expectativas de pasar a formar parte del comité de empresa, por cobertura automática en caso de vacante prevista en el art. 67.4 TRLET, suponía, o no, aplicación de la garantía<sup>516</sup>.

En definitiva, la garantía alcanza a los representantes elegidos, a los electos aunque no hayan tomado posesión del cargo, y a los proclamados para la elección mientras dure el proceso electoral,

---

<sup>513</sup> Así, la STS de 30 de octubre de 1989, en su FD TERCERO.

<sup>514</sup> Véase la STS de 13 de septiembre de 1990.

<sup>515</sup> Así lo recoge el FD CUARTO de la STS de 19 de junio de 1989.

<sup>516</sup> En este sentido, la STSJ de Andalucía, sede Granada, de 4 de mayo de 2011, rec. 631/2011.

actuando la garantía si al tiempo de ejecutar la medida han sido elegidos, y no en caso contrario.

Desde otro punto de vista, la extensión temporal de la garantía también genera dudas interpretativas, consecuencia de la redacción de las letras b) y c) del art. 68 del TRLET. La letra b), relativa a la prioridad de permanencia en los supuestos de extinción por causas "*tecnológicas o económicas*" y la letra c), relativa al despido o sanción durante el ejercicio de sus funciones y "*dentro del año siguiente a la expiración de su mandato*".

Algunas sentencias<sup>517</sup> entienden que la garantía de permanencia en la empresa, en los casos de extinción por causas económicas o tecnológicas, alcanza a los representantes legales durante su mandato y durante el año siguiente. Esta interpretación no parece, sin embargo, que tenga sentido dado que el precepto se refiere al despido cuando actúa como represalia contra el trabajador, lo que difícilmente podrá ocurrir en un despido colectivo.

En caso de revocación del nombramiento o dimisión, no hay duda, no hay ampliación al año dado que ésta solo se contempla cuando se produce por el paso del tiempo previsto, es decir, por la expiración del mandato<sup>518</sup>.

También se ha planteado, por último, la contradicción existente entre los arts. 68.b) y 51.5 del TRLET dado que el primero aplica la garantía en los supuestos de concurrencia de causas "*tecnológicas económicas*" en tanto que el segundo lo extiende a las "*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*". Lo más lógico es entender que se aplica a todas las previstas en el art. 51. En este sentido se han

---

<sup>517</sup> La STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2001, rec. 81/2001 entiende que se extiende durante su mandato y durante el año siguiente.

<sup>518</sup> Cfr. con la letra c) del art. 68 TRLET.

manifestado los tribunales de justicia en numerosas sentencias<sup>519</sup>. No han faltado, sin embargo, sentencias en sentido contrario, que han entendido que no se aplica si las causas alegadas son organizativas y si en las tecnológicas y económicas, las que prevé el art. 68.b)<sup>520</sup>.

El análisis realizado permite concluir concretando la preferencia en tres ámbitos: ámbito temporal; ámbito de afectación de la preferencia; y consecuencias de la inobservancia de la prioridad de permanencia.

Ámbito temporal, la preferencia actuará en favor de quienes sean representantes de los trabajadores en el momento de llevarse a efecto el despido colectivo;

Ámbito de afectación de la preferencia –empresa / centro de trabajo-. Como se ha expuesto, es el ámbito de representación el que lo determina de modo que, si el ámbito de representación es la empresa, dentro de ella operará la garantía; si el ámbito de representación es el centro de trabajo, la garantía quedará limitada a éste.

Las consecuencias de la inobservancia de la prioridad de permanencia resultan del art. 124 de la LRJS, “*será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia...*”<sup>521</sup>,

---

<sup>519</sup> Véanse la STS de 30 de noviembre de 2005, rec. 1.439/2004, la STSJ del País Vasco de 20 de diciembre de 2011, rec. 2.882/2011 y especialmente la STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2012, rec. 897/2012, cuando en su FD ÚNICO dice: “*No sucede lo mismo, en cambio, con el derecho de prioridad de permanencia en la empresa del actor, que ciertamente ha sido vulnerado. El sostenimiento jurídico de esta afirmación exige tener en cuenta las siguientes premisas: 1ª) el derecho de prioridad de permanencia en la empresa tiene por destinatarios a los representantes legales o unitarios de los trabajadores (como es el caso del demandante), y no se limita a los despidos objetivos por causas “tecnológica o económicas” ( art. 68 b) ET), sino que se extiende a cualquiera de las causas previstas en el art. 51.1 ET, al afirmar el párrafo 2º del art. 52 c) ET que “los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado”, es decir, en el supuesto de que el contrato se extinga por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas;...*”

<sup>520</sup> Así, la STSJ de Castilla y León de 22 de enero de 2013, rec. 12/2013, en su FD SEGUNDO “in fine”, señala “*De otro lado y a mayor abundamiento, el reiterado Art, 68 b) ET será de aplicación en los supuestos del Art. 52 c) ET, cuando la extinción se produzca por causas tecnológicas o económicas, siendo así que, en el caso presente, lo ha sido por causas organizativas.*”, recogiendo la STSJ de Castilla y León 15 de marzo de 2012, rec. 106/2012.

<sup>521</sup> Cfr. con el art. 124 de la LRJS, números 13 a), 4º y 13 b) 3º.

no previéndose en el ámbito del despido colectivo la distinción, que para el disciplinario, admite el art. 56.4 en relación con el 68.c), que prevén que el despido será nulo cuando “*se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación*”; será improcedente en los demás casos, con la atribución del derecho de opción al representante legal.

La LRJS, establece en su art. 124, números 13 a) 4º y 13 b) 3º, la calificación de nulidad en caso de no respetarse las prioridades de permanencia, ya tengan su origen “*en las leyes, los convenios colectivos, o en el acuerdo alcanzado en durante el periodo de consultas*”.

Sin embargo, la calificación como despido nulo, debería reservarse a los supuestos en los que la inobservancia de la preferencia tenga carácter discriminatorio o sea contrario a los derechos fundamentales o libertades públicas determinando, que si el procedimiento de despido colectivo afecta a un representante legal de los trabajadores, habiendo puestos de trabajo de su misma categoría o grupo profesional, la extinción sería calificada de improcedente con las consecuencias legales atribuidas en tal caso por el TRLET.

### **9.6.2. Prioridad de permanencia convencional**

El art. 51.5 del TRLET prevé, como vimos, “*...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, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.*”

La admisión de criterios de preferencia convencionales no supone problema alguno dada la previsión legal. La falta de respeto por el empresario, de tales criterios de preferencia, determinará la nulidad del despido, ex art. art. 124, números 13 a), 4º y 13 b) 3º, de la LRJS.

Con frecuencia se ha planteado el problema, no siempre bien entendido, de si la desatención empresarial, a los criterios de selección acordados en periodo de consultas de un despido colectivo, constituye un supuesto de falta de respeto a las prioridades de permanencia pactadas.

La cuestión no es baladí según las consecuencias que puedan derivarse de la inobservancia de los criterios de selección pactados. Lo que se plantea es, si la falta de respeto de los criterios de selección pactados supone conculcar un criterio de permanencia o sencillamente la desatención de un pacto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>522</sup> considera que no son lo mismo las prioridades de permanencia y los criterios de selección – establecidos ambos por vía convencional-, considerando que no son conceptos homogéneos, limitando la nulidad a la falta de respeto a los criterios de permanencia, por lo que, la falta de atención de los criterios de selección pactados determinará la improcedencia del despido.

### **9.7. Otros límites**

Se ha planteado, igualmente, el carácter discriminatorio de numerosos criterios de selección.

No se consideran discriminatorios los relativos a la productividad y a la polivalencia, dado que no están recogidas como causa de discriminación en el art. 14 Constitución Española, y porque son cuestiones de materia estrictamente laboral.

---

<sup>522</sup> Véase las STS de 31 de mayo de 2017, rec. 3.738/2015, concordante con las SSTS la de 13 de julio de 2015, rcud. 2.691/2014; 25 de noviembre de 2016, rcud. 3.967/2014 y 8 de febrero de 2017, rcud. 614/2015 y el ATS de 17 de febrero de 2015, rcud. 2.261/2014.

Tampoco es discriminatorio el criterio del rendimiento, criterio que afecta a la productividad de la empresa, siendo la mejora de aquélla, precisamente, una de las finalidades de los procedimientos de despido colectivo. A este respecto, existe doctrina de los tribunales de justicia que, en supuestos en los que la valoración depende de la discrecionalidad del evaluador, señala que no supone discriminación, siempre que no suponga una aplicación patológica<sup>523</sup>.

Tampoco es contrario a derecho el criterio del absentismo, ni la adscripción del puesto de trabajo a departamentos que van a ser suprimidos.

También es admisible la afectación de trabajadores en situación de incapacidad para el trabajo derivada de una enfermedad<sup>524</sup>, habiendo

---

<sup>523</sup> En este sentido, la SAN de 11 de marzo de 2013, rec. 40/2013, recoge en su FD SEXTO: “Los demandantes denunciaron que la empresa ha incumplido lo dispuesto en el art. 3 RD 1483/2012, de 29 de octubre, porque el criterio de selección principal de despedidos, basado en el rendimiento, no es objetivo, no pudiendo utilizarse, por consiguiente, para seleccionar a los trabajadores despedidos.

La Sala no comparte en absoluto dicha tesis, puesto que el rendimiento aquí examinado no se contempla en términos patológicos, subsumibles en la causa de despido disciplinario regulada en el art. 54.2.e ET, sino como herramienta para seleccionar a los trabajadores, cuya capacidad y productividad sea menor que las de la mayoría, lo que constituye, a nuestro juicio, un medidor razonable y objetivo, que se cohonestaba plenamente con el objetivo propuesto: mejorar la competitividad y productividad de la empresa.

Cuestión distinta es, que en la ejecución de los despidos que, no se olvide, es potestad de la empresa (art. 51.4 ET), se produzcan disfunciones, porque despida a trabajadores más productivos que otros, lo que deberá hacerse valer en los correspondientes procedimientos individuales. - La tesis contraria, según la cual debería negociarse con el comité intercentros qué trabajadores son menos productivos, desnaturalizaría las potestades empresariales en el despido colectivo y provocaría una indeseable corresponsabilización sindical en unos despidos, que los sindicatos no tienen por qué asumir, porque no son ellos los que despiden, sino la empresa.

Por lo demás, se ha probado que la empresa ha utilizado las fichas de los trabajadores y se ha auxiliado de una evaluación del desempeño, realizada con anterioridad a la ejecución de la medida, lo que permite descartar que se haya utilizado de modo desmedido o irracional, siendo significativo, a nuestro juicio, que se haya despedido a un gran número de trabajadores afiliados a CCOO, que es uno de los sindicatos firmantes del acuerdo.”

<sup>524</sup> Especial importancia tiene la STS de 15 de marzo de 2018, rec. 1.244/2018 que recogiendo numerosas SSTJUE, tales como, dictadas el 11 de junio de 2006 en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013- asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi- C 345/15, señala “Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre «la enfermedad en cuanto tal» y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.”



acogido el Alto Tribunal la distinción entre la “*enfermedad en cuanto tal*” y la discapacidad, admitiendo la afectación, si el trabajador está en situación de incapacidad temporal derivada de una “*enfermedad en cuanto tal*”, pero entendiendo que hay discriminación si las ausencias se deben a enfermedades que sean consecuencia de la propia discapacidad.

Igualmente, no hay discriminación en la extinción del contrato de una trabajadora embarazada, como recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, rec. C-106/2016<sup>525</sup>. La sentencia admite la afectación al despido colectivo de una trabajadora embarazada cuando en el procedimiento se expresan los criterios objetivos seguidos para la determinar la afectación de los trabajadores. Señala que los Estados Miembros podrán establecer garantías en favor de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en periodo de lactancia, pero sin que la Directiva 98/59 establezca en su beneficio una prioridad de permanencia como tal. En definitiva, se llega a la misma conclusión que con otros posibles motivos de discriminación, cual es la necesidad de que la actuación empresarial se encuentre exenta de cualquier indicio de discriminación. En el mismo

---

*“La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de «discapacidad» distinta de «la enfermedad en cuanto tal» en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C-270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a «enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador» sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora.”*

<sup>525</sup> La sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018, rec. C-106/2016, que señala “*la Directiva...no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo,...siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido. ... no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.”*

sentido, ya la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de febrero de 2013, rec. 6.688/2012, en un supuesto en el que el convenio colectivo solo otorga preferencia para permanecer en la empresa a los representantes legales de los trabajadores, fijando como criterio de elección la menor antigüedad en la empresa, señala que no hay discriminación en la inclusión de una trabajadora embarazada cuando las listas estaban elaboradas en función de la menor antigüedad en la empresa –criterio fijado en convenio colectivo–, lo que constreñía a la empresa a la hora de elegir a los trabajadores afectados<sup>526</sup>. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2018, rcud. 2.708/2016.

En relación a los trabajadores con el contrato suspendido por riesgo durante el embarazo, paternidad, violencia de género o conciliación vida laboral y familiar, no tienen especial protección en la elección de trabajadores afectados por el despido colectivo, salvo que se haya pactado expresamente o suponga discriminación.

En ocasiones, se ha considerado discriminatorio que se despidan a más mujeres que hombres o a trabajadores de mayor edad. Del mismo modo, se ha considerado discriminación cuando suprimiendo el turno de tarde por producir pérdidas y dejando solo el de mañana, el trabajador

---

<sup>526</sup> En idéntico sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2015, rec. 1.297/2015 y la STS de 4 de octubre de 2017, rec. 3.419/2015, en un supuesto en el que habiéndose pactado los criterios de preferencia en el periodo de consultas entiende que no existe discriminación, al amparo de la 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), en su artículo 10 *“Prohibición de despido. Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.”*

afectado por el despido colectivo prestaba sus servicios en este último turno.

Muchas de las posibles causas de discriminación deben analizarse, sin embargo, a la vista de las circunstancias del caso concreto. Los casos analizados, apoyados en los pronunciamientos judiciales señalados, no permiten perder de vista que son circunstancias que se pueden prestar, muy fácilmente, a encubrir supuestos de discriminación.

En relación con otros colectivos tales como, trabajadores con mayores cargas familiares, la ley 40/2003<sup>527</sup> prevé, en su art. 10.1, que los convenios colectivos pueden fijar medidas de protección, entre otras, “...en materia de extinción de contratos de trabajo.” por lo que habrá de estarse a lo que pueda decirse en ellos.

Se ha planteado si las cláusulas de permanencia pactadas individualmente en el contrato de trabajo, los llamados trabajadores “blindados”, actúan o no como límite a los criterios de selección. Parece indiscutible que tales cláusulas no pueden condicionar lo pactado en el periodo de consultas, y la afectación al despido colectivo del trabajador en cuyo contrato haya tales cláusulas, no producirá la nulidad de la decisión extintiva pudiendo el trabajador reclamar al empresario los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la cláusula.

## **9.8. Conclusiones**

Los criterios de selección, de imposible concreción legal, han sido muy variados.

---

<sup>527</sup> Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, bajo el epígrafe “Conservación de situaciones laborales”.

El análisis, realizado sobre abundante jurisprudencia permite afirmar que, en el procedimiento de despido colectivo, es necesaria la especificación de los criterios, es decir, que la empresa los explicita, dado que la ausencia de los mismos produce la nulidad y, en todo caso, su ignorancia impide la negociación, al desconocer los trabajadores por qué el despido afecta a unos y no a otros. Es necesaria, además, su determinación casuista, lo que no permite determinaciones genéricas, siendo en la apreciación de los mismos por los tribunales en donde habrán de ponderarse todas las circunstancias del caso concreto.

Los criterios jurisprudencialmente admitidos y más utilizados, algunos ya vistos, son:

- Adhesión voluntaria.
- Mayor coste operativo.
- Reducción o desaparición de la carga de trabajo en cada línea de trabajo.
- Evaluación del desempeño llevada a cabo antes de ejecutar la medida, que revelen una productividad y capacidad menores a la de la mayoría.
- Posibilidad de acceso a la jubilación.
- Formación reglada, distinguiendo y valorando si se carece de formación, si solo se dispone de formación básica o de experiencia equivalente; formación profesional de grado medio; bachiller; formación profesional de grado superior; diplomatura; licenciatura; doctorado o máster.
- Cursos específicos.
- Idiomas.

- Formación específica y polivalente<sup>528</sup>.
- Cargas familiares (hijos hasta los 26 años).
- Edad.
- Enfermedad grave de hijos.
- Absentismo<sup>529</sup>.
- Imposibilidad de reubicación.
- Rotación en los servicios por reclamaciones de clientes.
- La pasividad o falta de proactividad.
- Sanciones y amonestaciones.
- Incidencias anotadas en el sistema de calidad.
- Mayor empleabilidad<sup>530</sup>.
- Adscripción a puestos de trabajo que resulten excedentes.
- Mayor coste para la empresa, salarial o de Seguridad social<sup>531</sup>, no siendo suficiente alegar el criterio económico sin más concreción<sup>532</sup>.

De ello se desprende que cualquier criterio puede ser válido, siempre que su utilización sea proporcionada y justificada, no dejando

---

<sup>528</sup> STSJ de Madrid de 14 de octubre de 2013, rec. 891/2013.

<sup>529</sup> Así lo señala la STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2009, rec. 3.041/2009.

<sup>530</sup> Así, numerosísimas sentencias, entre otras, STS de 14 de noviembre de 2017, rec. 17/2017; SSAN de 26 de diciembre de 2012; 10 de junio de 2013; 22 de julio de 2013; 30 de septiembre de 2013; 15 de octubre de 2013; 26 de noviembre de 2013; sentencias de TSJ, de Cataluña de 23 de mayo de 2012; de castilla y León, Valladolid, de 17 de julio de 2013; Granada de 29 de noviembre de 2013; País vasco de 9 de julio de 2013.

<sup>531</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004, rec. 1.033/2004.

<sup>532</sup> En este sentido, la SAN de 11 de noviembre de 2014, rec. 251/2014.

duda acerca de que su empleo por el empresario se justifica en la racionalidad y proporcionalidad. Lo que la jurisprudencia viene atajando es la utilización torticera del procedimiento de despido colectivo en perjuicio de algún colectivo de trabajadores<sup>533</sup>.

En este sentido, es útil el criterio de la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2013 que contempla la posibilidad, para evitar arbitrariedades, de que la afectación concreta de los trabajadores sea controlada a través de una comisión mixta. Ciertamente es que, para ello, bastará con encomendar a la propia comisión negociadora -mixta *per se*- dicho control, posibilidad no contemplada legalmente ni tampoco por los convenios colectivos.

El procedimiento de despido colectivo concede al empresario una doble facultad: establecer los criterios de selección y ejecutar esos criterios, mediante la elección de los trabajadores que va a despedir. De hecho, ni siquiera se prevé legalmente que durante el periodo de consultas se analicen las causas, atribuyendo a tal periodo la finalidad de "*evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias*"<sup>534</sup>. De ello no se desprende que se atribuya al empresario una patente de corso, lo que determina es, por un lado, que la decisión de afectación de trabajadores, que antes era una decisión hasta cierto punto reglada, se convierte en discrecional, y por otro, que queda limitada por la necesidad de proporcionalidad entre la medida adoptada y los trabajadores afectados, ejerciéndose la facultad de elección con arreglo a derecho.

Así, como se ha visto, la facultad de elección puede quedar limitada por la autonomía colectiva, la cual, no ha tenido prácticamente aplicación en los convenios colectivos, pero sí en los periodos de consulta en los que es muy frecuente que se pacten criterios -sobre todo el de antigüedad-,

---

<sup>533</sup> Véase la STS de 14 de noviembre de 2017, rec. 17/2017 en lo que a la fijación de criterios se refiere.

<sup>534</sup> Art. 51.2, párrafo 1º y art. 2.1 de la Directiva 98/59.

fijación colectiva de criterios o limitaciones que ahorman la discrecionalidad de la decisión empresarial y pueden evitar conflictos entre los propios trabajadores al tiempo de la elección de los afectados.

El poder empresarial está limitado legal y convencionalmente pero, además, lo está por los derechos fundamentales del trabajador; la elección no podrá contravenir el art. 14 de la Constitución Española ni afectar al patrimonio jurídico que constituyen los derechos fundamentales de los trabajadores.

El principio de igualdad de trato, al seleccionar a los trabajadores cuyos contratos han de extinguirse, impide al empresario un trato desigual exigiendo que cualquier criterio –antigüedad en la empresa o en la categoría profesional, asignación al centro de trabajo en el que se reduce el empleo, o asignación al departamento o sección objeto de reducción, baremación, etc.-, debe tener una justificación objetiva exenta de toda arbitrariedad. En este sentido, la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 23 de marzo de 2018, rec. 2.752/2017, declara la improcedencia del despido en un supuesto en el que, fijado como criterio la puntuación obtenida en la baremación realizada por la empresa, resultó afectado el recurrente a pesar de haber obtenido mayor puntuación que otros compañeros que, sin embargo, no resultaron afectados por el procedimiento de despido colectivo.

Del mismo modo, la razonabilidad limita la elección empresarial de los trabajadores afectados y permite apreciar la adecuación de la causa de despido alegada a la finalidad pretendida, cual es, la continuidad de la empresa.

Son limitaciones especialmente sensibles las relacionadas con el hecho de que se despida a más mujeres que hombres, o a miembros de un determinado sindicato o a trabajadores de más edad, como ha sido analizado, pero no faltan supuestos en los que las circunstancias de hecho

llevan a la conclusión de que la actuación empresarial no adolecía de vicio alguno teniendo una justificación objetiva.

En numerosas ocasiones se ha planteado la nulidad de los procedimientos de despido colectivo, basándose en la irregularidad o insuficiencia de los criterios de selección de los trabajadores afectados. Es indiscutible que la legislación exige la determinación de los criterios de designación, de modo que solo produciría la nulidad del procedimiento la falta de determinación de los mismos por lo que, aportados, no cabe mantener la nulidad salvo en el caso de que sean discriminatorios. En todo caso, una cosa es que los criterios de selección estén determinados, y otra la valoración que pueda hacerse de ellos. En este sentido, es de destacar el auto del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019, rec. 4.534/2018, que determina en cuanto a los criterios de selección, que planteado por la empresa el cierre del centro de trabajo en una determinada población (La Coruña), todos los trabajadores adscritos a dicho centro quedaban afectados por el despido colectivo, por lo que el auto rechaza el argumento de la falta de aportación de un listado que determine los trabajadores afectados, entendiéndose que sí consta cuáles son los trabajadores que van a ser despedidos, al afectar a todos los trabajadores del centro de trabajo cuyo cierre se pretende, resultando indiferente cual sea el criterio de selección dado que todos los trabajadores van a ser elegidos; el criterio de selección es, por tanto, la prestación de servicios en dicho centro.

En el procedimiento colectivo solo se podrá valorar si los criterios elegidos vulneran derechos fundamentales o implican un trato desigual carente de justificación. De ello se desprende que el sistema de selección y los criterios empleados deben ser objetivos; no puede valorarse en un procedimiento colectivo si fueron aplicados de forma correcta o no a un determinado trabajador, lo que se planteará en un procedimiento



individual<sup>535</sup>. Es decir, el trabajador podrá impugnar individualmente su despido si considera que no se han respetado los criterios de permanencia y el resto de sus derechos.

## **10. Impugnación del despido colectivo**

El procedimiento de impugnación ha sido objeto de atención en la doctrina. DESDENTADO BONETE<sup>536</sup> señala que los aspectos procesales de la impugnación del despido colectivo son extraordinariamente complejos, por lo extenso del art. 124 de la LRJS que lo regula, y porque contempla, tanto la impugnación del despido colectivo (art. 124), como la del despido individual que de él se deriva (arts. 120 a 123).

El art. 124 de la LRJS, incluido en el capítulo IV, del Título II, relativo a las modalidades procesales, fue modificado por el Real Decreto-ley 3/2012, que introduce modificaciones de calado, en especial, la atribución a la jurisdicción social, de la competencia en materia de impugnación del despido colectivo.

El art. 2 de la LRJS al fijar el ámbito del orden jurisdiccional social, no contempla la impugnación del despido colectivo. Si prevé, sin embargo, la impugnación de resoluciones de la autoridad laboral en el supuesto de que la extinción del contrato de trabajo sea ocasionada por fuerza mayor.

Los arts. 7 y 8 de la LRJS son los que, al fijar la competencia de los órganos jurisdiccionales, atribuyen el conocimiento en única instancia de

---

<sup>535</sup> Véase el FD SEGUNDO de la STSJ de Andalucía, Málaga, de 14 de octubre de 2013.

<sup>536</sup> DESDENTADO BONETE, A., "Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo", *Nueva Revista Española del Derecho del Trabajo*, número 169, 2014, páginas 55 a 82.

los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores, a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando el despido colectivo extienda sus efectos en el ámbito de una Comunidad Autónoma, o a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuando el despido colectivo se extienda a un ámbito territorial superior a una Comunidad Autónoma<sup>537</sup>.

La competencia de las Salas de lo Social se reserva a las impugnaciones de despido colectivo planteadas por los representantes de los trabajadores, siendo competentes, también, cuando quien demanda sea el empresario. Sin embargo, las impugnaciones individuales de los trabajadores afectados se tramitarán ante el juzgado social competente (arts. 120 a 123 LRJS).

La atribución de la competencia a las Salas de lo Social, de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, produce la consecuencia de que para resolver los recursos de casación interpuestos contra sus sentencias, dictadas en única instancia (art. 205.1 LRJS), se atribuye la competencia a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

### **10.1. Motivos de impugnación**

El art. 124.2 de la LRJS recoge los motivos de impugnación de la decisión empresarial, al decir: “2. *La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos: a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita. b) Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal. c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. d) Que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.*”, lo que

---

<sup>537</sup> Véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I., “Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral”, Ed. Thomson Reuters, 1ª edición, Valladolid, 2013.

limita las causas que permiten impugnarlo. Puede afirmarse siguiendo a SAEZ LARA<sup>538</sup>, que esta limitación es propia de los recursos extraordinarios de cognición limitada, pero impropia de una acción de acceso a los tribunales de justicia, pero es consecuencia de su concepción como un procedimiento especial de tramitación urgente.

El art. 124.2 de la LRJS al recoger las causas de impugnación debió establecer la distinción según haya existido, o no, acuerdo en el periodo de consultas. De su redacción, da la impresión de que la causa señalada con la letra c), cuando la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho se refiere, aunque no necesariamente, a los supuestos en los que ha habido acuerdo, mientras que las de las letras a), b) y d), se refieren a los supuestos en los que no se ha conseguido dicho acuerdo.

Cada una de las causas previstas, merece un comentario:

"a) *Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita*", como tales las económicas, técnicas, organizativas o de producción, causas que el empresario deberá concretar al inicio del periodo de consultas y en la comunicación final<sup>539</sup>, siendo las únicas que podrán alegarse en la contestación a la demanda. Al empresario le corresponde, en caso de impugnación, acreditar las causas alegadas. La carga de la prueba recae sobre él.

En cuanto a la causa legal es destacable que los tribunales de justicia se limitan a verificar que la causa existe, no pudiendo pretender sustituir al empresario en la adopción de medidas para corregir la situación que motivó el procedimiento.

---

<sup>538</sup> Véase SAEZ LARA, C., "*Reestructuraciones empresariales y...*", *op. cit.*, páginas 236 y 237.

<sup>539</sup> Así los arts. 51.1 y 2 del TRLET, y 3.1.a) y 12 del RPDC.

*"b) Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal".* La obligación de realizar el periodo de consultas y la de entregar la documentación prevista legalmente, son exigencias recogidas en el art. 51.2 del TRLET, consecuencia de la trasposición del art. 2 de la Directiva 98/59, normas que imponen la consulta, fijando su objeto –llegar a un acuerdo para evitar o reducir los despidos colectivos o atenuar sus consecuencias-, y la obligación de proporcionar la información y documentación necesarias para llevarlas a cabo.

El art. 51.2 del TRLET impone la obligación de negociar de buena fe, consecuencia del principio de buena fe que debe presidir las relaciones laborales y, en concreto, el deber de actuar de buena fe impuesto en la negociación colectiva<sup>540</sup>. La buena fe exigida, es una buena fe comercial, un comportamiento leal, que, sin embargo, no puede imponer que se llegue a un acuerdo. La mala fe se producirá, por el contrario, cuando se oculten datos o informes esenciales o haya una actitud obstruccionista en la negociación.

En cuanto a la entrega de documentación, como se estudia en otro lugar, se refiere a la falta de entrega de aquellos documentos que proporcionen la información suficiente para poder llevar a cabo la negociación.

*"c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho".* La denuncia de estos vicios como fundamento de la demanda hecha por los representantes de los trabajadores, parece referirse al supuesto en que haya habido acuerdo durante el periodo de consultas y con posterioridad a la conclusión del acuerdo se conozca la existencia de tales vicios. También podrá tener lugar en caso de acuerdo alcanzado en

---

<sup>540</sup> Véase CABEZA PEREIRO, J., "La buena fe en la negociación colectiva", EGAP, Santiago de Compostela, 1995, páginas 223 y siguientes.

el periodo de consultas cuando los que impugnan no hayan suscrito el acuerdo.

*"d) Que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas."* En la práctica se ha planteado, sobre todo, en situaciones de huelga y en situaciones en las que se han producido hechos o acciones contrarias a la libertad sindical, produciendo, en todo caso, la nulidad del procedimiento.

Del propio art. 124.2 de la LRJS, en relación con el número 11, resulta que su objeto es controlar la regularidad del procedimiento en su fase colectiva siendo las pretensiones ejercitables, o bien que se declare la nulidad del despido colectivo, o bien que se declare que no se ajusta a derecho. Lo normal es que se solicite la nulidad, como pretensión principal, y subsidiariamente, que se declare no ajustado a derecho. Puede solicitarse la indemnización correspondiente cuando, además de la pretensión de nulidad, se pretenda la tutela de derechos fundamentales o libertades públicas<sup>541</sup>.

## **10.2. Legitimación**

En cuanto a legitimación, activa y pasiva, la LRJS nos obliga a distinguir de acuerdo con LLUCH CORELL<sup>542</sup>:

---

<sup>541</sup> Véase el art. 184 de la LRJS.

<sup>542</sup> LLUCH CORELL, F.J., La impugnación de los despidos colectivos tras la Ley 3/2012, de 6 julio: una aproximación al art. 124 LRJS (I). EDB 2012/215725, *Revista de Jurisprudencia*, número 1, 13 de diciembre de 2012.

### **10.2.1. Legitimación activa**

La LRJS ofrece cuatro vías de impugnación: la acción ordinaria ejercitada por los representantes de los trabajadores o por los representantes sindicales, y la llamada de jactancia (la ejercitada por el empresario para que se reconozca la procedencia del despido), recogidas ambas en el art. 124. A ellas vienen a unirse, la de impugnación de los acuerdos por la autoridad laboral cuando aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho -artículo 148 b)-, y la del art. 151 relativo a la impugnación de la autorización de extinción por fuerza mayor. Esta pluralidad de vías de impugnación determina una legitimación diferente en cada caso.

A ellas vienen a unirse la impugnación de los despidos colectivos en empresas en concurso de acreedores y, por último, la impugnación por los trabajadores despedidos como consecuencia del procedimiento colectivo.

La regulación de tantas vías de impugnación resulta, según DESDENTADO BONETE, poco acertada pues complica las impugnaciones al no coordinarlas posibilitando que puedan dictarse resoluciones contradictorias<sup>543</sup>.

Dentro de la legitimación activa, puede distinguirse entre la llamada propia e impropia.

---

<sup>543</sup> DESDENTADO BONETE, A., "La ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia", VVAA director MERCADER UGUINA, "Comentario al artículo 124 LRJS", Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2015, página 804.

### 10.2.1.1. Legitimación activa propia

Se atribuye a los representantes legales de los trabajadores en todo caso –se refiere a los representantes de los trabajadores en el sentido amplio de los artículos 61 y siguientes del TRLET-, y a los representantes sindicales cuando tengan *“la implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”*, art. 124.1 de la LRJS, *in fine*. Esta implantación suficiente, según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012, rcud. 71/2010, que recoge otras anteriores (del propio Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional), consiste en la existencia de un vínculo acreditado, de una conexión entre la organización sindical que acciona y la pretensión ejercitada, cuando tengan el nivel de afiliación adecuado en el ámbito afectado por el conflicto. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012<sup>544</sup>, acude al *“principio de correspondencia”*, exigiendo que la organización sindical esté constituida y tenga implantación en el ámbito de actuación de los diversos centros afectados, entendiendo que *“la delimitación del ámbito de afectación del conflicto no puede dejarse a la libre determinación de las partes”*.

En todo caso, la *“implantación suficiente”* es un concepto jurídico indeterminado que debe atender a la adecuación necesaria entre el ámbito del conflicto y el marco de actuación de los sujetos colectivos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012<sup>545</sup>, señala que la capacidad en abstracto de los sindicatos *“no autoriza a concluir sin más que es posible a priori que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer”*, exigiendo en consecuencia, una conexión entre la organización actuante y la pretensión ejercitada, negando legitimación si no concurre esa

---

<sup>544</sup> Véase la STS de 2 de julio de 2012, rec. 2.086/2011.

<sup>545</sup> La STS de 19 de diciembre de 2012, rec. 289/2011, que se hace eco de numerosas sentencias del Tribunal supremo y del Tribunal constitucional, entre otras, SSTC 201/1994 y 101/1996, 7/2001, 164/2003, 142/2004, 153/2007 y 202/2007, así como SSTS de 10 de marzo de 2003, rec. 33/2002, 4 de marzo de 2005, rec. 6.076/2003, 16 de diciembre de 2008, rec. 124/2007, 12 de mayo de 2009, rec. 121/2008, 29 de abril de 2010, rec. 128/2009 y 2 de julio de 2012, rcud. 2.086/2011.

correspondencia por tratarse de un sindicato que no estuviera implantado en la empresa demandada, exigiendo, por tanto, la conexión, el vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito.

La legitimación activa propia nos obliga a distinguir según cual haya sido el resultado del periodo de consultas: si concluyó sin acuerdo, la legitimación corresponderá a los representantes legales de los trabajadores o las secciones sindicales con implantación suficiente; si concluyó con acuerdo, podrán impugnarlo los representantes legales de los trabajadores minoritarios o las secciones sindicales con implantación no firmantes de aquél. Los firmantes del acuerdo carecerían de legitimación activa, salvo si el acuerdo se adoptó con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, es decir, si se funda en un vicio del consentimiento de los que llevan anudada su nulidad.

El reconocimiento de la legitimación activa para impugnar el procedimiento de despido colectivo al comité de empresa o a los delegados de personal, exige acudir a las reglas de la capacidad procesal para ser parte. El comité de empresa comparecerá por quien legalmente lo represente, art. 16.5 de la LRJS, previa decisión adoptada por mayoría, de acuerdo con el art. 65.1 del TRLET<sup>546</sup>; la mayoría de miembros significa que no basta con la mayoría de asistentes. En cuanto a los delegados de personal, vendrá determinada por su carácter de órgano mancomunado, sin que se exija unanimidad -como señala PRECIADO DOMENECH<sup>547</sup> recordando sentencias del Tribunal Central de Trabajo-. Para los delegados de personal, el art. 62.2 del TRLET solo habla del ejercicio mancomunado de la representación ante el empresario, extendiéndose ese modo de proceder mancomunado a cualquier acción

---

<sup>546</sup> Cfr. con el art. 65.1 TRLET, "*decisión mayoritaria de sus miembros.*"

<sup>547</sup> PRECIADO DOMENECH, C. H., "El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/2012 de 6 de julio", Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2013, páginas 230 y siguientes.



representativa, procesal o no, ejercida contra el empresario, aplicándose analógicamente el art. 65.1<sup>548</sup> al supuesto del art. 62.2.

El precepto no lo recoge, pero parece evidente que también estarán legitimados activamente los representantes de las comisiones *ad hoc*, nombrados a falta de representantes legales de los trabajadores, de acuerdo con lo previsto en el art. 41.4 del TRLET, así como las comisiones híbridas.

En cuanto a las comisiones *ad hoc*, el problema que se ha planteado es el relativo a si tendrían legitimación para impugnar el despido colectivo acordado o impuesto por el empresario. Parece obvia su legitimación cuando no hubieran consentido el acuerdo por no ser coherente atribuirles capacidad para negociar pero no para impugnar la decisión adoptada cuando, además, la comisión *ad hoc* puede ser demandada ya que el artículo 124 de la LRJS impone, si el periodo de consultas finalizó con acuerdo, que se demande a los firmantes del mismo, por lo que sería absurdo que no pudieran demandar impugnando un despido que no han suscrito. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013, reconoce su legitimación a pesar de la falta de mención legal, concibiendo la representación *ad hoc* -o de elección singular para el caso- como una *representación extraordinaria*, que tiene lugar en defecto de los mecanismos de *representación legal o sindical ordinarios*, representación que, además, es especializada, en cuanto su única competencia es la negociación de las propuestas empresariales de despido colectivo.

Negar legitimación activa a las comisiones *ad hoc* produciría que, no alcanzado el acuerdo con la empresa, la decisión empresarial sería

---

<sup>548</sup> Cfr. con el art. 65.1 del TRLET que atribuye al comité de empresa la capacidad de ejercitar acciones judiciales en el “*ámbito de sus competencias por decisión mayoritaria de sus miembros.*”

inatacable, solo sujeta a las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

Admitida la legitimación -y a diferencia de los representantes unitarios o sindicales-, la comisión *ad hoc* no tiene personalidad jurídica teniendo que apoyar su capacidad en los arts. 16.5 de la LRJS y 6.1, 5º y 7.6 de la LEC. Tampoco tiene quien la represente legalmente en juicio, por lo que deberán comparecer todos los miembros de la comisión y, caso de haber varias comisiones, los miembros de todas ellas.

La jurisprudencia se ha ocupado en algún pronunciamiento<sup>549</sup>, de una comisión mixta formada por representantes legales y por una comisión *ad hoc*, señalando que al tratarse de una comisión -híbrida-, habrán de actuar en forma semejante a la establecida para los órganos de representación unitaria de los trabajadores y, por tanto, por acuerdo mayoritario de sus miembros.

#### **10.2.1.2. Legitimación activa impropia**

La expresión hace referencia la legitimación que surge como consecuencia de la novedad procesal creada por la Ley 3/2012 en el art. 124.3 LRJS, al prever que sea el empresario el que pueda interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva, posibilidad que exige que haya caducado la acción de los representantes de los trabajadores por el transcurso del plazo para interponerla, y que no se haya impugnado el acuerdo por la autoridad laboral.

Los representantes de los trabajadores quedan eximidos de agotar las vías de evitación del proceso según el art. 124.5 de la LRJS. Sin

---

<sup>549</sup> Véase la STS de 21 de abril de 2015, rec. 311/2014.

embargo, dicho artículo no contiene manifestación alguna en relación a la impugnación por el empresario, entendiéndose que deberá presentar papeleta de conciliación ante el organismo administrativo que corresponda.

La acción ejercitada por el empresario tiene la peculiaridad de que no viene a resolver un conflicto de intereses previamente planteado, dado que no exige que la decisión de despido colectivo adoptada haya sido impugnada por ninguno de los sujetos legitimados, ni colectivos – representantes legales de los trabajadores y representantes sindicales-, ni por los trabajadores individualmente afectados. Eso sí, es una acción cuyo ejercicio es subsidiario en el sentido de que solo se podrá interponer, como se ha visto, cuando el despido colectivo no se haya impugnado de modo colectivo o por la autoridad laboral. La finalidad de la acción es evitar demandas individuales en caso de no plantearse la colectiva<sup>550</sup>.

La legitimación reconocida al empresario para interponer la demanda, hace que disponga de un plazo de caducidad de veinte días, desde que haya caducado el plazo concedido a los representantes de los trabajadores, y requiere que no se haya interpuesto por la autoridad laboral la acción de nulidad del art. 148.b). La presentación de la demanda por el empresario suspende el plazo de caducidad de las acciones individuales.

En cuanto a sus efectos, el art. 124.3 de la LRJS le atribuye naturaleza declarativa y efecto de cosa juzgada en los procedimientos individuales, es decir, la sentencia que se dicte no se puede ejecutar en el mismo proceso pero producirá efecto de cosa juzgada en los

---

<sup>550</sup> FOLGUERA CRESPO, J.A., *“La aplicación práctica de la reforma laboral”*, en AAVV, directores, PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., capítulo *“Impacto de la reforma laboral en el proceso”*, Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2013, página 374.

procedimientos individuales -planteados o que se planteen- sobre el mismo objeto.

La configuración del objeto del proceso, su especial naturaleza, implica que *“El litigio se sustancie siempre entre entes colectivos o de dimensión colectiva, entre los que se incluyen los empresarios”*<sup>551</sup>.

La jurisprudencia<sup>552</sup> señala que esta modalidad procesal es una variante del proceso colectivo por su objeto (relativo a pronunciamientos de carácter general) y por el carácter declarativo de la sentencia. El Alto Tribunal entiende que, así como para el proceso de impugnación están legitimados activamente los representantes de los trabajadores o los representantes sindicales, para el proceso iniciado por la empresa, dichos representantes están, también, legitimados pasivamente.

La impugnación colectiva exige que en el proceso haya un sujeto colectivo que se oponga a dicha impugnación. Si no hay sujeto colectivo demandado, y no cabe la actuación individual de los trabajadores, el proceso carecería de contradicción. Por ello, al no poder entrar en el proceso los trabajadores individuales hay que concluir que la empresa demandante carece de acción si no puede traer al proceso a ningún sujeto colectivo que esté legitimado pasivamente, lo que ocurrirá si el periodo de consultas concluyó con acuerdo, porque no puede haber sujeto colectivo que pueda oponerse al despido, por lo que la empresa carece de acción. Si el periodo de consultas concluye con acuerdo, la empresa no tiene un interés jurídicamente tutelable en que *“se declare ajustada a derecho su decisión extintiva”* (art. 124.3 LRJS), acción que sería inútil cuando

---

<sup>551</sup> Así lo recoge la STC 12/2009, de 12 de enero, FD 4.

<sup>552</sup> Véanse las SSTs de 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014 y la de 26 de diciembre de 2013, R.O. 28/2013, a la que se remite.

los representantes de los trabajadores ya han manifestado su voluntad en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas<sup>553</sup>.

### **10.2.1.3. Legitimación de la autoridad laboral**

Cuando la autoridad laboral aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, podrá impugnar el acuerdo alcanzado, art. 148.b) de la LRJS que prevé ante tales vicios del consentimiento, que la autoridad laboral pueda remitirlo a la autoridad judicial. La autoridad laboral procederá de igual modo si la entidad gestora de las prestaciones por desempleo emite informe en el sentido de que la decisión extintiva tuviera por objeto la obtención indebida de prestaciones por no existir causa legal de desempleo. Su actuación salvaguarda, en consecuencia, dos intereses: el particular, por el perjuicio que podrían sufrir los trabajadores; y el interés legal que impida el reconocimiento de una prestación obtenida fraudulentamente<sup>554</sup>.

En cuanto a la posibilidad de ser parte, de estar legitimada en los procesos iniciados por los representantes de los trabajadores o por el empresario, a la vista del art. 124.7 resulta que se supedita a que, iniciado el procedimiento colectivo, la autoridad laboral presente demanda de oficio conforme al art. 148.b), en cuyo caso, se suspenderá la demanda iniciada de oficio hasta la resolución del procedimiento iniciado por los trabajadores.

En cuanto al proceso iniciado de oficio, la legitimación activa corresponde a la autoridad laboral ante la que se tramitó el despido colectivo, art. 25 RPDC.

---

<sup>553</sup> Véase el voto particular de la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014.

<sup>554</sup> Véase MAURANDI GUILLÉN, N., *“Comentarios a la Ley Reguladora de la jurisdicción social”*, AAVV, (comentario del artículo 148), Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2012, página 643.

#### **10.2.1.4. Legitimación en la impugnación individual**

Por último, en cuanto a la impugnación individual, el art. 124.13 permite a los trabajadores afectados presentar demanda de despido contra la decisión empresarial por la vía de los arts. 120 a 123 de la LRJS.

Así como el proceso de impugnación del despido colectivo corresponde a los entes colectivos, la actuación de los trabajadores ante la decisión empresarial, o frente al acuerdo adoptado, en el periodo de consultas, nace cuando se les notifica la afectación individual de la decisión (unilateral o acordada).

Este último recurso queda, sin embargo, supeditado al proceso colectivo por cuanto la acción nace a falta de impugnación del despido colectivo o cuando haya sido resuelta, ya que la impugnación colectiva llevada a cabo por los representantes de los trabajadores, suspende el procedimiento individual así como porque el resultado del procedimiento colectivo tiene, en el individual, el efecto de cosa juzgada (art. 124.13 LRJS).

#### **10.2.2. Legitimación pasiva**

La legitimación pasiva en la impugnación del despido colectivo planteada por los representantes de los trabajadores o por los representantes sindicales, corresponde al empresario que ha adoptado la decisión impugnada, así como, también, a los representantes de los trabajadores que aprobaron el acuerdo en base al que se toma la decisión empresarial, como resulta del art. 124 LRJS al hablar de la "*impugnación de la decisión empresarial*". Por tanto, la legitimación pasiva corresponde al

empresario y a los representantes de los trabajadores que firmaron el acuerdo.

En la acción entablada por el empresario, estarán legitimados pasivamente, los representantes legales de los trabajadores, sin que la LRJS incluya a los representantes sindicales. La autoridad laboral será parte si ha planteado demanda de oficio conforme al art. 148.b), art. 124.7.

La LRJS no prevé la legitimación pasiva en el supuesto de que la acción se ejercite por el empresario, cuando el periodo de consultas ha concluido con acuerdo. En este caso, la demanda deberá dirigirse contra quienes estando legitimados para impugnarlo no lo hayan hecho –los disidentes no impugnantes-, de modo que, si el acuerdo se suscribió con todos los representantes legales de los trabajadores, no cabe el ejercicio de esta acción.

En todo caso, la sentencia que recaiga<sup>555</sup> tendrá naturaleza declarativa y efecto de cosa juzgada en los procesos individuales cuya proliferación trata precisamente de evitar, pero no puede ejecutarse en el mismo proceso, es decir, el efecto de cosa juzgada se producirá en los procesos individuales planteados o que se planteen.

La sentencia de Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014, contempla el supuesto de una empresa en la que los trabajadores negociaron conjuntamente sin nombrar una comisión, entendiendo que es una irregularidad que, sin embargo, no vicia el procedimiento reconociendo al empresario legitimación para ejercer la acción prevista en el art. 124.3, y reconociendo a los trabajadores no firmantes legitimación pasiva. Se aparta del criterio mantenido por la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de diciembre de 2013 que

---

<sup>555</sup> Art. 124.3 de la LRJS.

declaró no ajustada a derecho la negociación llevada a cabo de este modo.

La legitimación pasiva en la acción ejercitada por la autoridad laboral, la ostentan, el empresario y los representantes de los trabajadores que han suscrito el acuerdo.

Aunque la LRJS no atribuye legitimación pasiva a los trabajadores afectados, si exige -art. 124.9-, que se les notifique el procedimiento, para que se suspendan los procedimientos individuales iniciados, por el efecto de cosa juzgada que, la sentencia que se dicte en el procedimiento colectivo, vaya a producir en los individuales.

### **10.3. Cuestiones finales en materia de legitimación**

Como cuestiones finales, siguiendo a SAN CRISTOBAL VILLANUEVA<sup>556</sup>, podemos distinguir: las relativas a los grupos de empresas; a las empresas en concurso de acreedores; a la situación cuando hay otros firmantes del acuerdo; y a la situación en cuanto a los trabajadores individualmente considerados.

En cuanto a los grupos de empresas, DESDENTADO DAROCA y DESDENTADO BONETE<sup>557</sup>, señalan que la legitimación corresponde a todas las empresas integrantes del grupo al carecer éste de personalidad jurídica.

---

<sup>556</sup> SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M., *“Tratado de despido...”*, op. cit. páginas 603 y siguientes.

<sup>557</sup> DESDENTADO DAROCA, E., *“La personificación del empresario laboral. Aspectos sustantivos y procesales”*, Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2006, páginas 242 y siguientes, y DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *“Grupos de empresas y despidos económicos”*, Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2014, páginas 37 y siguientes.



Si el grupo de empresas es “patológico”<sup>558</sup>, el Tribunal Supremo lo ha configurado como un grupo de empresas irregular, admitiendo en la sentencia de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013, que se trata de un litisconsorcio pasivo voluntario, pudiendo dirigirse la demanda contra todas las empresas del grupo o solo contra una, caso en el que la sentencia solo afectará a ésta. Solo si se pretende la condena solidaria de todas las empresas del grupo será necesario demandar a todas ellas.

En las empresas en concurso de acreedores, es preciso distinguir<sup>559</sup> según que el concurso sea voluntario o necesario. En el voluntario, el deudor conserva las facultades de administración y disposición que, sin embargo, quedan sujetas a la intervención de la administración concursal mediante su autorización o conformidad. En el concurso necesario, el deudor es sustituido en tales facultades por los administradores concursales.

Declarado el concurso de acreedores, el periodo de consultas se tramitará ante el juez del concurso distinguiéndose, a la vista de la Ley Concursal<sup>560</sup>: si al tiempo de la declaración de concurso se había iniciado la tramitación del despido colectivo, se remitirá lo actuado al juez del concurso; si ya se hubiera comunicado la decisión a la autoridad laboral, corresponderá a la administración concursal la ejecución de las medidas adoptadas.

En definitiva, si la decisión es anterior a la declaración de concurso, la legitimación pasiva le corresponde al empresario y a la administración concursal. Si se suspende al deudor en sus funciones de administración y disposición, la administración concursal le sustituirá en los procedimientos en trámite; si no tiene suspendidas tales facultades,

---

<sup>558</sup> Por producirse confusión patrimonial, prestación de servicios indiferenciada, caja única, etc.

<sup>559</sup> Cfr. art. 40.1 y 2 de la L.C., recogido en el art. 106 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*.

<sup>560</sup> Cfr. art. 64.1 y 2 de la LC., arts. 169 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*.

podrá actuar en juicio pero necesita autorización de la administración concursal para ciertos actos (desistimiento, allanamiento, transacción, etc.).

En cuanto a los miembros de la comisión firmantes del acuerdo, el art. 124.4 de la LRJS señala que, si el periodo de consultas termina con acuerdo, deberá demandarse, además, a los firmantes del mismo. Lo mismo tendrá lugar cuando el acuerdo se produjo con una comisión *ad hoc*.

Por último, en lo relativo a los trabajadores individualmente considerados, la LRJS atribuye la legitimación a los entes colectivos sin que los trabajadores individualmente afectados por el despido colectivo tengan la posibilidad de personarse o comparecer en el procedimiento. Los trabajadores individuales, solo podrán impugnar conforme a los arts. 120 a 123 de la LRJS, por lo que en los procesos de impugnación colectiva carecen de legitimación.

FOLGUERA CRESPO<sup>561</sup> señala que, el silencio, la inacción de los representantes de los trabajadores que no demandaron contra la decisión extintiva puede dejar expuesto al despido colectivo al ejercicio de numerosas acciones individuales de impugnación.

En la impugnación individual, la legitimación activa corresponde, lógicamente, al trabajador afectado; la pasiva, al empresario pero, si la demanda versa sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores que no han resultado afectados por el despido colectivo y sobre las que el demandante cree tener preferencia, los trabajadores beneficiados por tales preferencias, también deberán ser demandados.

---

<sup>561</sup> FOLGUERA CRESPO, J.A., “La aplicación práctica...”, *op. cit.*, páginas 375 y siguientes.

## 11. El despido colectivo en el sector público

Las reestructuraciones del personal laboral llevadas a cabo en las Administraciones públicas, han sido objeto de numerosos estudios doctrinales -MARTÍN VALVERDE<sup>562</sup>, VARELA AUTRÁN<sup>563</sup>-, y objeto de una atención, siempre parcial, por distintas normas jurídicas centradas en la peculiaridad que supone la coincidencia de aspectos jurídicos - administrativos y laborales-, aspectos financieros y aspectos presupuestarios.

El estudio del despido colectivo en el sector público exige el respeto a la Constitución Española, especialmente a los arts. 9.3, que recoge los principios de legalidad, seguridad jurídica y de *“la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*; el 35, *“el deber de trabajar y el derecho al trabajo”*; el 40.1, *in fine*, *“De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.”*; y 103.1. *“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.”*

La legislación aplicable a esta materia ha tenido como hito fundamental la reforma del art. 135 de la Constitución Española<sup>564</sup> que trata de instaurar el principio de estabilidad presupuestaria vinculando a todas las Administraciones públicas, estatal y autonómicas.

A esta reforma viene a unirse la entrada en vigor de la LRJS el 11 de noviembre de 2011; la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, cuyas Disposiciones Adicionales, 2ª

---

<sup>562</sup> Véase MARTÍN VALVERDE, A., “Reestructuración laboral de las Administraciones y entidades públicas”, *Documentación laboral*, número 97, 2013, volumen I, páginas 75 a 101.

<sup>563</sup> VARELA AUTRÁN, B., “El despido objetivo en el sector público”, *Diario La Ley*, número 7945, 2012.

<sup>564</sup> Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, BOE de 27 de septiembre.

relativa a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, y 3ª sobre la aplicación en el Sector Público del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, redactan las Disposiciones adicionales vigésima y vigesimoprimera que se añaden al texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, *“por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades”*; el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, *“de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad”*; el RPDC, que contiene en su Título III 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 Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, *“por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”*, cuya Disposición adicional 3ª señala que las funciones decisorias atribuidas a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos no se extenderá a los convenios o acuerdos colectivos reguladores de las condiciones de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas pero si a *“las entidades públicas empresariales, a las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza”*; el 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”*, cuya Disposición adicional séptima, hoy anulada<sup>565</sup>, imponía a los entes, organismos y entidades integrados en el sector público estatal que no tengan la consideración de Administración Pública, la obligación de

---

<sup>565</sup> *“Se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la Disposición adicional séptima, por la Sentencia 61/2018, de 7 de junio de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3688-2013. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista respecto del 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. Límites de los decretos-leyes: nulidad de diversas disposiciones para cuya aprobación no se ha acreditado la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. Voto particular.”*

informar, con carácter previo al inicio de cualquier procedimiento de despido colectivo, a una comisión técnica integrada por representantes de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social, Economía y Competitividad y Hacienda y Administraciones Públicas. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público, en lo que al personal laboral se refiere, remite a las causas de extinción fijadas en la legislación laboral<sup>566</sup>. Señala ALFONSO MELLADO<sup>567</sup> *“En general no se contemplan medidas de extinción de la relación laboral de los funcionarios por causas similares a las de los arts. 51 y 52 c) ET. No parece lógico que todo el ajuste necesario en una Administración Pública se haga recaer sobre los laborales, sobre el personal laboral.”*

A esta dispersión legal se unían las dudas doctrinales y judiciales sobre la aplicación al sector público del procedimiento de despido colectivo y de la extinción por causas objetivas, dudas que se disiparon por completo con las disposiciones adicionales, actualmente decimosexta y decimoséptima, del TRLET de 2015, redactadas por la Ley 3/2012, disposiciones que se remiten a los arts. 51 y 52 del TRLET, así como por el Título III del RPDC, arts. 34 y siguientes.

Derogado el 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*<sup>568</sup>, que fijaba el ámbito subjetivo en el sector público, las dudas subsisten, no obstante, al tratar de determinar el régimen jurídico aplicable en cada caso por la diversidad de entes, organismos y entidades que pueden verse incluidos en su ámbito de aplicación. Para clarificar la situación es de gran utilidad la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015<sup>569</sup>, que recogiendo la doctrina del Tribunal

---

<sup>566</sup> El art. 93.4 del EBEP dispone: “El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral.”

<sup>567</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., “Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública”, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2013, página 42.

<sup>568</sup> El derogado 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*, en su art. 3 determinaba los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público.

<sup>569</sup> STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, que acude al art. 3 de Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Constitucional, y de la Ley General Presupuestaria, establece los criterios de aplicación, distinguiendo entre el “Sector público administrativo” y el “Sector público empresarial”.

El *Sector público administrativo* incluye la Administración General del Estado, sus organismos autónomos dependientes y ciertas entidades públicas, es decir según la sentencia citada, “entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas” regidas, por el Derecho administrativo cuando ejercen potestades administrativas, o regidas por sus normas de creación cuando ejercen el resto de sus actividades.

El *Sector público empresarial*, en el que se incluyen las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles estatales y demás organismos y entidades de derecho público, vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, así como los consorcios y los fondos sin personalidad jurídica no incluidos en el sector público administrativo<sup>570</sup>.

### **11.1. Causas**

Para los entes, organismos y entidades que sin ser Administración Pública, formen parte del sector público, se aplicarán las reglas generales, es decir, el Título I del RPDC.

Por el contrario, si los entes organismos y entidades tienen el carácter de Administración Pública, es necesario un mayor desarrollo, previsto en el Título III.

El análisis del procedimiento de despido colectivo en los entes organismos y entidades que tienen el carácter de Administración Pública, obliga a comenzar por el estudio de las causas, recogidas en el art. 35.1

---

<sup>570</sup> Cfr. con el art. 3 de la Ley General Presupuestaria y STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, FD NOVENO, 2.

del RPDC, que recoge las causas económicas, técnicas y organizativas, no haciendo mención de las causas productivas. Tanto la doctrina – ROQUETA BUJ<sup>571</sup>, RODRÍGUEZ ESCANCIANO<sup>572</sup>, entre otras-, como los Tribunales de justicia<sup>573</sup>, coinciden en excluir la aplicación de las causas productivas a los entes, organismos y entidades integrados en el sector público, dado que su finalidad no es colocar productos o servicios en el mercado.

En cuanto a la causa económica, la Disposición Adicional Decimosexta del TRLET, la asocia a una situación de “*insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente*”, entendiéndose que es persistente si tiene lugar durante tres trimestres consecutivos. Sin embargo, el art. 35.3 del RPDC se separa de este criterio –de norma “*ultra vires*” ha sido calificada en ocasiones<sup>574</sup>- al entender que existe “*insuficiencia presupuestaria*” cuando en el ejercicio presupuestario anterior, la administración pública en la que se integre el departamento hubiera presentado situación de déficit presupuestario, o que los créditos, transferencias o aportaciones patrimoniales se hayan minorado en un 5% en el ejercicio corriente o en un 7% en los dos ejercicios anteriores.

El desarrollo reglamentario de la Disposición Adicional Decimosexta del TRLET, llevado a cabo por el RPDC parece exceder, en lo que a la causa económica se refiere, de lo dispuesto en el TRLET al no recoger el carácter persistente de la insuficiencia presupuestaria, acudiendo a los criterios del déficit presupuestario o a la minoración de créditos, transferencias o aportaciones patrimoniales.

---

<sup>571</sup> ROQUETA BUJ, R., “Los despidos colectivos en el sector público: causas y procedimiento”, *Revista documentación laboral*, número 97, 2013, Vol. I, páginas 101-124.

<sup>572</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “*Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*”, Ed. Iustel, 1ª edición, Madrid, 2013.

<sup>573</sup> Así, la STSJ de Andalucía, sede Granada, de 13 de marzo de 2013, rec. 245/2013, en su FD CUARTO, dice: “*Aun cuando no ha sido puesto de manifiesto por ninguna de las partes, se debe partir, de que en Entidades Públicas, como la que nos ocupa, no puede concurrir la causa productiva, dado que el Ayuntamiento, no tiene la naturaleza de una empresa y menos privada, que tenga como fin colocar productos en el mercado. Efectivamente, el Ayuntamiento condenando, no es una entidad privada con ánimo de lucro, que produzca bienes y servicios compitiendo en el mercado (STS 29-09-2008 Rec. 55369).*”

<sup>574</sup> Así la STS de 19 de mayo de 2015.

En cuanto a la causa organizativa se han planteado en el ámbito público problemas interpretativos en lo que a la extinción de contratos del personal indefinido no fijo y de los contratos de interinidad, celebrados para cubrir una vacante, se refiere.

El Tribunal Supremo había venido sosteniendo que la extinción de los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo se producía, no solo al cubrirse la plaza como consecuencia del procedimiento selectivo correspondiente, sino, también, cuando se amortizaba la plaza vacante ocupada, hecho que actuaba directamente sobre el contrato sin necesidad de acudir a las normas del procedimiento de despido colectivo o del despido objetivo<sup>575</sup>.

Los argumentos, defendidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013, rec. 771/2013, consistían, básicamente, en el entendimiento de que la relación indefinida no fija estaba sometida a una condición resolutoria, la cobertura de la vacante, condición cuyo cumplimiento extingue el contrato por la denuncia del empleador, sin necesidad de acudir al despido colectivo u objetivo, bastando comunicar la causa y la decisión extintiva.

Del mismo modo, la jurisprudencia venía considerando, que la amortización del puesto de trabajo del trabajador con un contrato indefinido no fijo, producía la extinción del contrato de interinidad sin acudir a las normas del despido colectivo u objetivo.

Desde esta perspectiva se entendía que en el contrato de interinidad por vacante, la relación laboral dependía del mantenimiento de la plaza por lo que la amortización de ésta producía la extinción de aquélla.

Esta doctrina jurisprudencial cambia radicalmente a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014, rec. 217/2013,

---

<sup>575</sup> Así, las SSTs de 8 de junio de 2011, rec. 3409/2010; 22 de julio de 2013, rec.1380/2012; 23 de octubre de 2013, rec.408/2013; 13 de enero de 2014, rec. 430/2013; 25 de noviembre de 2013, rec. 771/2013.



como consecuencia de la entrada en vigor de la Disposición Adicional vigésima (hoy decimosexta del TRLET), que exige que se aplique lo prescrito en los artículos 51 y 52.c), mejorando así la directiva 98/59.

La Disposición Adicional, tras fijar la aplicación de los arts. 51 y 52.c) al personal de los *“entes, organismos o entidades que forman parte del sector público”*, señala que tendrá *“prioridad de permanencia el personal laboral fijo”*, con lo que está poniendo de manifiesto que la Disposición Adicional se aplica, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante. Podrán existir otras prioridades, ya sean legales -la de los representantes de los trabajadores-, ya sean convencionales -acordadas en periodo de consultas conforme al art. 51.5 del TRLET- señalando ALFONSO MELLADO<sup>576</sup>, de acuerdo con ROQUETA BUJ<sup>577</sup>, *“...se hace difícil admitir criterios de selección que no tengan en cuenta la regularidad en el acceso al empleo público y que no resulten arbitrarios al prescindir de ese elemento, pese a que, como se ve, la norma legal y el desarrollo reglamentario no lo establecen como criterio de aplicación absolutamente imperativo”*.

Su aplicación a los contratos indefinidos no fijos extinguidos por amortización, resulta del propio art. 51.1, penúltimo párrafo, que excluye del cómputo para determinar la aplicación del procedimiento de despido colectivo, a los contratos temporales de acuerdo con el art. 49.1.c), es decir, al excluir a los contratos temporales que se extingan a su vencimiento.

Las dudas en cuanto a la extinción de los contratos de interinidad por vacante producidas por la amortización de la plaza ocupada, se resuelven en la sentencia que señala que los contratos de interinidad deben ser entendidos como contratos temporales sujetos al cumplimiento del término pactado, que no es otro que la cobertura de la plaza ocupada por los procedimientos de cobertura correspondiente, lo que pone de

---

<sup>576</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., *“Despido, suspensión contractual...”*, op. cit., página 83.

<sup>577</sup> ROQUETA BUJ, R., *“La reestructuración de las plantillas laborales en las administraciones públicas: el Real Decreto-Ley 3/2012”*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2012, páginas 96 y 97.

manifiesto que se está en presencia de una obligación a plazo o a término, no ante una obligación condicional.

En las obligaciones a plazo, a diferencia de las condicionales, su eficacia no depende de un hecho futuro e incierto del que se ignora si efectivamente se producirá y cuándo; en las obligaciones a plazo no hay incertidumbre por cuanto el plazo llegará aunque pueda ignorarse cuándo, lo que produce la distinción clásica entre el plazo determinado, "*certus an et certus quando*", e indeterminado "*certus an et incertus quando*".

La certeza radica en que cuando la vacante, previo el correspondiente proceso de cobertura, se cubra efectivamente, esta cobertura supone el cumplimiento del término. Sin embargo, la amortización del puesto de trabajo cubierto, no puede suponer la extinción del contrato de interinidad de modo automático. La amortización de la plaza no extingue el contrato porque no es un contrato sujeto a condición resolutoria sino un contrato a término o plazo. Realmente no cabría la extinción aunque fuera condicional porque el cumplimiento de la condición dependería de una sola de las partes, del empleador<sup>578</sup>.

La amortización supone, en definitiva, la extinción de un contrato temporal (a plazo), antes de su vencimiento con lo que entra de lleno en el art. 51.1 penúltimo párrafo, produciendo un perjuicio al trabajador, lo que determina la aplicación de los arts. 51 y 52.c) del TRLET.

En relación a estas causas organizativas, desde otro punto de vista, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha acudido en varios pronunciamientos al fraude de ley. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2014, rec. 219/2013, declaró la nulidad de la extinción del contrato por apreciar que la causa alegada –la extinción de la personalidad jurídica–, no cabe en las administraciones públicas ya que,

---

<sup>578</sup> Resultaría contrario a lo dispuesto en los arts. 1.115 y 1.256 de CC.

a la extinción de un ente público, las funciones del organismo extinguido se transfieren o son asumidas por otro organismo. En parecido sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014, rec. 142/2013, que contempla el despido colectivo de todos los trabajadores, ante la pérdida de personalidad jurídica del ente actuante tratando de evitar, con ello, la subrogación de todos los trabajadores en el ente que le sustituya en sus competencias.

### **11.2. Procedimiento**

Los procedimientos de despido colectivo en los entes organismos y entidades, tengan el carácter de Administración Pública o no lo tengan, se incluyen dentro "*marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.*", art. 34.2 del RPDC, lo que supone que junto con la documentación exigida por el RPDC, deberá incluirse todo lo que venga exigido por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de *Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, en lo relativo a los mecanismos que prevé en la búsqueda de los objetivos de estabilidad.

Deberán observarse, además, cualesquiera otras exigencias que sean aplicables, según los casos, dentro de las relaciones inter orgánicas de la Administración, que no afectan al ámbito estrictamente laboral, así como lo dispuesto en las sucesivas Leyes de Presupuestos, que exigen para la suscripción de acuerdos o convenios que impliquen el aumento de coste de personal, la emisión de un informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda, siendo su falta motivo de nulidad.

El procedimiento de despido colectivo, como ocurre con las causas, nos obliga a distinguir entre los entes organismos y entidades que no son Administración Pública, a los que se les aplicarán las normas generales contenidas en el Título I del RPDC, y los entes organismos y entidades que son Administración Pública, a los que se les aplicarán las normas

contenidas en el Título III y, en lo no previsto en él, por el Título I, siempre que “no se oponga, contradiga o sea incompatible”<sup>579</sup>.

El art. 35 del RPDC recoge los umbrales en la misma forma en la que lo hace el art. 51 del TRLET combinando el factor numérico –número de trabajadores afectados-, con el temporal –en un periodo de noventa días-. No obstante, dado que el personal al servicio de la Administración Pública en el ámbito afectado por el despido colectivo permite distinguir entre el personal funcionario y el personal laboral contratado: solo éste será tenido en cuenta.

En cuanto al ámbito del procedimiento, se supera el problema que en la determinación del ámbito de aplicación (empresa-centro de trabajo) surge en el procedimiento general, dado que se establece como ámbito del procedimiento al Departamento ministerial, ente, organismo o entidad dependiente de la Administración General del Estado, o dependiente de la consejería u organismo vinculado dependiente en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

El procedimiento se inicia por escrito, comunicando la apertura del periodo de consultas, dirigido por el ente, organismo o entidad a los representantes legales de los trabajadores, a la Autoridad laboral y al órgano competente en materia de función pública, escrito al que se acompañará la documentación, común a todo procedimiento, y la que corresponda según la causa alegada<sup>580</sup>. No tiene lugar la comunicación de la intención prevista en el procedimiento general.

La documentación común comprenderá, además de la general del art. 3, una Memoria explicativa según los principios, medidas y mecanismos previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de *Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, así como los criterios de permanencia del personal laboral fijo que haya adquirido “esta

---

<sup>579</sup> Cfr. art. 34.4 del RPDC.

<sup>580</sup> Cfr. arts. 38, 39 y 40 del RPDC.

*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 establezca dicho ente, organismo o entidad pública.*"<sup>581</sup>.

Si el despido es por causas económicas, deberá acompañarse, además: la Memoria explicativa de las causas económicas que recojan el carácter sobrevenido y persistente de la insuficiencia presupuestaria; los presupuestos de los dos últimos ejercicios en los que conste el gasto de personal; certificación acreditativa de la insuficiencia presupuestaria emitida por el responsable de la oficina presupuestaria; la plantilla del personal laboral del organismo; el plan de reordenación de recursos humanos, si se ha tramitado; cualquier otro documento que justifique la medida.

En los despidos por causas técnicas u organizativas, se acompañará: la Memoria; la plantilla del personal laboral; el plan de reordenación de recursos humanos, si se ha tramitado; cualquier otro documento que justifique la medida.

El inicio del procedimiento se comunicará simultáneamente a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral, acompañada de la misma documentación, remitiendo información sobre la representación de los trabajadores y la comisión negociadora. Se comunicará, también, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad competente de las Comunidades Autónomas. Entre la documentación que debe acompañarse, el art.9 del RPDC impone un plan de recolocación externa con empresas de recolocación autorizadas - plan de recolocación externa que impone el art. 51 del TRLET si el despido colectivo afecta a más de cincuenta trabajadores-, que en el ámbito público, según el art. 45 del RPDC, se encomienda al Servicio Público de Empleo Estatal, si afecta a la Administración General del Estado o a sus

---

<sup>581</sup> Cfr. art. 41.1 del RPDC.

organismos o entidades dependientes, o a los Servicios Públicos de Empleo de la Comunidades Autónomas, en otro caso.

En cuanto al desarrollo del periodo de consultas, deberá versar sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos con la finalidad de llegar a un acuerdo entre el organismo y los trabajadores, para lo cual los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio de toda la documentación. En cuanto a las medidas sociales de acompañamiento, a las que se refiere el art. 44 del TRLET que se remite a lo dispuesto en el art. 8, serán las generales de posibilidad de recolocación, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones o inaplicación de convenio, no siempre podrán darse en el ámbito público. ALFONSO MELLADO<sup>582</sup> recoge, entre otras, el derecho a reingreso preferente en vacantes, la recolocación externa, acciones de formación y reciclaje, promoción del autoempleo o en empresas de economía social, compensación de los gastos ocasionados por movilidad geográfica, entre otras.

El periodo de consultas se rige por las reglas generales con la peculiaridad de que, a efectos de fijar la duración, se atenderá exclusivamente al número de trabajadores que tengan el carácter de personal laboral. ALFONSO MELLADO<sup>583</sup>, señala que el RPDC hace referencia, no a una simple consulta sino a “*un auténtico proceso de negociación*” que deberá respetar las reglas generales relativas a la buena fe.

---

<sup>582</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., “*Despido, suspensión contractual...*”, op. cit., página 75.

<sup>583</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., “*Despido, suspensión contractual...*”, op. cit., página 76.

## 12. Despido colectivo y concurso de acreedores<sup>584</sup>

El art. 2 de la Ley Concursal recoge el presupuesto objetivo, señalando que procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor, considerando en estado de insolvencia al que no pueda cumplir con regularidad sus obligaciones exigibles<sup>585</sup>.

El art. 57 del TRLET establece que en tal caso se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal, especialidades que, como señalan MARTÍN VALVERDE y GARCÍA MURCIA<sup>586</sup>, convierten el despido colectivo concursal en un modelo de despido colectivo judicializado. En el mismo sentido se han manifestado diferentes resoluciones judiciales, señalando la judicialización y -antes de la desaparición de la autorización por la autoridad laboral en la reforma de 2012- de una laboralización<sup>587</sup>.

De acuerdo con RIOS MESTRE<sup>588</sup>, puede afirmarse que, en el ámbito nacional, la intervención del juez del concurso se produce en dos órdenes jurisdiccionales, el concursal, de carácter civil (mercantil) y el laboral, aplicando simultáneamente normas concursales y laborales.

La competencia del juez del concurso en el ámbito territorial la determina el art. 10 de la Ley Concursal –bajo el epígrafe “*Competencia internacional y territorial*”–, en el que, circunscribiéndonos a la nacional, la atribuye al “*juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales*” atribuyendo competencia, si el domicilio del deudor no

---

<sup>584</sup> Se ha publicado el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, cuyo Título III. *De los efectos de la declaración de concurso*, Capítulo IV. *De los efectos sobre los contratos*, Sección 4ª *De los efectos sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos*, Subsección 1ª *De los efectos sobre los contratos de trabajo*, arts. 169 a 185, que articula el contenido del artículo 64 de la vigente Ley Concursal. El texto refundido que entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2020.

<sup>585</sup> Cfr. con el art. 2. “*Presupuesto objetivo. 1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.*”.

<sup>586</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., “*El despido colectivo. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012*”, Ed. Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2012, página 185

<sup>587</sup> Véase el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Cádiz de 22 de julio de 2011, rec. 220/2011.

<sup>588</sup> RIOS MESTRE, J.M., “*Despido colectivo y concurso de acreedores*”, Ed. Civitas, 1ª edición, Navarra, 2012, página 399.

coincide con el centro de sus intereses principales, al juez del lugar del domicilio permitiendo elegir al acreedor solicitante. Esta posibilidad, llamada “*fuero electivo*”<sup>589</sup>, se circunscribe por el Tribunal Supremo al concurso necesario<sup>590</sup>, es decir, al iniciado a instancia de un acreedor.

Continúa el art. 10 señalando que “*Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses*”. Si el deudor es persona jurídica, “*se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social*”, declarando ineficaz a efectos de competencia, el cambio de domicilio realizado en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso<sup>591</sup>. No obstante, la atribución de competencia al juez del domicilio social, admite prueba en contrario como reconoce la sentencia

---

<sup>589</sup> Véanse los AATS de 1 de marzo de 2007, rec. 168/2006, y 25 de mayo de 2010, rec. 200/2010, Sala Primera.

<sup>590</sup> Así, el ATS de 25 de mayo de 2010, rec. 200/2010, en su FD. «“*SEGUNDO. - Pues bien, discrepando del criterio manifestado por Ministerio Fiscal, la competencia territorial corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº Dos de Zaragoza por las razones que se exponen a continuación. Ante todo hay que decir, como ya se pronunció el Auto de esta Sala de fecha 1 de marzo de 2007, que la “competencia territorial”, para abrir un concurso principal, se regula en el artículo 10. 1 de la Ley Concursal 22 / 2003 de 9 de Julio, que determina que “la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales*”.

“*Pero además, junto a este fuero principal, el Art. 10. 1 establece un fuero electivo al añadir a la regla general de competencia territorial que “ Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquel.”. Dicho supuesto es el que concurre en el caso que nos ocupa, sin embargo la cuestión discutida radica en dilucidar si dicho fuero electivo constituye una potestad otorgada al acreedor exclusivamente, y en consecuencia solo ejercitable en el supuesto del concurso necesario, o si dicha facultad también puede ser atribuible al deudor en el supuesto del concurso voluntario, al no existir acreedor instante del concurso. Tras un estudio pormenorizado y sistemático de las normas reguladoras de la competencia territorial en materia concursal, puede concluirse que el espíritu y finalidad de la norma competencial es el de facilitar a acreedores, en general a terceros, el conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial de concurso del deudor, de manera que dicha facilidad será garantizada si el concurso se tramita en el partido judicial correspondiente al lugar en el que radique el centro de los intereses principales del deudor, en éste supuesto el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza, ya que en otro caso, y admitiendo la aplicación analógica de la norma competencial al supuesto del concurso voluntario, de manera que éste pudiera optar por el lugar de su domicilio cuando éste fuera diferente al del centro de sus intereses principales, supondría que el procedimiento concursal se tramitara en lugar que pudiera ser no conocido por acreedores, en la medida en que en dicho lugar no se han centrado las operaciones mercantiles, comerciales o de otro orden entre el deudor y terceros, cuando lo que se pretende a través del conjunto de la legislación concursal es facilitar el conocimiento y acceso de acreedores al procedimiento judicial, a los efectos de garantizar la efectividad de sus créditos frente a la masa concursal.”»*

<sup>591</sup> Cfr. con el art. 10 de la Ley Concursal.



del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea<sup>592</sup>, por lo que habrá de estarse al caso concreto.

Si el centro de intereses principales no está en España, pero tiene un establecimiento en territorio español, será competente el juez en cuyo territorio radique, y de ser varios, el que elija el solicitante, entendiendo por establecimiento, el *“lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes”*<sup>593</sup>.

Por lo demás, la intervención del juez del concurso en materia laboral se produce una vez el concurso está declarado<sup>594</sup>, siendo competente, a partir de ese momento, para conocer de la extinción colectiva. Sin embargo, el art. 64 de la Ley Concursal<sup>595</sup> matiza una serie de supuestos en materia de competencia previendo una serie de escenarios.

Los procedimientos de despido colectivo iniciados después de la declaración de concurso se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas previstas en la Ley Concursal.

Si al tiempo de la declaración de concurso el procedimiento de despido colectivo está en tramitación, la autoridad laboral remitirá al juez

---

<sup>592</sup> Así la STJCE, de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, en su primera declaración, *“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: 1) Cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro diferente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el artículo 3, apartado 1, segunda frase, del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, según la cual el centro de los intereses principales de dicha filial se encuentra en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Este podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el citado Reglamento.”*.

<sup>593</sup> Cfr. con el art. 10.3 de la LC, párrafo segundo.

<sup>594</sup> Ley Concursal, art. 64, *“Contratos de trabajo. 1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo...”*, art. 169 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en adelante TRLC..

<sup>595</sup> Art. 170 TRLC.

del concurso todo lo actuado, debiendo el letrado de la administración de justicia, en el plazo de tres días, citar a una comparecencia al administrador concursal, a la autoridad laboral y a los trabajadores, en la persona de sus representantes legales, para justificar la conveniencia de continuar la tramitación del despido colectivo, conservando su validez las actuaciones practicadas. La Ley Concursal debería acomodarse en esta materia, a la reforma laboral llevada a cabo en el año 2012, con lo que se daría entrada a que esas actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo (a que se refiere el art. 64), sean las realizadas en el procedimiento desarrollado por el empresario y los representantes de los trabajadores (consecuencia de la pérdida del carácter de expediente administrativo del procedimiento de despido colectivo).

Si al tiempo de la declaración de concurso el empresario hubiera comunicado su decisión a la autoridad laboral, la ejecución de las medidas corresponderá a la administración concursal, comunicando en todo caso a la autoridad laboral la declaración de concurso.

Si la declaración de concurso es anterior a la comunicación empresarial de la decisión sobre el despido colectivo -prevista en el art. 12 del RPDC-, la autoridad laboral archivará las actuaciones y dará traslado al juez del concurso<sup>596</sup>.

El art. 64<sup>597</sup> de la Ley Concursal prevé que la iniciativa del procedimiento de despido colectivo, podrá corresponder al administrador concursal, al deudor o a los trabajadores a través de sus representantes, pudiendo solicitar el despido colectivo al juez del concurso. En cuanto a los trabajadores, la posibilidad de instar el procedimiento de despido colectivo ha desaparecido del art. 51 del TRLET en la reforma de 2012, manteniéndolo el art. 64 para el procedimiento concursal.

---

<sup>596</sup> *Cfr.* con los arts. 29 del RPDC y 64 de la LC.

<sup>597</sup> Art. 171 TRLC.

La adopción de las medidas en materia laboral podrá solicitarse al juez del concurso una vez que la administración concursal haya emitido, en el plazo de dos meses desde su aceptación -plazo prorrogable por el juez-, el informe que contendrá el análisis de los datos y circunstancias contenidos en la memoria presentada inicialmente, el estado de la contabilidad y la memoria de las decisiones y actuaciones más importantes de la administración concursal<sup>598</sup>. No obstante, si el retraso en la aplicación de las medidas colectivas interesadas pudiera *“comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso”*<sup>599</sup>.

### **12.1. Fase inicial**

La legitimación para iniciar el procedimiento de despido colectivo extraconcursal corresponde exclusivamente al empresario<sup>600</sup>. Sin embargo, en el ámbito concursal la legitimación para instar la extinción colectiva corresponde, como acaba de verse, y según el art. 64.2 de la Ley Concursal, a *“La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales”*<sup>601</sup>.

De los tres sujetos legitimados para solicitar la extinción colectiva, la legitimación del administrador concursal es la lógica consecuencia de las facultades que le atribuye la ley Concursal -básicamente en su art. 33.1.c)-. En cuanto al empresario, la Ley Concursal distingue entre el empresario al que simplemente se le han intervenido las facultades de administración y disposición y aquél que es sustituido en sus facultades de administración y disposición por la administración concursal (art. 40.1

---

<sup>598</sup> Informe de la administración concursal recogido en los arts. 74 y 75 de la LC., arts. 289 y siguientes TRLC.

<sup>599</sup> Art. 64.4 LC., art. 173 TRLC, que suprime la referencia a la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

<sup>600</sup> Cfr. con el art. 51 del TRLET, modificado en 2012 desapareciendo la legitimación de los trabajadores.

<sup>601</sup> Art. 171 TRLC.

y 2 de la LC<sup>602</sup>), pero, al no distinguir en materia de legitimación entre una y otra posibilidad, habrá que entender con DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO que le corresponde en ambos casos<sup>603</sup>. Por último, en lo que a la legitimación de los representantes de los trabajadores se refiere, el art. 64 de la Ley Concursal se remite al art. 41.4 del TRLET -asumido para el despido colectivo por vía de repetición y remisión por el art. 51 del TRLET-. No obstante, si los trabajadores no designan representantes dentro de los plazos fijados, *“el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.”*, según el art. 64.2, *in fine*, de la Ley Concursal. No prevé esta ley lo recogido en el art. 41.4, párrafo tercero, letra a) del TRLET que, para mantener el equilibrio de fuerzas en el caso de que los miembros de la comisión hayan sido designados por los sindicatos, permite al empresario atribuir su representación a la organización empresarial a la que pertenezca. Esta diferencia parece que queda justificada por la intervención judicial y su labor de salvaguarda en todo el procedimiento.

En todo caso, es de destacar que la situación de los tres legitimados para solicitar la extinción colectiva –deudor, administrador concursal y representantes de los trabajadores- es diferente por cuanto los tres están legitimados para instar el procedimiento de despido colectivo pero, como más tarde se verá, el concursado carece de legitimación para negociar<sup>604</sup>.

La extinción colectiva de los contratos de trabajo podrá solicitarse una vez que la administración concursal haya emitido el informe<sup>605</sup> que contenga el análisis de datos, el estado de la contabilidad y la memoria de actuaciones de la administración concursal, no siendo necesaria la

---

<sup>602</sup> Art. 106 y siguientes TRLC.

<sup>603</sup> DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N.A., *“Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas”*, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2007, páginas 155 y 156.

<sup>604</sup> Véase el Auto 175/2009, de 20 de marzo de 2009, concurso ordinario 394/2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao.

<sup>605</sup> Informe previsto en los arts. 74 y 75 LC, arts. 289 y siguientes TRLC.

emisión previa de dicho informe si se estima que el retraso en la adopción de la medida pretendida *“puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores”*, en cuyo caso la solicitud podrá realizarse en cualquier momento procesal. Aparecen aquí los aspectos de tinte finalista desaparecidos con carácter general en el despido colectivo tras la reforma de 2012. Aparece también la conexión de funcionalidad al conectarlo con la viabilidad de la empresa, conexión sustituida hoy, en el procedimiento extraconcursal, por la llamada conexión de racionalidad.

Ese carácter finalista se mantiene (art. 64.4 y 5) en cuanto determina que la solicitud debe precisar las causas y los objetivos, con la finalidad de asegurar la viabilidad de la empresa y del empleo<sup>606</sup>, y si afecta a más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse de un plan que contemple la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

Como en el procedimiento de despido colectivo general se acompañará la documentación acreditativa de las causas alegadas, para lo que la administración concursal podrá solicitar la colaboración del empresario o el auxilio judicial, para comprobar la documentación justificativa de la solicitud.

## **12.2. Fase de negociación**

El juez del concurso una vez recibida la solicitud con la documentación que la acompaña, convocará a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores pudiendo autorizar la participación del concursado.

La administración concursal y los representantes de los trabajadores podrán solicitar la participación, en el periodo de consultas, de personas físicas o jurídicas que puedan constituir una unidad con la

---

<sup>606</sup> El art. 173 TRLC, suprime la referencia a la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

concurzada, lo que, de acuerdo con SÁEZ LARA<sup>607</sup>, remite a los grupos de empresa y a la posibilidad de traerlos al procedimiento.

Si la solicitud de extinción colectiva la realiza la administración concursal o el concursado, deberá entregarse a los representantes de los trabajadores la copia de la solicitud y de los documentos que la acompañan.

No obstante, el art. 64.5, *in fine*<sup>608</sup>, recoge -de forma semejante a lo dispuesto en el art. 51.2, párrafo décimo del TRLET-, la posibilidad de que, a instancia de la administración concursal y de los representantes de los trabajadores, el juez del concurso pueda acordar sustituir el periodo de consultas por un procedimiento de mediación y arbitraje. Dicho procedimiento se desarrollará en el plazo máximo fijado para el periodo de consultas, lo que en muchas ocasiones, si tarda en acordarse la sustitución, puede hacerlo inviable, salvo ampliación por mutuo acuerdo de dicho periodo.

La Ley Concursal impone durante el periodo de consultas las mismas obligaciones que impone el art. 51.2 del TRLET, a saber, la obligación de negociar y la de hacerlo de buena fe, con la finalidad de alcanzar un acuerdo. Dicho acuerdo exigirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o de los miembros de la comisión que representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados.

Al término del periodo de consultas (art. 7 del RPDC), o antes si se consigue llegar a un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del periodo de consultas. Esa comunicación parece que deberá ser conjunta.

---

<sup>607</sup> SÁEZ LARA, C., "Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal", Relaciones Laborales, número 7, 2012, página 15.

<sup>608</sup> Art. 176.2 TRLC.

El propio art. 64.6 recoge en su párrafo tercero, la posibilidad de que el acuerdo alcanzado por el administrador concursal y los representantes de los trabajadores pueda acompañar a la solicitud, debidamente firmado, en cuyo caso no será necesario proceder a la apertura del periodo de consultas, cuya finalidad ya ha sido cumplida en el acuerdo suscrito.

En numerosas ocasiones se ha planteado la posibilidad de que en empresas pequeñas el acuerdo sea suscrito por el administrador concursal y por todos los trabajadores de la empresa. Esta posibilidad ha sido admitida en algunas resoluciones judiciales, especialmente en empresas pequeñas, en las que partiendo de la inexistencia de delegado sindical, se ha salvado el acuerdo empresario-trabajadores entendiéndose que, o bien en la empresa no hay representante unitario -delegado de personal-, o bien que habiéndolo, dado que la empresa tenía 22 trabajadores y el acuerdo estaba firmado por todos, el delegado de personal sería necesariamente uno de los firmantes, ello sin perjuicio de que hubiera podido nombrarse una comisión *ad hoc*, nombramiento que, la firma del acuerdo por todos los trabajadores de la empresa, hace innecesario<sup>609</sup>.

En cuanto a los sujetos negociadores la Ley Concursal legitima al administrador concursal y a los representantes de los trabajadores para alcanzar un acuerdo. Así resulta: para el administrador concursal de su art. 33.1.c); y, en cuanto a los representantes de los trabajadores, de su art. 64, artículo que se remite al art. 41.4 del TRLET, con la distinción que éste realiza entre, secciones sindicales, representantes unitarios y comisiones *ad hoc*, siendo igualmente aplicable en el ámbito concursal el número máximo de trece miembros y la existencia de una comisión única.

En lo que a la participación del deudor se refiere, el art. 64.5 de la Ley Concursal señala que el juez convocará al deudor, al administrador

---

<sup>609</sup> Es muy interesante el antes mencionado Auto 175/2009, de 20 de marzo de 2009, concurso ordinario 394/2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao.

concurzal y a los representantes de los trabajadores pero en caso de *“intervención de las facultades de administración y disposición del deudor el juez podrá autorizar la participación del concursado en el periodo de consultas”*. Del tenor literal del artículo 64.5 resulta que la legitimación para negociar no corresponderá al deudor salvo autorización expresa del juez, dado que, conforme al art. 40 de la Ley Cambiaria: si el concurso es voluntario, las facultades de administración y disposición quedan sometidas *“a la intervención de los administradores concursales”*; si el concurso es necesario, *“se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición”*.

En el desarrollo del periodo de consultas serán aplicables los derechos y las obligaciones de la negociación colectiva. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 3 de marzo de 2011, en los asuntos acumulados C-235/10 a 239/10, establece la aplicación al concurso de acreedores los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 98/59<sup>610</sup>, añadiendo que las obligaciones impuestas en sus arts. 2 y 3 son también de aplicación debiendo ser cumplidas por la dirección del establecimiento –aunque tenga los poderes limitados- o por el administrador concursal si ha asumido la gestión del establecimiento por completo.

De todo lo expuesto resulta que el periodo de consultas se registrará por las normas de la Ley Concursal y del TRLET, es decir, deberán negociar de buena fe mediante el intercambio de propuestas, siendo contraria a dicha buena fe, que la empresa acuda a la negociación con planteamientos inamovibles. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada en el ámbito del concurso de acreedores, porque en numerosas ocasiones, la situación crítica en la que se encuentre la empresa dejará reducido a la mínima expresión el margen de maniobra durante la negociación.

---

<sup>610</sup> Arts. de la Directiva 98/59 relativos a las *“Definiciones y ámbito de aplicación”*; *“Información y consulta”*; y *“Procedimiento de despido colectivo”*.



El plazo de duración del periodo es el general, quince o treinta días según la empresa tenga menos o más de cincuenta trabajadores, plazo ampliable de común acuerdo e igualmente amortizable o reducible por mutuo acuerdo.

Una vez recibida la comunicación del acuerdo, el letrado de la administración de justicia recabará informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo, informe que deberá emitirse en quince días, previa audiencia del administrador concursal y de los representantes de los trabajadores, caso de estimarlo necesario.

Recibido el informe, o si este no es recibido en plazo, el juez adoptará la correspondiente resolución.

### **12.3. Resolución judicial**

Realizados todos los trámites, el juez dictará auto en el plazo máximo de cinco días resolviendo sobre las medidas propuestas, distinguiéndose según haya habido acuerdo, o no.

Si el administrador concursal y los representantes de los trabajadores han llegado a un acuerdo durante el periodo de consultas, el auto aceptará las medidas acordadas salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de las mismas. De ello se deduce que no podrá valorar la conveniencia o no del acuerdo ni del contenido, básicamente económico o material, acordado.

Si no se hubiere alcanzado acuerdo, previa convocatoria del letrado de la administración de justicia, se dará audiencia a los intervinientes en el periodo de consultas que podrán formular alegaciones y aportar documentos, comparecencia sustituible por un trámite para formular alegaciones por escrito.

En todo caso, el juez determinará lo procedente según la legislación laboral, a la vista del acuerdo si este se ha producido o, a la vista de las circunstancias, en defecto de acuerdo.

Si el auto acuerda la extinción, ésta surtirá efectos desde que se dicte, salvo que en él se prevea otra fecha posterior, produciéndose los mismos efectos extintivos del art. 51 del TRLET. No obstante, el art. 64.7<sup>611</sup>, párrafo primero, contiene, como se dijo, un criterio más restrictivo que el establecido en el art. 51, al permitir este último, a diferencia del primero, valorar las causas y los posibles defectos en la tramitación. En este punto se separan el despido colectivo extraconcursal y concursal. En el extraconcursal no existe la presunción, en caso de acuerdo, de la concurrencia de las causas; en el concursal se sigue - art. 64 de la Ley Concursal-, el mismo criterio recogido en los arts. 41.4 y 47 del TRLET -relativos a la modificación sustancial y a la suspensión o reducción de jornada, respectivamente- en cuanto en caso de acuerdo presume la concurrencia de las causas y solo prevé la impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, excluyendo, por tanto, el análisis de las causas justificativas.

A pesar de la redacción del art. 64, parece lógico que el control judicial se extienda también, en todo caso, al control de la legalidad de las cláusulas del acuerdo, a la legitimación de los suscriptores, etc.

El auto que acuerde la extinción "*surtirá efectos desde la fecha en la que se dicte*" permitiéndose fijar una fecha posterior. Así, en diversas resoluciones judiciales se fijan fechas diferentes para llevar a cabo un cierre ordenado<sup>612</sup>.

El auto tiene plena ejecutividad no siendo necesaria actuación alguna de la administración concursal, acordando la extinción de los contratos y poniendo a los trabajadores en situación legal de desempleo.

---

<sup>611</sup> Art. 180 TRLC.

<sup>612</sup> En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Cádiz de 31 de julio de 2007.

El auto fijará las indemnizaciones de los trabajadores o las bases necesarias para fijarlas.

Una vez que el auto gana firmeza, y sin perjuicio del recurso de suplicación, produce efectos de cosa juzgada. Por ello, no pueden plantearse ante la jurisdicción social cuestiones que pudieron ser suscitadas ante el juzgado de lo mercantil en el periodo de consultas, al ser en el seno del concurso en el que debieron plantearse cualesquiera cuestiones y, de no haberse acordado sobre ellas, ser recurridas por vía del recurso de suplicación a través del cual vuelven al orden social<sup>613</sup>.

## **12.4. Cuestiones finales**

### **12.4.1. Fondo de Garantía Salarial**

En los procedimientos concursales en los que existan créditos laborales, o se presuma que existirán, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial como requisito imprescindible para que asuma responsabilidades.

El Fondo de Garantía Salarial, como responsable legal subsidiario, se personará en el procedimiento instando lo que a su derecho convenga.

A efectos de abono será necesario que los créditos de los trabajadores estén en la lista de acreedores o reconocidos como deudas de la masa. En estos casos, el cálculo de la indemnización se realizará sobre la base de veinte días de salario por año de servicio con el máximo

---

<sup>613</sup> Véanse las SSTSSJJ de Valencia de 1 de octubre de 2013, de Galicia de 17 de noviembre de 2014, rec. 3108/2014 y especialmente la de Andalucía de 12 de septiembre de 2013 (GR), rec. 1204/2013, al señalar "se trata de una cuestión jurídica antecedente en lógica de la competencia propia del suborden de lo mercantil para resolver el ERE concursal, a efectos prejudiciales que es competencia del juez del concurso en la instancia y que recobra el orden social en vía de recurso ex artículo 9 de la LC EDL 2003/29207 y 4 de la LRJS, siendo por ello que esta cuestión se podía haber planteado en el periodo de consultas del ERE concursal conforme a lo previsto en el artículo 64.5 de la LC EDL 2003/29207, y de no haberse acordado podía haber sido recurrida en suplicación conforme a lo previsto en el artículo 64.8 párrafo primero de la LC. EDL 2003/29207."

de una anualidad, sin que el salario diario en base al cual se realiza el cálculo pueda superar el doble del salario mínimo interprofesional, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Si la solicitud se refiere a la parte no satisfecha por el empresario, el límite que asume el Fondo de Garantía Salarial se reduce en la cantidad ya recibida por los trabajadores.

El Fondo de Garantía Salarial se subroga por el pago en los derechos y obligaciones de los trabajadores para reembolsarse de las cantidades satisfechas conservando el crédito su carácter privilegiado.

#### **12.4.2. Recursos**

La regulación de los recursos contra el auto dictado por el juez mercantil nos obliga a distinguir dos esferas, colectiva e individual. La colectiva será recurrible en suplicación; la individual, lo será ante el juez de lo mercantil por vía incidente laboral, cuya resolución será recurrible por vía recurso de suplicación.

El auto dictado por el juez del concurso, por el que se resuelva el incidente concursal laboral acordando la extinción colectiva de los contratos de trabajo, podrá ser impugnado por la administración concursal, por el concursado, por los representantes de los trabajadores y por el Fondo de Garantía Salarial, a través del recurso de suplicación y de cualesquiera otros previstos en el LRJS<sup>614</sup>, recursos que no suspenderán la tramitación del concurso ni de sus incidentes.

La legitimación de los trabajadores no plantea problema en el caso de que hayan actuado por medio de las secciones sindicales o por medio de los representantes unitarios. Podría ser dudosa la legitimación si la representación la ha ostentado una comisión *ad hoc*. Actualmente la

---

<sup>614</sup> Arts. 64.8 y 197.8 de la LC. Como tales recursos, el de revisión, el de queja, casación para la unificación de doctrina, art. 183 y 544 y siguientes del TRLC.

opinión generalizada es que a ella corresponderá la legitimación, que en ningún caso corresponderá a los trabajadores individualmente, dado que no participan en la tramitación del procedimiento.

Igualmente, los trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial podrán ejercitar en el plazo de *“un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso”* las acciones referidas a la relación jurídica individual, tramitándose por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación<sup>615</sup>.

Normalmente las acciones relativas a la relación jurídica individual se referirán a aspectos singulares, tales como el salario, la antigüedad, el montante de la indemnización, etc.

---

<sup>615</sup> Cfr. con el art. 64.8 de la LC.

## **CAPÍTULO III. FASE FINAL DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: FASE INDIVIDUAL**

### **1. Fase final**

La expresión, fase final, hace referencia a todos los pasos que el empresario debe realizar para culminar con éxito el procedimiento de despido colectivo y, en consecuencia, ejecutar las medidas extintivas adoptadas, por acuerdo con los representantes de los trabajadores o, unilateralmente por él, a falta de acuerdo.

Todo el procedimiento de despido colectivo se basa en la garantía que supone la comunicación de cada uno de los pasos de que aquél se compone. Es por ello por lo que los arts. 51.2 del TRLET y 12 del RPDC, recogen los requisitos necesarios para finalizar válidamente el procedimiento de despido colectivo una vez terminado el período de consultas, obligando al empresario, en esta fase final, a realizar en el plazo de quince días desde la última reunión, los actos de comunicación, cuya falta o retraso determina la caducidad del procedimiento, impidiendo las notificaciones individuales de las medidas adoptadas.

La limitada actuación, que la nueva regulación atribuye a la autoridad laboral, da gran importancia a los aspectos procedimentales, de modo que la decisión empresarial y ulterior comunicación, deben cumplir con todos los requisitos legales para salvaguardar la seguridad jurídica. La falta de alguno de ellos –entre otros, la falta de las debidas

comunicaciones- permitirá la impugnación del despido colectivo<sup>616</sup> - manifestación del derecho a tutela efectiva-.

La comunicación deberá actualizar, como señala el art. 12 del RPDC, toda la documentación que acompañó a la del inicio del período de consultas (la de su art. 3), así como la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento –acordadas u ofrecidas por la empresa- y el plan de recolocación en empresas obligadas a realizarlo. No obstante, el Tribunal Supremo<sup>617</sup> señala que no es necesario que la comunicación actualice las causas de despido cuando estas han permanecido inalteradas durante todo el periodo de consultas.

Los artículos mencionados -51.2 del TRLET y 12 del RPDC-, imponen al empresario, en esta fase final, dos comunicaciones: la comunicación a la autoridad laboral y la comunicación a los representantes de los trabajadores.

La comunicación a la autoridad laboral. Se impone al empresario el deber de comunicar a la autoridad laboral el resultado del período de consultas, trasladándole copia íntegra de los acuerdos, caso de haberse adoptado, o remitiendo *“a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.”*

---

<sup>616</sup> AZAGRA SOLANO, M., “Despido colectivo: comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores”, *Aranzadi Doctrinal*, número 1/2014 Parte Estudios, Cizur Menor, 2014, *“De este modo, con independencia de que el período de consultas haya concluido con o sin acuerdo, el empresario deberá comunicar su decisión a los representantes legales de los trabajadores (y a la autoridad laboral) pues el despido, bien individual, bien colectivo, como exteriorización que es de una decisión unilateral del empresario, tiene carácter recepticio y es constitutivo para quien lo recibe por lo que la notificación del mismo resulta ineludible.”*

<sup>617</sup> Véase la STS de 25 de enero de 2018, rec. 176/2017.

La empresa debe remitir también a la autoridad laboral las actas de las reuniones que hayan tenido lugar durante el período de consultas, firmadas por los asistentes.

La obligación de comunicar la decisión a la autoridad laboral es perfectamente lógica y tiene pleno sentido después de la reforma de 2012, al haber perdido el procedimiento de despido colectivo el carácter de procedimiento administrativo y al no exigirse, en consecuencia, la autorización administrativa del mismo.

La autoridad laboral, por su parte, dará traslado de la decisión empresarial *"a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 [cuando el procedimiento que afecte a trabajadores de 55 o más años de edad] del Estatuto de los Trabajadores, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación."*, conforme al art. 12.5 del RPDC.

La comunicación a los representantes de los trabajadores plantea varias cuestiones.

La primera de ellas es determinar a quién debe hacerse la comunicación. El art. 51.2 TRLET, no señala si debe hacerse a los que formaron parte de la comisión negociadora durante el período de consultas, o si debe hacerse a todos los representantes legales de los trabajadores (a los que han participado como interlocutores en la negociación y a los que no). De acuerdo con AZAGRA SOLANO<sup>618</sup>, y parece el criterio más seguro, la comunicación deberá hacerse a todos los representantes de los trabajadores hayan formado parte o no de la comisión negociadora, basándose para ello en el art. 124.1 de la LRJS, que al recoger la impugnación por los representantes legales de los

---

<sup>618</sup> AZAGRA SOLANO, M., "Despido colectivo: comunicación...", *op. cit.*.



trabajadores, no establece distinción en cuanto a la legitimación para recurrir.

La segunda cuestión que se plantea es la relativa a la obligación de comunicar a los representantes de los trabajadores la decisión sobre el despido colectivo –impuesta en los artículos 51.2 del TRLET y 12 del RPDC–, lo que nos obliga a distinguir según haya o no acuerdo.

Si hay acuerdo, aunque la comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores que han intervenido en su adopción parece innecesaria, lo cierto es que, a la vista de la expresión del RPDC –“*en todo caso*”–, la opinión mayoritaria abogaba por su necesidad. La comunicación en este caso sería, no obstante, muy simple bastando comunicar qué medidas han sido adoptadas.

Sin embargo, la necesidad de comunicación en este caso debe entenderse superada. En efecto, la exigencia de comunicación a los representantes de los trabajadores, existiendo acuerdo, carece de sentido y parece contradecir lo dispuesto en el preámbulo del RPDC, que establece como una de sus finalidades, dar celeridad al procedimiento. Señala el preámbulo que el periodo de consultas se entiende celebrado “*cuando se alcanza un acuerdo entre las partes*”, añadiendo que, a falta de acuerdo, “*la finalización del procedimiento se produce mediante la comunicación empresarial tras la celebración del periodo de consultas*”. Es decir, el RPDC, art. 12.1, *in fine*, prevé dos formas de conclusión del periodo de consultas: por acuerdo entre las partes; y, en su defecto, por la comunicación de la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

Si no hay acuerdo, la expresión “*en todo caso*” que utiliza el art. 12 del RPDC, se refiere a la necesidad de comunicación cuando, a falta de acuerdo, el empresario decide llevar a cabo el despido colectivo, razón por la que se le exige la actualización de datos, que sería innecesaria en

caso de acuerdo. El propio art. 12 del RPDC, al decir, “*La comunicación que proceda*”, está contemplando la distinción: en caso de acuerdo, a la autoridad laboral; a falta del mismo, a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores. La notificación a los representantes de los trabajadores, solo es exigible cuando no haya acuerdo, porque solo en este caso la representación de los trabajadores deberá conocer el alcance de la medida extintiva adoptada, siendo innecesario cuando el alcance de la medida está recogido en el acuerdo suscrito.

En el mismo sentido, el art. 124.6 de la LRJS, al iniciar el cómputo desde “*la fecha del acuerdo*” o desde la fecha “*de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial*”, diferencia claramente según haya o no acuerdo limitando, por tanto, la obligación de notificarlo a los representantes de los trabajadores, a los supuestos de conclusión del periodo de consultas sin acuerdo.

Esta interpretación ha sido recientemente avalada por el Tribunal Supremo, que limita la necesidad de comunicación a los representantes de los trabajadores a la conclusión del periodo de consultas sin acuerdo, comunicación a la que se le atribuye la virtualidad de poner fin al periodo de consultas<sup>619</sup>. A falta de acuerdo, la comunicación que debe hacer la empresa a la representación de los trabajadores, tiene pleno sentido siendo una comunicación más compleja.

La decisión que adopte la empresa debe ajustarse en gran medida a su comunicación inicial y, hasta cierto punto, al contenido de las consultas mantenidas con los representantes de los trabajadores, lógica consecuencia de una negociación mantenida de buena fe con la finalidad

---

<sup>619</sup> Véase el FD DÉCIMO NOVENO de la STS de 13 de mayo de 2019, rcud. 246/2018, “*Es por ello por lo que, por las razones antes apuntadas, debemos concluir ahora que en los despidos colectivos que finalizan con acuerdo no es exigible la comunicación de la decisión del empresario de despedir colectivamente, que está reservada para los procedimientos de despidos colectivos que concluyen sin acuerdo y el empresario ha decidido adoptarlo.*”

de “evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias” (art. 2.2 Directiva 98/59).

A falta de acuerdo, la decisión final del empresario está ligada a las propuestas realizadas en la comunicación inicial, no a las que hayan podido intercambiarse en el periodo de consultas; queda ligada a los aspectos previstos en la comunicación individual, actualizando “los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1”, según el art. 12.1 del RPDC.

A falta de acuerdo, esa actualización no podrá alcanzar más que al número de despidos, al periodo para llevarlos a efecto y a los criterios de selección. No cabe actualización de las causas dado que éstas deberán existir desde el momento inicial, debiendo existir, como pone de manifiesto MERCADER UGUINA<sup>620</sup>, congruencia entre la propuesta inicial y la decisión adoptada.

ALCAZAR ORTIZ<sup>621</sup>, adopta un criterio más amplio y entiende que el art. 12.1 del RPDC permite que tras el periodo de consultas haya un cierto margen para que el empresario cambie su propuesta.

La importancia de la comunicación a los representantes de los trabajadores –en caso de falta de acuerdo–, radica en que es presupuesto necesario para poder comunicar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, tal como resulta del art. 51.4 TRLET al decir, “Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes legales de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente”, comunicación en cuya exigencia insisten los arts. 12 y 14 del RPDC. La comunicación es, por tanto, un presupuesto previo e ineludible, es un auténtico requisito constitutivo del despido.

---

<sup>620</sup> Véase MERCADER UGUINA, J.R., “Los procedimientos de...”, *op. cit.*, páginas 168 y 169.

<sup>621</sup> Véase ALCAZAR ORTIZ, S., “Los procedimientos de...”, *op. cit.*, páginas 254 y 255.

La comunicación es imprescindible, como se acaba de ver, para la impugnación judicial del despido colectivo planteada por la representación de los trabajadores porque, a falta de acuerdo, la fecha de la comunicación inicia el plazo de caducidad de la acción de despido colectivo, tal como resulta del art. 124.6 de la LRJS<sup>622</sup>. Determina, también, el plazo –veinte días desde que caducó el concedido a los representantes de los trabajadores-, para que el empresario pueda interponer demanda –la llamada de “*de jactancia*”- “*con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva*”<sup>623</sup>.”

Todo ello pone de manifiesto que, desde el punto de vista procesal, la trascendencia de la comunicación es indudable al ser determinante del inicio del plazo para ejercer las acciones y, por tanto, del plazo para la caducidad de éstas. Por tanto, la comunicación a los representantes de los trabajadores es un presupuesto de validez del procedimiento, un requisito esencial que no puede suplirse por vías indirectas.

En cuanto a las consecuencias de su falta existen, en nuestros tribunales de justicia, diferencias de entendimiento. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre de 2012, rec. 45/2012, es interesante en cuanto, por un lado mantiene en su fallo el criterio formalista al señalar que la comunicación debe materializarse en una manifestación de voluntad del empresario inequívocamente extintiva, a la que no puede equipararse la entrega del acta final del periodo de consultas cerrado sin acuerdo, máxime cuando el art. 124 LRJS, considera el día de la comunicación como el día inicial del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido colectivo. Argumenta que,

---

<sup>622</sup> Art. 124 de la LRJS, cuyo número 6 dispone, “*La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo*”

<sup>623</sup> Así resulta del art. 124. 3 de la LRJS, “*...una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva...*”

la notificación a los representantes de los trabajadores al concluir el período de consultas sin acuerdo, se ha instituido por el legislador como el día inicial, *dies a quo*, del plazo de caducidad de la acción de despido colectivo, por lo que no cabe mantener la irrelevancia de su incumplimiento<sup>624</sup>.

Frente a esta posición rigorista se alza otra postura que la suaviza, entendiendo, sin privar a la comunicación de la importancia procesal ex artículo 124 de la LRJS, que la notificación se entiende producida cuando ha llegado a los destinatarios el contenido de ésta. Así lo recoge el voto particular de la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre de 2012, rec. 45/2012, entendiendo que la notificación se considera realizada cuando las actuaciones del interesado supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto objeto de notificación, aludiendo en su apoyo al art. 58.3 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>625</sup> y al art. 61 de la LRJS<sup>626</sup>.

---

<sup>624</sup> Así, la STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2012, rec. 45/2012 "... Si la notificación a los representantes de los trabajadores, tras terminar sin acuerdo el período consultivo, de la decisión final de despido colectivo y sus condiciones se ha instituido por el legislador (en el artículo 124.6 LRJS) como el día inicial (*dies a quo*) del plazo de caducidad de la acción de despido colectivo, no cabe mantener que estamos ante un requisito a cuya inobservancia no se anude reproche jurídico de ninguna clase, ni tampoco que tal comunicación formal pueda considerarse subsanada por una cualquiera de las actuaciones habidas durante la fase previa de negociación con la representación legal de los trabajadores. Como pone de relieve el Diccionario de la Real Academia Española, «notificar» significa en su segunda acepción «comunicar formalmente a su destinatario una resolución administrativa o judicial» y, en lo que se refiere a la decisión empresarial de proceder al despido colectivo proyectado de todo su personal a lo largo de tres fases cronológicas, dicha comunicación nunca se llevó a cabo..."

<sup>625</sup> La Ley de Régimen de Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 58.3 "Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda."

<sup>626</sup> El art. 61 de la LRJS. "Artículo 61. Nulidad de las comunicaciones. Serán nulos las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo. No obstante, si el interesado se hubiere dado por enterado o constara de forma suficiente su conocimiento procesal o extraprocesal de los elementos esenciales de la resolución, la diligencia surtirá efecto desde ese momento."

En sentido intermedio se pronuncian las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de enero de 2013, rec. 73/2012, y la de 25 de junio de 2013, rec. 1.377/2013, la última de las cuáles señala que el TRLET habla de *“remisión a la representación de los trabajadores de la decisión final adoptada y las condiciones del mismo”* y de la *“comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores”*, lo que, concluyen las sentencias, no obliga a realizar una exposición pormenorizada de las causas de extinción de los contratos<sup>627</sup>.

Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015, rec. 64/2015, y la de 19 de noviembre de 2014, rec. 183/2014, a la que se remite la anterior, realizan, en base a los arts. 51 del TRLET y 12 del RPDC que exigen que ineludiblemente se comunique la decisión a la representación de los trabajadores, un análisis exhaustivo de las consecuencias de la falta de comunicación a la representación de los trabajadores de la decisión adoptada por la empresa, sin que el conocimiento obtenido por aquéllos por cualquier medio que no fuera la comunicación directa, permita entender que se ha cumplido la obligación de notificación<sup>628</sup>. No basta el conocimiento efectivo, debe existir la comunicación.

Esta interpretación supone entender que el mandato que impone el inciso final del art. 51. 2 del TRLET, o sea, la remisión *“a los representantes*

---

<sup>627</sup> Dispone la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2013, rec. 1.377/2013, FD. CUARTO, in fine, *“Como quiera que la queja se centra en denunciar su defectuoso contenido porque se dice que «no explica las causas», resulta obligado recordar que la ley sólo habla de «remisión a los representantes de los trabajadores de la decisión final del despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo» y de «comunicación de la decisión a los representantes legales» (art. 51 del ET párrafo segundo y cuarto), exigencias que no obligan a insertar una exposición pormenorizada en la citada notificación de todas las causas para operar la extinción de los contratos.”*

<sup>628</sup> En este sentido, la STS de 23 de septiembre de 2015 que comentamos, FD TERCERO, 3, c), dice: *“Pues bien, estima esta Sala, que las circunstancias expuestas no pueden sustituir a la comunicación empresarial querida por la norma, ni subsanar el defecto formal en que se ha incurrido por la demandada, al no haber procedido a comunicar a los representantes de los trabajadores la decisión final sobre el despido colectivo.”* *“Esta comunicación o notificación de la decisión empresarial se erige en presupuesto constitutivo de la extinción, de modo que si no hay comunicación no hay despido. Como se ha visto, los preceptos legales al respecto son claros, tanto en la necesidad de la comunicación como en el plazo para efectuarla, como en sus consecuencias jurídicas.”*

de los trabajadores...(de) la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo", es un presupuesto constitutivo que debe ser cumplido por la empresa, lo que impide entender atendida la obligación si lo que se hace es dejar simplemente constancia de que el período de consultas ha concluido sin acuerdo y de que se hace entrega a los representantes de los trabajadores del plan de recolocación y acompañamiento social, junto con la lista definitiva de los trabajadores afectados.

En todo caso, la postura formalista parece la mayoritaria y es, desde luego, la más segura.

Fijada la comunicación como requisito esencial, cabe plantearse cuáles son las consecuencias que su incumplimiento produce sobre el despido colectivo. El art. 51.2, *in fine*, determina que la falta de comunicación de la decisión producirá la caducidad del procedimiento, pudiendo el empresario iniciar uno nuevo.

La opinión mayoritaria entiende que, la falta de comunicación a la representación de los trabajadores, determinará que el despido colectivo sea calificado de nulo, por entender que el período de consultas no se ha realizado al no haberse respetado todos los requisitos legalmente exigidos, omitiéndose uno de sus requisitos constitutivos, lo que determina la nulidad ex art. 124 LRJS.

No obstante, el Tribunal Supremo<sup>629</sup>, alegado en casación el carácter defectuoso de la comunicación, por no incluir a los trabajadores afectados, entiende que señalado que el procedimiento de despido colectivo afecta a todos los trabajadores de la empresa, y entregada a los representantes de los trabajadores copia de la carta remitida a los

---

<sup>629</sup> Véase la STS de 25 de enero de 2018, rcud. 176/2017.

trabajadores afectados finalmente por el despido colectivo, se da cumplimiento al art. 12, en relación con el 3.1, ambos del RPDC.

En cuanto al contenido de la comunicación, a la vista de los artículos 3, 12 y 13 del RPDC puede señalarse:

1/ Deberá actualizar los datos de la comunicación de inicio del período de consultas del art. 3 RPDC.

De las diferentes cuestiones que se han planteado en la práctica, merece la pena destacar que la jurisprudencia se ha ocupado en diversas ocasiones de supuestos en los que se produce un desajuste importante entre las medidas propuestas inicialmente y las adoptadas finalmente, atendiendo y vigilando que el incremento de los despidos inicialmente previstos no suponga una represalia empresarial ante actuaciones legítimas de los trabajadores, como el ejercicio de derechos fundamentales (huelga, reunión, actuación sindical, etc.).

Esta posición es sostenida por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, rec. 124/2014<sup>630</sup>, que recoge la de 18 de julio de 2014, rec. 11/2013<sup>631</sup>, en referencia a un procedimiento en el que, a

---

<sup>630</sup> Así la STS de 24 de febrero de 2015, rec. 124/2014, en su FD. QUINTO, "5. Con tales antecedentes, la Sala de instancia, en decisión que no debemos sino confirmar, no sólo advierte un nexo causal entre el comportamiento antijurídico del empresario y el resultado prohibido por el ordenamiento en cuanto al ejercicio del derecho fundamental de huelga, lo que, según razona, «bastaría para apreciar la lesión del derecho fundamental (...) aun cuando no concurriera intencionalidad lesiva», sino que incluso entiende claramente acreditada, mediante la prueba practicada, la intención voluntaria y consciente del empleador de vulnerar ese derecho fundamental, cual evidencian los hechos e indicios existentes de esa intencionalidad que la empresa no ha desvirtuado. En efecto, la proximidad temporal de los acontecimientos, la forma, circunstancias y detalles de lo ocurrido, la contradicción que se evidencia entre la primera decisión de acudir a un ERTE para, tras las convocatorias de huelgas, decidir cerrar sus empresas, liquidar y extinguir los contratos de la totalidad de la plantilla no solo de Printerman sino también de Rotoencuadernación (lo que es muestra innegable de lo innecesario del despido colectivo), el incumplimiento de los requisitos de forma, la ausencia de prueba de las causas alegadas, la desproporción existente entre los resultados contables y la decisión extrema de liquidar las mercantiles, y, en fin, cuantas circunstancias se describen en los hechos probados, ponen de manifiesto que el despido colectivo es la respuesta (represalia) que el empresario decide dar a la convocatoria de huelga que los trabajadores democráticamente adoptan como medida colectiva de presión en defensa de sus condiciones y derechos."

<sup>631</sup> En sentido parecido, la STS 18 de julio de 2014, rec. 11/2013, "...desprovista de otro fin conocido que el de sancionar el ejercicio por la parte actora de su derecho fundamental de huelga, vaciándole de su contenido



la vista de las circunstancias, se considera que la decisión empresarial de llevar a cabo un despido colectivo es una represalia al derecho fundamental de huelga ejercido por los trabajadores, considerando que la modificación, consistente en aumentar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo, se realiza como una sanción ante el ejercicio del derecho de huelga –realizada por los trabajadores ante el fracaso de las negociaciones-, sin que la ampliación del número de afectados en la decisión final, se justifique en un aumento de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

2/ Deberá contener *"...la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación externa en las empresas obligadas a su realización"* (art. 12 RPDC).

3/ Deberá justificar la afectación al procedimiento de despido colectivo *"de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa"*, extendiéndolo el art. 13 del RPDC, no solo a los representantes legales de los trabajadores sino, también, a los pertenecientes *"a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad"*, debiendo la empresa justificar su decisión de afectar a trabajadores con tal prioridad.

---

*esencial como medio de presión constitucionalmente garantizado..." "...con la decisión colectiva ahora impugnada [la empresa efectuó] una medida de retorsión lesiva del derecho de huelga efectuándola sin real lapso de tiempo intermedio, al día siguiente del comienzo de la huelga declarada."*

## **2. Fase individual**

La fase individual del despido colectivo se integra dentro de la llamada fase final del procedimiento.

El art. 51.4 TRLET<sup>632</sup> recoge la obligación de notificar el despido a los trabajadores afectados. Señala en su último inciso, *“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”*. En el mismo sentido, se expresa el art. 14.2 del RPDC, plazo de treinta días que prevé, también, el art. 4.1 de la Directiva 98/59.

### **2.1. Cuestiones previas**

Antes de entrar en el estudio de los requisitos de la notificación, y a la vista del precepto transcrito, se plantean una serie de cuestiones que hacen referencia al plazo, al anticipo de la comunicación empresarial y al entendimiento del despido mismo.

#### **2.1.1. Plazo para la notificación**

El TRLET no señala plazo para llevar a cabo la notificación, únicamente establece que *“deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”*. En los mismos términos se pronuncian la Directiva 98/59 y el RPDC, como se acaba de ver.

---

<sup>632</sup>Art. 51.4 TRLET, que dispone: *“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. 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.”*

Este plazo coincide con la duración del período de consultas en las empresas de cincuenta o más trabajadores -los treinta días que prevé el art. 51.2 TRLET-, si bien en las empresas de menos de cincuenta trabajadores -en las que el período de consultas tendrá una duración máxima de quince días-, se plantea si habrán de respetarse los treinta días legalmente establecidos o puede anticiparse la comunicación a los quince días. Dado que el art. 51 TRLET no establece diferencias en este punto, su texto lleva a la conclusión de que el plazo de los treinta días habrá de respetarse en todo caso, tenga la empresa más o menos de cincuenta trabajadores.

La fijación del plazo plantea si, antes de su agotamiento, las partes negociadoras pueden anticipar la comunicación cuando constaten que el acuerdo no es posible por lo alejado y enfrentado de sus posiciones. Del texto del art. 51 resulta que el plazo deberá ser respetado en todo caso. No obstante, ante la necesaria espera de los treinta días, es habitual que las empresas concedan permisos retribuidos, para evitar la permanencia en los centros de trabajo, de trabajadores conocedores de la inminente extinción de sus contratos.

Por otro lado, el art. 51.4 TRLET, establece el plazo mínimo, treinta días, para que puedan notificarse los despidos, pero no establece el plazo máximo para llevarlos a efecto.

No parece que sea aplicable a la notificación individual del despido el plazo de quince días que el art. 51.2 TRLET, *in fine*, establece para que el empresario comunique su decisión sobre el despido a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

Por ello, ante la falta de plazo fijado por el TRLET, será la racionalidad la que determine, en base a las circunstancias concurrentes, la extensión del plazo. Es interesante destacar la sentencia de la

Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2014, rec. 500/2013<sup>633</sup> que señala que, si los despidos no conllevan la terminación de la actividad empresarial, es razonable que se disponga del tiempo necesario para la ordenación de los recursos y la organización empresarial lo que prolonga, además, la vigencia de los contratos, con lo que ello significa de beneficio para los trabajadores. No obstante, la propia Audiencia Nacional indica que el plazo deberá ser limitado para no desvirtuar el principio de actualidad de la causa.

En términos parecidos se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, que, si bien reconoce que la prolongación en ejecutar la decisión extintiva puede crear tensiones laborales en la empresa, admite que pueda venir impuesta por la importancia de las extinciones acordadas, entendiéndose que supone un beneficio, una cierta contrapartida para los trabajadores afectados y, además, da tiempo para que puedan variar las circunstancias que motivaron la decisión de modo que hagan innecesario llevar a efecto los despidos acordados, dando un margen temporal de maniobra para que, a través de bajas voluntarias, se reduzcan las bajas obligatorias<sup>634</sup>.

---

<sup>633</sup> FD DUODÉCIMO: “...Prevé el art. 12.1 RD 1483/2012 que la comunicación de la decisión empresarial sobre los despidos colectivos se realizará en el plazo máximo de 15 días desde la última reunión del periodo consultivo y que el transcurso del plazo dará lugar a la caducidad del procedimiento. También, art. 14.2, que entre el inicio del periodo de consultas y la comunicación individualizada a los trabajadores afectados ha de mediar un plazo de 30 días.”

“Pero las normas legales no se pronuncian acerca del periodo temporal del que el empresario dispone para ejecutar su decisión.”

“En aquellos supuestos como el presente en los que los despidos no conllevan la finalización de la actividad empresarial, deviene razonable considerar, máxime cuando con ello se prolonga la vida de los contratos, que se pueda disponer del que resulte necesario para una adecuada ordenación de la actividad productiva que se seguirá realizando con menos efectivos.”

“Ciertamente es que estos argumentos no permiten fijar unos tiempos precisos que dependerán de cada caso concreto, no obstante los citados plazos han de considerarse en todo caso limitados a fin de no perjudicar el principio de actualidad de la causa que soporta los despidos colectivos.”

<sup>634</sup> STS 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, FJ UNDÉCIMO: “...3.- Acerca de la duración del proceso extintivo.- Tan sólo resta por tratar el último punto en el que la declaración de nulidad formalmente se apoya, cual es el dilatado periodo de tiempo en el que la empresa decide ejecutar la extinción colectiva. Con independencia de la dificultad que encontramos -y la recurrida no ayuda en este punto- de enlazar el defecto que se imputa con la drástica consecuencia de nulidad de la decisión, tampoco en este caso coincidimos con

En la doctrina, FALGUERA BARÓ<sup>635</sup> señala que "...podría pensarse, ante el silencio de la ley, que, quizás, resulta de aplicación el plazo de un año del art. 59,1 del TRLET<sup>636</sup>, aun siendo ese término ciertamente abusivo, por la indeterminación que genera". No parece, sin embargo, que dicho precepto sea aplicable dado que el plazo de prescripción de un año comienza a contarse desde la terminación del contrato: si no se ha comunicado el despido no se ha extinguido el contrato y, por tanto, no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción.

Por todo ello, parece que la interpretación correcta es la sostenida por el Tribunal Supremo y, por tanto, que es la racionalidad la que determinará, en cada caso concreto, el período de tiempo durante el cual se van a producir los despidos.

### **2.1.2. Anticipo de la comunicación**

De la misma falta de claridad adolece el TRLET en relación a qué ocurre si se anticipa la comunicación empresarial al transcurso de los treinta días.

Los pronunciamientos judiciales han sido muy variados y fluctúan, entre los que entienden que es cuestión que afecta a los despidos

---

*las afirmaciones de la Audiencia Nacional, pues si bien esa prolongación al ejecutar la decisión extintiva puede crear tensiones laborales no deseables [en este punto coincidimos con la Sala de instancia], lo cierto es que -de un lado- ello en gran medida puede venir impuesto por la inusual magnitud de las extinciones acordadas; y -de otra parte- esa prolongación también comporta una mayor persistencia del contrato de trabajo para algunos de los empleados, lo que para ellos tampoco deja de ser una cierta contrapartida. Aparte de que las circunstancias económicas podrían variar hasta el punto de que incluso no fuese preciso ejecutar en su totalidad la decisión, o que con el tiempo se producen más bajas voluntarias que redujesen las obligatorias; lo que se traduciría en una beneficiosa reducción del número de despidos."*

<sup>635</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: *El procedimiento del...*, op. cit., página 147.

<sup>636</sup> Así, el párrafo primero del art. 59 "Prescripción y caducidad. 1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación."

"A estos efectos, se considerará terminado el contrato:"

"a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo."

"b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita."

individuales, consecuencia del colectivo pero no a éste, los que abogan por la nulidad del despido y los que lo hacen por la improcedencia.

Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2012, rec. 136/2012, acudiendo al art. 124.9 (hoy 124,11, párrafo 4º) de la LRJS que establece que *“La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores”*, concluye que si la infracción es del art. 51.4 TRLET, no produce la nulidad del despido colectivo, no forma parte del despido colectivo como tal sino de los despidos individuales consiguientes, lo que se valorará en las reclamaciones que puedan plantearse contra los despidos individuales<sup>637</sup>.

Otras sentencias defienden la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 de julio de 2012, rec. 3/2012<sup>638</sup>, que en el supuesto que resuelve, dada la

---

<sup>637</sup> Así, en su FD SEGUNDO: *“...La Sala considera que no agotar el plazo citado no puede comportar, de ningún modo, la nulidad del despido, porque el art. 124.9 LRJS solo contempla la nulidad cuando se infringe el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET, pero no contempla tal posibilidad cuando la infracción corresponde con el art. 51. 4 ET, como no podría ser de otro modo, puesto que las infracciones, que pudieran producirse a estos efectos, ya no forman parte del despido colectivo como tal, sino de los despidos individuales consiguientes, lo que deberá valorarse, en su caso, en los procedimientos de despido individuales que pudieran plantearse.”*

<sup>638</sup> FD CUARTO: *“La segunda cuestión planteada hace referencia a la vulneración o no de la duración del período de consultas, establecido en el artículo 51. 4 del Estatuto de los Trabajadores, y, efectivamente, una somera lectura de los hechos probados deja constancia de que la empresa el día 16 de abril de 2.012 puso en conocimiento del Comité de Empresa la iniciación del expediente de regulación de empleo, para la extinción de 66 contratos de trabajo, de los cuales en 24 de abril se procedió a remitir cartas de extinción de la relación laboral, correspondientes, a otros tantos trabajadores, siendo el día anterior, concretamente el 23 de abril de 2.012, que la empresa levantó acta por la que se finalizaba el período de consultas sin haber llegado a acuerdo alguno, adoptándose la decisión empresarial de rescindir los expresados contratos de trabajo, por lo que fácilmente se aprecia que se ha incumplido por parte de la empresa con el tiempo de duración del período de consultas y con la finalidad perseguida por el mismo, ya que el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que «el despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores debe versar, como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. ... ». ... y es lo cierto, que entre la fecha de comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral (16 de abril de 2012) y la fecha de efectos del despido (24 de abril de 2012) no ha transcurrido el referido período, por lo que se ha incumplido una de las condiciones legales y se ha visto frustrada la posibilidad de llevar a cabo otras reuniones con la totalidad de los representantes de los trabajadores para conseguir un acuerdo, incumplimiento que determina la nulidad de la decisión extintiva al no haberse respetado lo previsto en el artículo 51. 2 del Estatuto de los Trabajadores,*

proximidad entre la apertura del período de consultas y la fecha de efecto de los despidos, entiende que no se han cumplido las condiciones legales y que se han frustrado las posibilidades de llevar a cabo otras reuniones con los representantes de los trabajadores para conseguir un acuerdo, lo que determina la nulidad apoyándose, eso sí, en los mismos arts. 124.9 (hoy 124.11) de la LRJS y 51.2 del TRLET.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de diciembre de 2012, rec. 2.800/2012, señala, a la vista del recurso planteado, que el art. 51.4 TRLET, no hace una distinción según que haya habido, o no, acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, señalando que el art. 4.2 de la Directiva 98/59 –en el que se inspira–, no prevé un plazo de preaviso, sino que persigue que la autoridad laboral disponga del tiempo suficiente para buscar soluciones a los problemas planteados. Las funciones atribuidas a la autoridad laboral por la Directiva 98/59 y por la nueva redacción del TRLET, aunque son muy diferentes, concluyen entendiendo que es necesario disponer de un plazo mínimo de treinta días cuyo incumplimiento determina la improcedencia<sup>639</sup>.

---

*como así lo exige el artículo 129. 9 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que ello sería suficiente para estimar la demanda y declarar la expresada nulidad.”*

<sup>639</sup> Así en su FD SEXTO: “... Llega el momento de abordar la concreta obligación que fija el inciso último del art. 51. 4 ET, en relación al plazo que señala para el inicio de sus efectos. Lo primero a destacar es que se trata de una regla cuyo origen ha de verse en el art. 4.1 de la Directiva 1998/59/CE, que literalmente dice: «Los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación prevista en el apartado 1 del artículo 3, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazo de preaviso». Su función, como resulta de esto último, no es la de configurar un plazo de preaviso en beneficio del trabajador, sino que va destinado a que la autoridad laboral disponga de un tiempo suficiente para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados, tal y como expresamente lo revela el art. 4.2 de la Directiva «La autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados», así como la expresa indicación final compatibilizando ese plazo con el de preaviso que regulan los derechos individuales del trabajador.”

“En nuestro ordenamiento, las funciones asignadas a la autoridad laboral en estos casos no parecen vincularse plenamente con esa finalidad, ya que las que se le asignan son: 1) trasladar la comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo (art. 51.2 ET en su párrafo cuarto); 2) recabar informe de la Inspección de Trabajo sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo del período de consultas, a fin de que ésta lo emita en los quince días siguientes a la finalización del citado período y quede

Como en tantos otros aspectos del procedimiento de despido colectivo, serán las circunstancias del caso concreto las que determinarán las consecuencias de la inobservancia del plazo de los treinta días.

Con carácter general, cabe pensar que la anticipación de las notificaciones solo producirá la nulidad cuando se demuestre que ha impedido el desarrollo del período de consultas, en contra de lo dispuesto en el art.51.2 del TRLET conforme al art. 124.11 de la LRJS, siendo, en los demás casos, determinante de la declaración de improcedencia.

Por último, el inciso inicial del art. 51.4, "*Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores...*", plantea si debe entenderse en el sentido de que la disyuntiva significa que, caso de acuerdo, todas las consecuencias del despido colectivo (incluido el plazo para comunicar los despidos individualmente) se regirán por lo acordado, limitándose el art. 51.4 a aquellos despidos en los que, a falta de acuerdo, la decisión la toma el empresario.

Tales dudas carecen de sentido si se toma en consideración que, si se circunscribiese el plazo de los treinta días solamente al supuesto de falta de acuerdo, se haría de peor condición a los trabajadores afectados en caso de acuerdo, por cuanto no les sería de aplicación el 53.1 -relativo a la comunicación escrita, a la indemnización y a la concesión de preaviso-. La dicción legal, como en tantos otros aspectos, no es clara

---

*incorporado al procedimiento (mismo párrafo que en el caso anterior); 3) velar por la efectividad del período de consultas, pudiendo remitir a las partes advertencias y recomendaciones (párrafo octavo del mismo apartado); 4) la impugnación judicial del acuerdo cuando concurran las circunstancias que ya hemos visto (art. 51.6 ET). Sin embargo, se advierte fácilmente la necesidad de un plazo mínimo para que pueda cumplir esas funciones (o las derivadas de ellos: la emisión del informe por la Inspección de Trabajo, el estudio del supuesto por la entidad gestora de la prestación por desempleo) y, con ello, la razón de ser del plazo de 30 días establecido en el art. 51. 4 ET."*

*"Por tanto entendemos que se ha incumplido en este caso el plazo mencionado de los treinta días, aunque mediara acuerdo entre las partes, y dado que el efecto que solicitan los recurrentes es el de la improcedencia del despido no entraremos a analizar cuál es el efecto jurídico que debiera derivarse de tal incumplimiento."*



pero no permite sostener la postura de limitar la aplicación del art. 51.4 -y, por tanto, la del art. 53.1- a los supuestos de falta de acuerdo.

### **2.1.3. Momento en el que debe entenderse producido el despido**

A la vista de la Directiva, se ha planteado qué debe entenderse por despido, si la comunicación de la extinción del contrato llevada a cabo por el empresario -previa observancia del periodo de consultas y notificación del resultado del mismo a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores-, o si puede entenderse que hace referencia a la fecha de expiración de los preavisos, es decir, si la empresa puede dirigirse a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral después de haber comunicado individualmente a los afectados la extinción del contrato, pero antes de la cesación definitiva de las relaciones laborales.

La Directiva 98/59 es bastante clara al respecto. Así resulta de las expresiones utilizadas en su art. 2.1, "*Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos...*"; en su art. 3.1 "*El empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente*", expresiones que hacen referencia a situaciones en las que la decisión no está tomada de antemano. Evidentemente, la notificación de la extinción del contrato al trabajador supone la ruptura y el cese de la relación laboral, tendrá lugar al expirar el plazo de preaviso, siendo el efecto natural de aquella notificación.

De la Directiva 98/59 resulta que el período de consultas y la comunicación a los representantes de los trabajadores tienen que ser anteriores a la decisión empresarial de extinguir los contratos. Así lo evidencia el art. 2.1 al señalar que el objeto es llegar a un acuerdo, y el

art. 2.2 al decir "*Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos*", lo que deja patente que la Directiva impone la obligación de negociar. La finalidad atribuida en este artículo al período de consultas sería imposible de conseguir si la decisión ya estuviera tomada y comunicada siendo, por tanto, la manifestación de voluntad del empresario de extinguir el contrato, la que equivale al despido.

Ante la duda de si el empresario puede extinguir los contratos de trabajo durante el procedimiento de consultas o incluso desde su inicio, la respuesta ha de ser negativa. Para los representantes de los trabajadores sería más difícil que el empresario retirase una decisión adoptada que conseguir que modifique un proyecto de decisión.

A todo ello viene a unirse la circunstancia de que la Directiva impone, como vimos, la obligación de comunicar a la autoridad laboral cualquier proyecto de despido, con la finalidad de que ésta pueda buscar soluciones. Es claro que no se pueden buscar soluciones ante decisiones previamente adoptadas.

En resumen, la extinción del contrato tiene que ser, necesariamente, posterior a la conclusión del período de consultas. Hoy es indiscutido que el empresario puede efectuar los despidos después de haber notificado el proyecto de despido colectivo a la autoridad laboral, al término del período de consultas.

La importante sentencia de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de enero de 2005 (asunto C-188/03, Junk) se manifiesta en este sentido resolviendo las dudas posibles<sup>640</sup>.

Este planteamiento coincide, además, con lo dispuesto en la LRJS, art. 121, cuando establece que el plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días, que en todo caso, comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo; pero añade que el trabajador podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso entendiendo, por tanto, que lo que vale como despido es la manifestación de voluntad del empresario.

Analizadas todas estas cuestiones previas, en el estudio de la fase individual debe tratarse a continuación, cuáles son los requisitos.

## **2.2. Requisitos**

La extinción del contrato de trabajo conlleva, en todas sus modalidades, una serie de requisitos: unos de carácter formal – especialmente en el despido colectivo-, sometidos al control judicial, lo que produce una cierta incertidumbre en cuanto a las consecuencias finales de la extinción; y otros de carácter indemnizatorio calculado en base al salario diario, multiplicado por los años de permanencia y por el

---

<sup>640</sup> “En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: 1) Los artículos 2 a 4 de la 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, deben ser interpretados en el sentido de que el hecho que vale como despido lo constituye la manifestación de la voluntad del empresario de extinguir el contrato de trabajo. 2) El empresario tiene derecho a efectuar los despidos colectivos tras la clausura del procedimiento de consulta previsto en el artículo 2 de la Directiva 98/59 y después de la notificación del proyecto de despido colectivo prevista en los artículos 3 y 4 de la misma Directiva.”

factor indemnizatorio propiamente dicho, el número de días legalmente fijados, según los casos.

Los requisitos del despido colectivo se recogen en el art. 51, 4 TRLET que remite al art. 53, "1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa. b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva. c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. 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."

Este artículo obliga a analizar separadamente los tres requisitos en él contenidos: comunicación escrita al trabajador, puesta a disposición de la indemnización y preaviso.

### **2.2.1. Comunicación escrita al trabajador expresando la causa**

La notificación al trabajador –que se producirá una vez se ha agotado el período de consultas- debe cumplir unos requisitos, es decir, finalizada la fase colectiva, el TRLET contiene la disposición relativa a la notificación individual de los despidos, imponiendo al empresario la carga de entregar al trabajador una comunicación escrita expresando las causas determinantes de su cese.

Este requisito ha sido introducido para el despido colectivo por el Real Decreto-ley 3/2012, pues en la redacción anterior del precepto, el acto de notificación individual del despido colectivo no quedaba sujeto a ningún requisito de forma o de tiempo. Incluso, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, había declarado inaplicable a la notificación individual de los despidos colectivos la formalidad prevista para el despido objetivo en el art. 53.1.a) del TRLET, ni siquiera por la vía de la analogía<sup>641</sup>.

La modificación tiene su razón de ser en el cambio normativo, derivado de la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, que da paso a un sistema en el que el empresario puede adoptar la decisión extintiva, sin necesidad de acudir a la Administración Laboral en demanda de su intervención homologadora o dirimente, lo que explica la

---

<sup>641</sup> Así lo establecía con toda claridad, por todas, la STS de 20 de octubre de 2005, rcud. 4.153/04 "CUARTO.- Antes de pasar al estudio del segundo motivo, se estima conveniente, a fin de evitar confusiones e interpretaciones indebidas, hacer las siguientes precisiones: 1).- Lo expuesto en el fundamento de derecho anterior no significa, de ningún modo, que esta Sala estime correcta la aplicación analógica del art. 53-1-a) a los despidos colectivos semejantes al de autos, que propugna la parte recurrente. Ese particular criterio se toma como hipótesis de trabajo para llevar a cabo los razonamientos expuestos en ese fundamento de derecho, pero no se comparte, en absoluto. El art. 53 está pensado única y exclusivamente para el despido objetivo del art. 52 del ET, como con toda evidencia hace lucir el texto de los mismos, así como la propia naturaleza y caracteres de las instituciones comentadas. Y no es posible aplicarlo ni siquiera por analogía a los despidos colectivos del art. 51, toda vez que entre estos despidos y los objetivos del art. 52 no existe, a estos efectos, «la identidad de razón» que exige el art. 4-1 del Código Civil. Es cierto que en ambos se trata de la extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero la regulación que para unos y otros despidos se contiene en el art. 51, de un lado, y en los arts. 52 y 53 de otro, es totalmente diferente, hasta el punto que la impugnación de los despidos colectivos, como regla general, se somete a la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en cambio las acciones que se ejerciten contra los despidos objetivos son conocidas por la Jurisdicción Social. Es más, la mayor divergencia entre estas dos figuras, en lo que concierne a la imposibilidad de efectuar la comentada aplicación analógica, se centra en la dispar situación que a continuación se explica. 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. ... Y así el art. 51 del ET que regula con detalle todos los trámites que se han de cumplir en los despidos colectivos, no exige ni establece que el empresario entregue al trabajador una comunicación escrita expresiva de las causas del despido, como en cambio sí exige el art. 53-1-a) para el despido objetivo. Deduciéndose de todo lo que se deja explicado que no existe, a tal respecto, «identidad de razón» de ningún tipo que justifique la aplicación de este último precepto al despido colectivo..."

función de la comunicación a los trabajadores afectados por el despido basado en los motivos objetivos, sea individual/plural o colectivo, y justifica su sometimiento a una disciplina común, tanto desde la perspectiva de las formalidades exigibles, como desde la perspectiva de las consecuencias de su incumplimiento. Es decir, ese carácter de expediente administrativo no exigía notificación a los trabajadores por parte de la empresa. La supresión del expediente hace esa comunicación imprescindible.

Así, la reforma del despido colectivo verificada en el año 2012, al suprimir el “*expediente de regulación de empleo administrativizado*”<sup>642</sup>, hace que se equipare la necesidad de comunicación en ambos despidos objetivos -colectivo o individual-, lo que conlleva la necesidad de comunicación en ambos casos y con el mismo alcance y contenido -art. 51 en relación con el art. 53 TRLET-. No hacerlo así, supondría la indefensión del trabajador.

Establecida y justificada la necesidad de comunicación por escrito puede afirmarse, siguiendo a GONZÁLEZ ALARCÓN<sup>643</sup>, que la carta de despido tiene una extraordinaria importancia dado que informa a los trabajadores de la situación de la empresa y de la manera en que esa situación les afecta; información que, de no entregarse, produciría su indefensión.

La expresión del art. 51.4 al decir “*podrá*”, no es una expresión cuya interpretación esté exenta de dudas. La opinión que parece más segura es entender, dado el carácter recepticio de la notificación del despido, dadas las exigencias formales del art. 53 del TRLET y dado que resulta imposible un despido verbal consecuencia del despido colectivo,

---

<sup>642</sup> Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., “Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado”, BIB 2019\1433, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 216/2019 parte Estudios, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2019.

<sup>643</sup> GONZÁLEZ ALARCÓN, A., Director MOLERO MANGLANO, C., *La llamada fase individual del despido colectivo*, Ed Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia 2015, páginas 92 y siguientes.

que la expresión “*podrá*” quiere significar que a partir de haberse “*Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores...*”, pueden empezar a notificarse individualmente los despidos por escrito a los trabajadores afectados. Esto significa que no es imprescindible notificárselo a todos simultáneamente, el empresario podrá hacerlo paulatinamente en la forma prevista en el acuerdo o en la forma prevista en la comunicación de la decisión extintiva.

Más aun, el empresario podrá ejecutar y, por tanto, comunicar, la totalidad de los despidos o no, es decir, puede decidir si la extinción va a afectar a todos los trabajadores cuyo despido estaba previsto o no. El empresario tiene la facultad de decidir si ejecuta o no todos los despidos previstos, pero no la facultad de decidir si comunica o no las extinciones que efectivamente realice.

#### **2.2.1.1. Expresión de la causa**

El art. 53, exige “*comunicación escrita al trabajador expresando la causa*”.

En el despido objetivo individual -el del art. 52 TRLET-, el control sobre el contenido de la carta es mayor que en el disciplinario porque se deben acreditar los datos, manifestados por la empresa, que justifican el despido mismo.

En el despido colectivo, sin embargo, la exigencia del período de consultas, la intervención de los representantes de los trabajadores y las posibilidades de información a través de reuniones, hacen que esa necesidad sea muy diferente.

La doctrina venía considerando necesario entregar, junto con la carta, la documentación que acredite la existencia de la causa, sin que

sea suficiente la remisión al procedimiento de despido colectivo y a las negociaciones llevadas a cabo durante el período de consultas, en las cuales el trabajador, normalmente, no habrá participado.

Durante el período de consultas, el empresario solo tiene obligación de informar a la representación de los trabajadores, pudiendo darse la circunstancia de que, el trabajador a quien haya de comunicársele el despido individual no haya tenido el menor contacto con los miembros de la comisión, sin que éstos hayan cumplido el deber de información que les impone el art. 64.7.e) TRLET.

Ahora bien, no es lo mismo conocer que poder conocer, siendo los tribunales de justicia los que han venido integrando el contenido de la carta acudiendo en ocasiones, como veremos, a la contextualización de la carta de despido, o a la información suministrada con carácter previo.

En efecto, el requisito de la expresión de la causa ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales, en los que se viene exigiendo que se exprese la causa concreta que motiva la decisión extintiva, no considerando suficiente la fijación de una causa abstracta expresada en la carta de despido, sino que entiende que es necesaria la expresión de 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 <sup>644</sup>.

La importancia de la carta dirigida al trabajador radica, precisamente, en la necesidad de darle a conocer la causa de la decisión empresarial de despedirle. Pretende dar a conocer los motivos a efectos de que el trabajador pueda oponerse a la decisión empresarial comunicada por ese medio. No hacerlo produciría la indefensión del

---

<sup>644</sup> Así se desprende de la STS de 2 de junio de 2014 se remite a la de 1 de julio de 2010, rcud. 3.439/2009, que reproduce la de 30 de marzo de 2010, rcud. 1.068/2009.



trabajador y sería contrario al principio de igualdad en el proceso, en el caso de que el trabajador impugnara la decisión extintiva.

Su finalidad es, por tanto, evitar la indefensión del trabajador despedido, que debe conocer de forma suficiente la causa de la decisión empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (arts. 9.2, 14 y 24.1 de la Constitución Española). En el mismo sentido la LRJS, en sus arts. 105.2<sup>645</sup> en relación con los arts. 120 y 124.13, determina que la comunicación escrita del cese, consecuencia de un procedimiento de despido colectivo, delimita el contenido del proceso, de forma que el empresario no puede justificar la decisión extintiva en hechos distintos de los expresados en la referida comunicación.

Impugnada la decisión empresarial, el despido se declarará procedente, si se prueban los hechos alegados en la carta, o improcedente en caso contrario.

La nueva regulación reserva la calificación de nulidad a la derivada de la inobservancia de los requisitos formales exigibles, es decir, la no realización del periodo de consultas o la falta de entrega de la documentación exigida legalmente<sup>646</sup>.

A este respecto, es de extraordinaria importancia la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2015, rec. 1.731/2014, que pone de manifiesto cuál es el contenido mínimo que debe contener una carta de despido por circunstancias objetivas para poder delimitar el ámbito del proceso de despido y evitar la indefensión del trabajador despedido. La sentencia se plantea si es o no suficiente, a tales fines, la referencia

---

<sup>645</sup> La LRJS, art. 105.2 *“Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.”*

<sup>646</sup> Así, el art. 124.11 de la LRJS *“La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores...”*

general a la situación económica y/o productiva de la empresa, sin adición de posibles datos adjuntos complementando lo anterior. Haciéndose eco de abundante jurisprudencia que cita, señala:

- La referencia a la causa en el despido colectivo, equivale a los hechos que motivan la decisión empresarial en los despidos disciplinarios;

- Para que las causas o hechos produzcan el efecto extintivo pretendido por la empresa, deberán estar recogidos en la carta de despido;

- Solamente esos hechos o causas podrán ser objeto de prueba en el juicio;

- Los hechos o causas recogidos en la carta deben tener relación con los que resulten probados en sentencia. Son de aplicación los arts. 105.1, 120, 122, 124.11 y 13 de la LRJS, de los que resulta que la empresa debe probarlos en todo caso, aunque haya habido acuerdo en el período de consultas;

- Que, cumplidos los requisitos formales, la declaración de procedencia o improcedencia dependerá de que se acredite, o no, la concurrencia de la causa alegada;

- Que la comunicación escrita debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las causas del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllas, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, finalidad que no se cumple, cuando la carta sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que contrarían el principio de igualdad de partes. En este sentido, el TRLET art. 53.4, párrafo 4º, al considerar procedente la decisión si se acredita que la causa alegada concurre y que se han

cumplido los requisitos de comunicación escrita, puesta a disposición de la indemnización y concesión de preaviso, siendo improcedente en otro caso;

-En la regulación actual, la falta de mención de la causa de despido determinará la declaración de improcedencia<sup>647</sup>.

Todo esto pone de manifiesto que la regulación del despido colectivo se separa en este último punto de la regulación de las modificaciones sustanciales del contrato ya que, a diferencia del art. 41.4 TRLET, *“Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas...y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión...”*, no se recoge en materia de despido colectivo una norma de idéntico

---

<sup>647</sup> Así, la STS de 12 de mayo de 2015, *“FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO, 3.- Cabe deducir en interpretación de la normativa expuesta, como también es dable entender resulta en sus esenciales extremos de la jurisprudencia social antes citada, entre otros extremos, que: a) la referencia a la «causa» como exigencia formal de la comunicación escrita en el despido objetivo (art. 53.1.a ET) es equivalente a la de los «hechos que lo motivan» en la carta de despido disciplinario (art. 55.1 ET); b) tanto en uno como en otro caso, para que pudiera llegar a declararse la procedencia del despido tales datos fácticos que han de tener reflejo, como regla básica, en la comunicación escrita, integrada, en su caso, con la documentación acompañatoria y deben 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, en el supuesto de despido objetivo, los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción» establecido en el art. 51.1.II y III ET al que también se remite el art. 52. c) ET; c) única y exclusivamente los hechos contenidos en la comunicación escrita de despido podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio, cuya carga de la prueba incumbe, como regla, al empresario, al que, además, no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido; d) debe existir interrelación entre los hechos/causas relatados en la carta de despido y, en su caso, con los hechos que resulten como probados en la sentencia, sin que sea dable para justificar el despido adicionar como acreditados datos fácticos trascendentes ajenos o complementarios a los hechos/causas relatados en la carta de despido y documentos acompañatorios, en su caso; e) la procedencia o improcedencia del despido solo podrá decretarse, tratándose de extinción objetiva, cuando cumplidos los requisitos formales se acredite o no, con reflejo concreto en los hechos probados, la concurrencia de la causa legal indicada específicamente en la comunicación escrita; f) la comunicación escrita, tanto en el despido objetivo como en el disciplinario, para su validez formal debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador; y g) tratándose de despido objetivo en el supuesto de incumplimiento de «las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa» la consecuencia, actualmente, es la declaración de improcedencia del despido.”*

contenido ni se produce una remisión a dicho precepto por lo que no cabe entender que la existencia de acuerdo empresario-representación de los trabajadores, exime al primero de justificar la causa alegada ni que el acuerdo solo pueda ser impugnado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Por todo ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2015 concluye que las remisiones al contenido del acuerdo empresa-representantes de los trabajadores, que no acompaña, las afirmaciones genéricas sin una mínima referencia a los datos fácticos, la imprecisión en la causa, son motivos determinantes de la improcedencia del despido.

Señala la jurisprudencia, y recoge la sentencia comentada, la distinta trascendencia de las comunicaciones escritas en los despidos colectivos y en los despidos objetivos ex art. 52.c) TRLET, ya que dice, *"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."*<sup>648</sup>

La propia sentencia de 12 de mayo de 2015, con un importante apoyo jurisprudencial, señala que se puede integrar el contenido de la carta de despido, al acreditarse que las secciones sindicales habían comunicado a la plantilla de la empresa la existencia de reuniones con la dirección, reuniones de cuyo contenido la dirección de la empresa informó

---

<sup>648</sup> STS de 12 de mayo de 2015, FD CUARTO, 3. letra c).

puntualmente a los trabajadores<sup>649</sup>. También afirma la sentencia de 2015, que el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014<sup>650</sup>.

En definitiva, lo que es absolutamente necesario es que la carta de despido recoja la causa, o que de las circunstancias resulte acreditado, sin ningún género de duda, que el trabajador conocía la causa de despido.

En cuanto al alcance que tiene la expresión "causa" del art. 53 TRLET, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016, rcud. 2.507/2014, para fijar el alcance del término "causa", repasa numerosos pronunciamientos judiciales anteriores señalando que la causa se debe concretar:

---

<sup>649</sup> Así lo recoge la STS de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013 -a la que remite la comentada de 2015- en su Fundamento de Derecho TERCERO.- señala, "...Atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso expresadas en el relato fáctico de la sentencia recurrida, ha de estimarse que se da cumplimiento a las exigencias del precepto, como refleja el Ministerio Fiscal en su informe. Ciertamente, en el hecho probado quinto constan las circunstancias que permiten integrar el contenido de la carta de despido, en cuanto señala que: «Por las secciones sindicales se comunicó a la plantilla de la empresa la existencia de reuniones con la dirección desde 12.1.2012. La empresa informó a los trabajadores el 5.3.2012 de la presentación del ERE. Se les convocó a una reunión informativa para el 7.3.2012 y a una asamblea el 14.3.2012, el 15.3.2012 y el 16.3.2012. Se les informó sobre las condiciones del acuerdo suscrito en el ERE, que estaría a su disposición a través de las centrales sindicales. Se les convocó a una votación para el día 16.3.2012 y se les informó del resultado. El 20.3.2012 se les informó por la dirección de la firma del acuerdo. El 23.3.2012 se informó de los modelos de comunicación de extinción del contrato. Se informó el 28.3.2012 de las personas afectadas y de los efectos extintivos (doc. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 de la empresa)»."

"En consecuencia, ha de estimarse que el contenido de la carta es suficiente y cumple, como se ha dicho, las exigencias establecidas en el precepto denunciado, por lo que ha de rechazarse este primer motivo."

<sup>650</sup> STS de 23 de septiembre de 2014, "En todo caso, atendiendo al criterio establecido en la sentencia anteriormente transcrita (se refiere a la STS de 02/06/2.014), consideramos que el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza. Si bien es cierto que la misma únicamente contiene las menciones a las que alude el recurrente (datos a todas luces escasos) no es menos cierto que su contenido ha de ser integrado con la documentación que se acompañaba a cada una de las cartas y que, tal y como consta en el Fundamento de Derecho noveno con indudable valor de hecho probado, a la carta de despido se adjuntó en formato digital, relación definitiva de trabajadores afectados, el informe preceptivo emitido conjuntamente por la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de la Consejería de Economía y Hacienda y de la Dirección General de la Fundación Pública de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la CAM, las medidas sociales de acompañamiento, un plan de recolocación externa y las copias de las actas del periodo de consultas y "documentación fin del periodo de consultas."

- A las causas motivadoras concretas, que deberán ser, obviamente, económicas, técnicas organizativas o de producción (con los matices estudiados en otro lugar);

- Que la “causa”, en el despido por causas objetivas, es equivalente a “los hechos que lo motivan”, a que se refiere para la carta de despido el art. 55.1 TRLET, debiendo la comunicación escrita proporcionar un conocimiento claro, suficiente e inequívoco;

- Aparte de ello, “«ni en relación al contenido de la carta de despido, ni en relación a la actividad probatoria a los efectos de los artículos 105.2, 108.1 y 122.1 LRJS, se le puede exigir a la empresa nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 TRLET en relación, en este caso, a lo establecido en el art. 52.c) ET»”, (STS -Pleno- 24 de noviembre de 2015, rcud. 1.681/14)<sup>651</sup>.

---

<sup>651</sup> La STS de 15 de marzo de 2016, rcud. 2.507/2014, F.D. TERCERO. “2.- Transcendencia -en la expresión de la «causa»- del proceso negociador.- Ahora bien, la existencia de negociaciones previas, su preceptivo contenido y la calidad de los sujetos intervinientes, determinan -en línea argumental similar a la seguida por la Sala antes de la Reforma Laboral, pero sin llegar a la misma consecuencia- que entre las decisiones extintivas del despido objetivo y del colectivo medie una decisiva diferencia -el proceso negociador- que por fuerza ha de tener reflejo en las exigencias de su comunicación formal. Así:”

“a).- El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario y sin control previo sobre la concurrencia de las causas en que se basa, de manera que la revisión de su procedencia únicamente puede hacerse -se hace- en el proceso judicial que inste el trabajador impugnando la decisión extintiva. Y esta unilateralidad en la gestación decisoria justifica 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» (SSTS 20/10/05 -rcud 4153/04 -; y 12/05/15 -rcud 1731/14-), y que esa enunciación de la causa deba acompañarse de datos objetivos que excluyan toda posibilidad de indefensión para el trabajador que impugna la extinción de su contrato.”

“b).- Muy diversamente, desde el momento en que el PDC requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, aquella necesidad de formal comunicación de la causa al trabajador afectado queda atemperada precisamente por la existencia de la propia negociación, hasta el punto de que se deba «conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, [rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales]», de manera que «... en todo caso... el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza» (STS SG 23/09/14 -rco 231/13 -, FJ 6.C); y que de esta manera haya de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores, cuando la misma refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un ERE, del que aquellos informan al colectivo social (STS 02/06/14 -rcud 2534/13-).”

“Precisamente por ello entendemos que la mejora introducida por la Reforma de 2012, extendiendo a la comunicación individual del despido -en los PDC- la formalidad propia de la establecida para el despido objetivo, no puede distorsionarse llegando al injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo y que se limita a la exclusiva referencia a la «causa» [nos remitimos a la doctrina expuesta por la citada STS -Pleno- 24/11/15 rcud 1681/14 : «nada

La sentencia de 2016, objeto de análisis, contiene, sin embargo, un voto particular suscrito por cuatro magistrados que plantea, dada la contradicción con la tesis de la sentencia, la necesidad de un pronunciamiento jurisprudencial que fije un criterio seguro, tanto para la empresa –a la hora de redactar la carta-, como para el trabajador –a la hora de plantearse recurrir o no frente a la decisión empresarial.

A la vista de ese voto particular, hay autores<sup>652</sup> que señalan que entender que es suficiente la expresión de la causa sin matizaciones supone liberar a la empresa de la obligación de justificar individualmente la afectación del trabajador afectado, lo que puede producirle a éste una situación de indefensión, dado que es perfectamente posible que desconozca los documentos –la valoración de los puestos de trabajo en el caso resuelto por la sentencia- en los que deba basar su defensa. Esto hace necesario que se le explicite al trabajador el por qué, él ha sido específicamente designado, de manera que se justifique, de modo objetivo, la decisión empresarial.

No basta con expresar en la carta la causa mediata (económica, técnica, organizativa o de producción) sino que es necesario determinar por qué la causa mediata, produce la extinción de un puesto de trabajo concreto, será necesario expresar la causa inmediata, derivada de las circunstancias concretas del trabajador, que justifican la decisión empresarial.

---

*más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET »]. En todo caso, de existir alguna diferencia, más bien ha de serlo en el sentido de atenuar el formalismo cuando se trata del PDC, precisamente porque el mismo va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores. Y en este sentido habrán de entenderse algunas de las consideraciones que la Sala pudiera haber efectuado con anterioridad, y que iban referidas a supuestos en los que la parquedad de la carta de despido no se ajustaba tampoco a las formalidades que en esta resolución hemos proclamado de debido cumplimiento, en aras a las prescripciones legales y al derecho de defensa del trabajador.»*

<sup>652</sup> Véase QUINTERO LIMA, M<sup>a</sup> G, “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa”, *Revista de información laboral*, número 5/2016, parte Art. Doctrinal, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2016.

Siguiendo a MOLERO MANGLANO<sup>653</sup>, puede afirmarse que las causas invocadas en el despido individual deben ser causas reales, basadas en las circunstancias de hecho concurrentes, sin que la errónea calificación de aquéllas realizada por la empresa las desvirtúe.

Igualmente, la decisión empresarial puede invocar más de una causa. Así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010, rec. 3.876/2009, en la que el Alto Tribunal no atiende tanto al acierto en la valoración jurídica, como a la veracidad y gravedad de las causas invocadas.

La empresa deberá demostrar que los contratos cuya extinción se pretende han dejado de cumplir la finalidad económica y productiva, sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002, rec. 1.436/2001, y 21 de julio de 2003, rec. 4.454/2002, que se remite a la anterior.

A tales efectos, la relación entre la causa colectiva y el puesto de trabajo específico, supone partir de la llamada conexión de funcionalidad, hoy de razonabilidad o proporcionalidad (antes analizada). Tradicionalmente –antes de la reforma de 2012– la conexión de funcionalidad significaba que los despidos –en función de su causa– incidían en la viabilidad de la empresa o en su posición competitiva en el mercado. Actualmente, sin embargo, esa conexión de racionalidad hace referencia a la proporcionalidad de la medida en relación con el puesto de trabajo afectado. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 2014, rec. 1.912/2013, establece una separación entre la desaparición de la conexión funcional o instrumental y el juicio de proporcionalidad y ponderación atendiendo a las circunstancias concurrentes, juicio que persiste en cuanto facultad consustancial al Juez evitando la arbitrariedad. La sentencia señala: *“En suma, corresponde al juez*

---

<sup>653</sup> MOLERO MANGLANO, C., *La llamada fase...*, op. cit, páginas 51 y siguientes.



*comprobar si existen fundamentos que hagan legítima la medida de despido adoptada, y a tal efecto exigir razonabilidad, racionalidad, congruencia y proporcionalidad del despido, el que la causa objetiva, vinculada a las circunstancias de la empresa, tenga importancia y entidad suficiente para justificar el despido como medida razonable, ponderada y proporcionada.”*

Por último, es necesario fijar la importancia y consecuencias que los defectos, de que pueda adolecer la comunicación individual, tienen a efectos de la impugnación del despido colectivo.

Es pacífica la opinión de que tales defectos no afectan al ámbito del despido colectivo y se impugnarán, en su caso, por la vía individual que prevé el art. 124.13 LRJS, y no por la vía de la acción colectiva. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013, señala que una deficiente carta de despido es un hecho posterior cuestionable por cada trabajador que no incide en la calificación del despido colectivo que es un hecho anterior<sup>654</sup>.

### **2.2.1.2. Expresión de los criterios**

Además de la expresión de la causa, tanto la doctrina como los tribunales vienen, más bien “han venido”, exigiendo que en la carta se informara de los criterios de selección que han determinado que el trabajador al que se dirige la comunicación sea de los afectados por el despido colectivo debiendo valorarse, en base a las circunstancias del caso, si la información suministrada era suficiente.

En casos en los que la extinción colectiva no afecta a toda la plantilla y son varios los criterios de selección que pueden ser aplicados,

---

<sup>654</sup> STS de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013, F.D SEPTIMO: “...C) Aunque no se acierta a ver el modo en que una deficiente carta de despido (hecho posterior; cuestionable por cada trabajador) puede incidir en la calificación del despido colectivo (hecho anterior; objeto de un específico proceso), interesa también salir al paso de la construcción que anida en el recurso...”

la carta debería expresar, también, los criterios adoptados para concretar la medida extintiva sobre trabajadores afectados, es decir, la elección de éstos de entre toda la plantilla.

Desde esta perspectiva sería conveniente que el TRLET exigiera que se hiciesen constar los criterios de selección, señalándose la conveniencia de que se adjuntara el acuerdo alcanzado, caso de existir, y la especificación expresa de que el trabajador despedido no está incluido en ningún colectivo protegido.

Esta postura mantiene, en definitiva, que el trabajador debe conocer las razones en que se basa su elección para poder preparar los medios de prueba oportunos para la impugnación de la decisión empresarial, conocer los criterios que han llevado al empresario a extinguir su contrato, y no el de otros trabajadores que se encuentran en una posición parecida, ya que no conocerlos le produciría una situación de indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Es más, en supuestos en los que en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas se reconozca al empresario la competencia para concretar los trabajadores que han de ser cesados, esa competencia no es incondicionada, sino que está limitada por el respeto a los criterios de selección pactados con los representantes de los trabajadores.

En el mismo sentido, FALGUERA BARÓ<sup>655</sup> señala que la impugnación del despido individual puede venir determinada no solo por la causa sino, también, por entender que los criterios de adscripción de los trabajadores afectados por el despido colectivo, determinan su mejor derecho a conservar su puesto de trabajo en la empresa, apoyándose en el art. 124.13 de la LRJS, que sanciona con la nulidad el despido cuando no se hayan respetado las prioridades de permanencia, lo que hace

---

<sup>655</sup> FALGUERA BARÓ, M. A: *El procedimiento de...*, op. cit, página 154.

imprescindible que el trabajador afectado deba conocer los criterios, acordados o no, en base a los cuales se extingue su contrato. El autor aboga por la constancia en la carta de despido de tales criterios, sosteniéndolo con apoyo en numerosas sentencias, del Tribunal Superior Justicia de Castilla y León, sede Burgos, de 2 de julio de 2014, rec. 452/2014 y Tribunal Superior Justicia de del País Vasco de 11 de marzo de 2014, rec. 369/2014 y 17 de junio de 2014, rec. 21/2014, 15 de julio de 2014, rec. 1189/2014, entre otras.

Otros autores, como QUINTERO LIMA, entienden que es el legislador el que produce indefensión al trabajador, al asumir la discrecionalidad empresarial en la determinación de los trabajadores afectados<sup>656</sup>.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial mayoritaria no exige la necesidad de expresar en la carta los criterios de selección.

Actualmente, a la vista de los diferentes criterios doctrinales y jurisprudenciales, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016, rcud. 2.507/2014, concluye que en la comunicación individual no es necesario reproducir los criterios de selección:

---

<sup>656</sup> QUINTERO LIMA, M.G., "El contenido de...", *op. cit.*, "En realidad es el legislador el que provoca en abstracto la indefensión, no solo procesal sino sustancial del trabajador a través de la nueva regulación ofrecida en la ley 3/2012 (RCL 2012,945), en el que, a tenor de la doctrina de casación, se asume la discrecionalidad empresarial en la selección de los trabajadores afectados sin que sea posible el control ulterior."

"Eliminada la autorización administrativa del régimen jurídico anterior, y siendo el período de consultas un marco estético en el que prima la voluntad de la decisión empresarial, la interpretación de la sentencia de casación (RJ 2016,994) en efecto contribuye a la indefensión del trabajador que no conoce los detalles del iter aplicativo de los criterios objetivos de selección convenidos y que se traducen en una valoración."

"Si bien solo se apunta de soslayo en algunas de las sentencias, resulta llamativo que no solo no se comuniquen a los trabajadores la puntuación obtenida conforme a los criterios de valoración, sino que, aún más allá, parece (y de la narración de los hechos no resulta muy claro), que esa puntuación es la resultante de un sistema de evaluación ligado a un proceso de fusión de entidades que afectó a la empresa demandada. O, dicho modo, el criterio de designación de los trabajadores es la obtención de una puntuación anterior al proceso de extinción colectiva. El recurso mismo a esa valoración evidencia la falta de razonabilidad entre la existencia de la causa y la consecuencia extintiva."

- Porque no lo exige así el art. 53.1 TRLET -al que remite el art. 51.4 TRLET- ni lo impone el art. 122.1 LRJS, “Se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no acreditase la causa, se calificará de improcedente”, la “causa legal” es, por tanto, la única exigencia legal;

- Porque expresar los criterios de selección supondría una formalidad innecesaria ya que el trabajador conocerá tales criterios, por su intervención directa en la negociación o por la información que, conforme al art. 64.7.e) TRLET, habrá recibido de sus representantes;

- Por último, porque dotaría a la comunicación individual de una enorme extensión innecesaria. Solo si el afectado cuestiona los criterios de selección o su aplicación a él, pasarían a primer plano, pero sin generar indefensión al trabajador que por vía diligencias preliminares o actos preparatorios podrá acceder a su conocimiento.<sup>657</sup>

---

<sup>657</sup> Así resulta de la STS de 15 de marzo de 2016, rcud 2.507/2014, “F.D. CUARTO.- 1.- Innecesaria reproducción -en la comunicación- de los criterios de selección.- Siendo ello así, parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones:”

“a).- En plano de estricta legalidad, porque tal requisito está ausente en el art. 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el art. 54.1, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal; y porque -en igual línea normativa- el art. 122.1 LRJS dispone que se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario «acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita», y tal referencia textual -en cursiva- invita a sostener que para el legislador la «causa legal» es el único dato que ha de constar en la comunicación extintiva.”

“b).- Atendiendo a consideraciones finalísticas, porque resultaría formalismo innecesario -y en todo caso enervante- exigir que se comunique de manera individual a los trabajadores aquellos datos que no sólo es razonable suponer que se han conocido materialmente por ellos en el curso de las negociaciones, en tanto que la decisión extintiva de la empresa se ha adoptado con activa intervención e incluso acuerdo de la representación -legal o sindical- de los trabajadores, que obligadamente han de informarles de las gestiones y sus resultados [art. 64.7.e) ET], sino que en todo caso el general conocimiento de tales datos por los sujetos representados bien pudiera entenderse como consecuencia directa del significado que tiene por sí misma la figura del mandato legal representativo [art. 1259 CC], pues sin perjuicio de la singularidad que ofrece el mandato propio de la RLT [gestiona intereses, más que voluntades], de todas formas no parece dudoso que su válida actuación «alieno nomine» y la eficacia jurídica de sus actos respecto del «dominus negotii» - personal representado- se extiende al íntegro objeto material que fije la norma de la que trae causa [aquí, el art. 51 ET], salvo que la propia disposición legal imponga -éste no es el caso- otra cosa o la intervención personal de los trabajadores afectados. Y”

“c).- Desde una perspectiva eminentemente práctica, tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar -de manera expresa y pormenorizada- los prolijos

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017<sup>658</sup>, señala que no es necesario que la carta de despido contenga los criterios de selección ni el baremo aplicado, hayan sido acordados en el periodo de consultas o fijados por la empresa en su defecto, dado que la exigencia legal se limita a la expresión de la causa.

Este criterio jurisprudencial ha sido confirmado por numerosas resoluciones que llevan a la conclusión del carácter innecesario de la determinación de los criterios en la notificación del despido<sup>659</sup>.

Por tanto, hay que entender que el control judicial se reducirá en esta materia a aquellos casos en los que el trabajador aporte indicios de la existencia de discriminación o vulneración de cualquier derecho fundamental, con la correlativa inversión de la carga de la prueba, o a los casos en los que pruebe que no se han respetado los criterios de selección y/o las preferencias de permanencia en la empresa, establecidas legal o convencionalmente.

### **2.2.2. Indemnización de veinte días por año de servicio**

El segundo requisito exigido para llevar a cabo un despido colectivo es *“poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo*

---

*criterios de selección que normalmente han de utilizarse en los PDC que afecten -como es el caso- a grandes empresas y numerosos afectados, dándole así a la indicada carta de despido una extensión tan desmesurada como -por lo dicho- innecesaria...”*

<sup>658</sup> Rec. 1.280/2015.

<sup>659</sup> Así, la STS de 27 de febrero de 2018, rcud. 3.936/2015, que recoge numerosas SSTS, “A estos efectos recordaremos la argumentación contenida en STS de 8 marzo 2016, del Pleno, -rcud. 3.788/2014-, seguida de otras muchas, como la de 15 marzo 2016 -rcud. 2507/2014-, 21 junio 2016 -rcud. 138/2015- y 14 julio 2016 -rcud. 374/2015-, y SSTS núm. 142/2017 de 21 febrero (rcud 2.859/2015), núm. 173/2017 de 1 marzo (rcud. 2.860/2015), núm. 232/2017, de 21 de marzo de 2017 (rcud. 2.863/2015), núm. 266/2017, de 29 de marzo de 2017 (rcud. 2.185/2015), 28 de noviembre de 2017 (rcud 164/2016), 29 de noviembre de 2017 (rcud 20/2016) o 24 de enero de 2018 (rcud 3492/2015) entre otras”. Recientemente las SSTS de 12 de septiembre de 2017, rec. 3.683/2015 y de 8 de marzo de 2018, rec. 360/2016.

*de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva."*

En la negociación del despido colectivo uno de los asuntos de debate durante el período de consultas es, precisamente, la cuantía de la indemnización.

La ley establece un mínimo -veinte días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades-, norma de derecho necesario relativo, mejorable por acuerdo. No obstante, a falta de acuerdo, será el empresario el que determine los criterios de indemnización y sus topes (respetando, en todo caso, los establecidos legalmente).

La indemnización que impone la legislación española en el procedimiento de despido colectivo no viene exigida por la normativa internacional ni comunitaria. Ni el Convenio 158 de la OIT<sup>660</sup>, ni la Directiva 98/59, ni el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, imponen indemnización alguna en el despido colectivo -solo la Directiva, en su art. 2.3, a) vi), prevé la fijación del "método de cálculo de las posibles indemnizaciones" en determinados supuestos-.

En España la extinción del contrato de trabajo, regulada en el TRLET, distingue en materia de indemnización, cuatro posibilidades:

---

<sup>660</sup> El Convenio 158 de la OIT en su art. 12. 1. "De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijara en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores;..."

- Extinción sin indemnización, propia del despido disciplinario procedente y de algunos contratos temporales;

- Indemnización de doce días, en los contratos temporales (excepto interinidad y formativos);

- Indemnización de veinte días, en los despidos objetivos y colectivos; e

- Indemnización de treinta y tres días (o treinta y tres y cuarenta y cinco en el periodo transitorio), en el despido disciplinario declarado improcedente.

Utilizar los años de servicio como elemento de valoración de la indemnización, tiene un carácter indemnizatorio del daño emergente, producido al trabajador, por cuanto dejará de poder desarrollar las habilidades obtenidas y en cuanto lo desarraiga del círculo social construido en la empresa. Sin embargo, la fijación de este criterio –años de servicio- no está exenta de críticas dado que, a igualdad en el desempeño, el empresario preferirá despedir al trabajador de menor antigüedad cuya indemnización será menor. Esta circunstancia podrá producir en el trabajador de mayor antigüedad la pérdida de interés en el trabajo y su obsolescencia.

Para evitarlo, existen otros sistemas como el austríaco o el del contrato de trabajo único con indemnizaciones crecientes. El austríaco prevé la aportación mensual hecha por el empresario a una cuenta del trabajador que éste podrá rescatar bajo ciertas condiciones. El sistema de indemnizaciones crecientes prevé un contrato único, sistema recomendado a España en reiteradas ocasiones por el FMI, con una indemnización que aumenta con la antigüedad.

Las causas de extinción del contrato de trabajo, recogidas en los arts. 49 y siguientes del TRLET (analizadas más arriba) admiten, entre otras distinciones, la que pone el punto de mira entre las causas de extinción que llevan aparejada una indemnización y las que no. Entre las que obligan a indemnizar se encuentran la extinción del contrato temporal –por llegar el término o por finalización de obra o servicio-; la producida por muerte, jubilación o incapacidad del empresario o por extinción de su personalidad jurídica; la ocasionada por fuerza mayor; la que tiene lugar por despido colectivo; por causas objetivas; o por despido disciplinario, colectivo u objetivo calificado de improcedente.

El análisis de los distintos tipos de indemnización permite hacer una serie de distinciones.

Cuando la extinción del contrato de trabajo se produce por despido disciplinario, que sea calificado de improcedente, el TRLET concede al empresario la opción entre readmitir al trabajador o indemnizarle en la forma legalmente establecida<sup>661</sup>. La misma consecuencia se produce en el despido colectivo u objetivo<sup>662</sup>, que merezca tal calificación.

La naturaleza jurídica de la indemnización por despido calificado de improcedente ha sido objeto de diferentes interpretaciones. LLOMPART BENNÀSSAR<sup>663</sup> le atribuye una doble función: por un lado, de reparación de la pérdida del empleo y de los daños causados eventualmente al trabajador; por otro, la de penalizar al empresario por la medida adoptada y disuadirle del ejercicio abusivo del poder disciplinario que entraña el despido.

La indemnización a la que el trabajador va a tener derecho cuando el negocio jurídico unilateral extintivo se califica como improcedente o injusto, alcanza al resarcimiento de los daños y perjuicios, comprensivos

---

<sup>661</sup> Cfr. con el art. 56.1 del TRLET.

<sup>662</sup> Arts. 56 del TRLET y 123 LRJS.

<sup>663</sup> Véase LLOMPART BENNÀSSAR, M, “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, *Temas Laborales*, número 134, 2016, páginas 167-192.



del daño emergente, lucro cesante y daños morales producidos al trabajador por un incumplimiento ilícito del contrato de trabajo, pues eso es lo que significa la declaración de improcedencia, detrás de la que hay una conducta dolosa o negligente del empresario, conducta que es, precisamente, la que obliga a indemnizar. También se han incluido, como elementos del daño resarcible, otros aspectos, tales como la pérdida de las relaciones sociales derivadas del trabajo, e incluso el sentimiento de frustración o de culpabilidad que, en numerosas ocasiones el despido produce en el trabajador.

La indemnización permite, por tanto, distinguir dos aspectos: por un lado, resarcir al trabajador de la pérdida del empleo; por otro, disuadir al empresario o reprender su conducta.

El TRLET toma en consideración, para fijar la indemnización, dos factores: salario y años de servicio, *“una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio”*<sup>664</sup>. Esta limitación de criterios a valorar en la fijación de la indemnización es discutible a la vista del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo artículo 12, al referirse a las indemnizaciones por despido, señala que se fijarán en base *“entre otros, del tiempo de servicios y del monto del salario”*, previendo *“otros”* criterios de fijación de la indemnización, que el ordenamiento español no recoge. Como tales criterios o factores pueden incluirse la edad, sexo, discapacidad, formación, etc., no recogidos con carácter general por el TRLET, los cuáles solo serán resarcibles acudiendo a la vía de indemnización adicional cuando el despido vulnera derechos fundamentales. Esta posibilidad de ampliación indemnizatoria, por conculcar un derecho fundamental, ha sido entendida en numerosas ocasiones como el reconocimiento de que la indemnización tasada está por debajo de los perjuicios sufridos, trasladando a la víctima en beneficio del victimario, parte de esos daños y perjuicios.

---

<sup>664</sup> Cfr. art. 56.1 del TRLET.

En el ámbito del Derecho del trabajo la circunstancia de que la indemnización sea tasada y se fije en base a los mencionados criterios - antigüedad y salario-, cierra el paso a que el juez pueda entrar a valorar otras circunstancias que modifiquen la indemnización.

El sistema de indemnización tasada es seguido en España por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, pero, en el ámbito asegurador, solo es aplicable cuando los daños y perjuicios proceden de una responsabilidad objetiva o por riesgo, no si concurren dolo o culpa grave, caso en el que es el juzgador el que, sin sujeción al baremo, tratará de restituir los daños y perjuicios realmente sufridos.

El tribunal Supremo acude a la teoría general de las obligaciones del Capítulo II, Título I del Libro IV del Código civil, especialmente al art. 1.100 que fija la responsabilidad de quienes actúen con dolo negligencia o morosidad<sup>665</sup>. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2003, rec. 813/2002 señala que el carácter injusto de la decisión empresarial extintiva, que priva al trabajador del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 de la Constitución Española, convierte a aquél en responsable en los términos legalmente establecidos<sup>666</sup>.

La indemnización fijada como consecuencia de la calificación de improcedencia de los contratos de trabajo –indefinidos o temporales- que se extingan por cualquier causa que lleve aparejada dicha calificación, pretende compensar a los trabajadores de la circunstancia de que la continuidad de la relación laboral, de la que es titular, se ha malogrado.

---

<sup>665</sup> Cfr. con el art. 1.100 y siguientes del CC.

<sup>666</sup> La sentencia del tribunal Supremo de 13 de mayo de 2003, rec. 813/2002, FD TERCERO, señala “*Los efectos de esta declaración se retrotraerán a la fecha de la imposición del despido por el empleador. El artículo 1.101 del Código Civil establece el principio general de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones y siendo la injusta extinción de una relación laboral lo que priva a una de las partes, el trabajador, del trabajo reconocido como deber-derecho ciudadano al amparo del artículo 35 de la Constitución Española, tal decisión voluntariamente adoptada por el empresario deberá comportar responsabilidad para éste.*”

La situación es completamente diferente para los trabajadores con contratos temporales en los cuales, desde su celebración, se ha previsto su terminación, ello sin perjuicio de las correcciones -especialmente su conversión en indefinido-, que el sistema establece para evitar los abusos en la contratación temporal.

La indemnización establecida para un trabajador fijo compensa la pérdida del empleo, a diferencia de un trabajador con contrato temporal en el cual, desde su origen, se ha pactado su finalización siempre y cuando, como destaca SEPÚLVEDA GÓMEZ<sup>667</sup> a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, C-677/16<sup>668</sup>, la temporalidad, el carácter temporal se haya fijado con arreglo *“a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.”*.

No obstante, en aras a acortar diferencias entre los contratos temporales y fijos, se plantea la necesidad de proteger al trabajador temporal, dados los efectos que la terminación del contrato produce en su ámbito no solo profesional sino también personal, habida cuenta de que es decisión empresarial dentro de su capacidad de organización y dirección, decidir si ofrece un puesto de trabajo temporal o indefinido, razones por las, que en determinados contratos, el TRLET prevé una indemnización, que si bien es menor a la del despido (improcedente u objetivo), trata de evitar el abuso de la contratación temporal.

El establecimiento del derecho a recibir una indemnización de doce días de salario por año de servicio a la finalización del contrato -a diferencia de la indemnización prevista por la declaración de improcedencia- pretende privar de interés a la contratación temporal de manera que resulte menos atractiva para las empresas fomentando, con

---

<sup>667</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “La indemnización por extinción del contrato de interinidad. Cambio de doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia TJUE (Gran Sala) de 5 de junio 2018 [ECLI:EU:C:2018:393], *Temas Laborales*, número 144/2018. Páginas 185-195.

<sup>668</sup> STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, parágrafo 57.

ello, la contratación indefinida, es decir, no va dirigida a atender los efectos que produce para el trabajador la contratación temporal. Baste con advertir que, si la terminación del contrato temporal se califica de improcedente, produce las consecuencias indemnizatorias previstas con carácter general y no la indemnización específica prevista para estos contratos.

Existe otro argumento que pone de manifiesto la diferente justificación de la indemnización por la extinción de un contrato indefinido, calificada de improcedente, y un contrato temporal extinguido a su término. Resulta del propio art. 49.1.c) que excluye la indemnización a la extinción de los contratos de interinidad y de los contratos formativos. La razón de tal exclusión no puede ser otra que la derivada de que obedecen, a una necesidad temporal de cobertura de vacante -el de interinidad-, y a una finalidad formativa y a través de ella de incorporación al mercado de trabajo -el formativo-, contratos que no admiten -a diferencia de lo que ocurre en el contrato de obra o servicio y de lo que ocurre en los contratos temporales-, la celebración de un contrato indefinido que es lo que viene a penalizar la indemnización establecida para los contratos temporales.

Por último, la indemnización fijada en el art. 53 del TRLET para los despidos objetivos y colectivos -“veinte días por año de servicio”- está entre los treinta y tres y los doce, indemnizaciones previstas en caso de improcedencia y en caso de contrato temporal, respectivamente.

En el caso de improcedencia, como vimos, la justificación de la extinción radica en la indemnización del daño emergente, lucro cesante y de los daños morales producidos al trabajador, así como en la conducta dolosa o negligente del empresario. En los contratos temporales, la justificación radica en hacer menos atractiva para los empresarios esta forma de contratación.

SEPÚLVEDA GÓMEZ<sup>669</sup> señala que la posibilidad de despedir por causas objetivas y la posibilidad de realizar contratos temporales son medidas de flexibilidad cuya finalidad es proteger los intereses de las empresas y el mantenimiento del empleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>670</sup> comparando la extinción por causas objetivas y la extinción de un contrato temporal al cubrirse el puesto vacante cubierto por dicho contrato temporal, entiende que el despido objetivo frustra las expectativas de continuidad lo que justifica la indemnización, a diferencia del contrato temporal<sup>671</sup> en el que desde su origen se pactó su extinción por expiración del término o cumplimiento de la condición resolutoria, poniendo el acento en que el contrato temporal se extingue al llegar la fecha o la circunstancia que determina su extinción, las cuáles son conocidas desde el momento de su firma, es decir, el trabajador conoce la fecha o la circunstancia que determina su extinción, a diferencia de la extinción por causas objetivas en la que aquélla viene impuesta por circunstancias no previstas ni conocidas *ab initio*. En sentido parecido la sentencia del propio Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019<sup>672</sup>.

Por su parte, la diferencia con la indemnización derivada del despido calificado de improcedente radica en el poder empresarial ejercido en uno y otro casos de extinción: en la extinción del contrato calificada de improcedente, se está ejerciendo un poder disciplinario; en la extinción objetiva, un poder de dirección.

El carácter objetivo de la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, dista mucho del carácter subjetivo que subyace en una extinción decidida por la empresa y calificada de improcedente. El despido objetivo, en palabras del Tribunal de Justicia de la unión Europea<sup>673</sup>, frustra las expectativas de continuidad

---

<sup>669</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “La indemnización por ...”, op. cit. , páginas 185-195.

<sup>670</sup> Véase la STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, antes mencionada.

<sup>671</sup> Véase la STJUE de 21 de noviembre de 2018, de Diego Porras, C 619/17.

<sup>672</sup> Véase la STJUE de 11 de abril de 2019, asuntos acumulados C-29/18, C-30/18, C-44/18.

<sup>673</sup> Véase la STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, antes mencionada

de la relación laboral. De los elementos del daño resarcible antes analizados, resulta que en la extinción por causas objetivas existe un daño emergente y un lucro cesante, pero no los daños morales (identificados anteriormente como la sensación de frustración o culpabilidad), ni el carácter indemnizatorio por la conducta dolosa o negligente de la empresa.

La reforma de 2012, sin embargo, conserva la indemnización -veinte días por año de servicio- sin modificarla. Abarata el despido disciplinario declarado improcedente (reduciendo la indemnización de cuarenta y cinco a treinta y tres días con un periodo transitorio), pero no modifica la cuantía de la indemnización de los despidos objetivo y colectivo.

El carácter objetivo del despido -individual, plural o colectivo-, una vez justificada la causa determinante de la necesidad de llevarlo a efecto, es muy diferente de la medida disciplinaria, adoptada por el empresario y reconocida como improcedente en fase de conciliación o así calificada judicialmente.

La reforma de 2012 debió plantearse y entrar a resolver la situación, denunciada reiteradamente por la doctrina, relativa a la baja utilización de la figura del despido colectivo por la falta de interés para los empresarios que en muchas ocasiones preferirán reconocer la improcedencia y pagar una indemnización superior -treinta y tres días por año de servicio-, actuación que les resultará mucho más sencilla desde el punto de vista del procedimiento y mucho más barata si tomamos en consideración que a la menor cuantía de la indemnización (veinte días en lugar de treinta y tres) se han de unir los gastos del procedimiento -gastos de todo tipo, asesoramiento, notificaciones fehacientes, elaboración de documentación, asistencia a reuniones, y un largo etc.-, y muy especialmente, *"la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial"* que le impone el art. 51.9 si hay

incluidos *“trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1.967”* y la obligación, *“si afecta a más de cincuenta trabajadores”* de ofrecer *“un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas”*, que le impone el art. 51.10, y la aportación al Tesoro Público siempre que *“incluyan a trabajadores de cincuenta y cinco o más años de edad”*, ex art. 51.11.

A estos importes, vendrán a añadirse los quince días de preaviso en los despidos objetivo y colectivo.

Todos estos costes añadidos, que no son consecuencia propia del despido colectivo, lo hacen menos atractivo para los empresarios. La práctica desaparición de los salarios de tramitación y la reducción en el despido improcedente del número de días a indemnizar por año de servicio, van a producir que en numerosas ocasiones el empresario opte por el despido disciplinario improcedente en lugar de utilizar el colectivo, reduciendo su plantilla a través de bajas voluntarias, normalmente incentivadas económicamente pero que le permiten conocer perfectamente el coste total de la medida, frente a la inseguridad en los costes si opta por el colectivo (conforme al art. 51.9, 10 y 11, antes mencionados).

Sean los aspectos indemnizatorios los causantes de la falta de utilización, o no, lo cierto es que los despidos colectivos en España habían pasado de 42.960 trabajadores afectados en el año 2003, a 19.957 en 2018,<sup>674</sup> lo que supone una reducción de más en un cincuenta por ciento (en concreto un 53,53%) en quince años. Sin embargo, el número total de trabajadores afectados por procedimientos de despido colectivo, comunicados a la autoridad laboral en 2019 ha experimentado un incremento notable, al alcanzar los 30.871, lo que frente a los 19.957 del año anterior, supone un ascenso de un 35,50%, con lo que ello puede

---

<sup>674</sup> Estadística de regulación de empleo de 2019, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

suponer como indicio de la marcha económica nacional, en la que, además, influirá en un futuro inmediato la aparición del COVID 19.

De todos estos datos podemos deducir que la situación actual favorece dos irregularidades que minoran notablemente que las empresas acudan al procedimiento de despido colectivo: 1/ La celebración de contratos temporales para atender a necesidades normales (estructurales, no temporales) de la empresa; y 2/ El reconocimiento de la improcedencia del despido aun cuando concurren causas objetivas, evitando así el preaviso y los gastos asociados antes mencionados. Para atajarlo sería deseable que las situaciones fraudulentas tuvieran consecuencias más gravosas, facilitando, con ello, la aplicación de la ley en su letra y espíritu.

Se plantea una última cuestión, quizá poco ortodoxa y muy polémica.

El derecho comunitario y el nacional coinciden al establecer el procedimiento de despido colectivo, en atribuir al período de consultas la finalidad de "*evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias*" -TRLET y RPDC-.

El problema radica en que con la regulación actual, como se acaba de analizar, en muchos casos, se preferirá acudir al despido improcedente, tanto desde la óptica del trabajador a cuyo contrato se le va a poner fin por despido por la mayor cuantía de la indemnización (salvo las mencionadas situaciones derivadas del art. 51, apartados 9, 10 y 11); como desde la empresarial -mayor coste indemnizatorio pero menor coste adicional-, por lo que no sorprende que a ambas partes les convenga el reconocimiento empresarial de la improcedencia y (el abono o cobro respectivamente) de la indemnización de mayor cuantía propia, del despido disciplinario reconocido como improcedente.



Precisamente por ello, parece evidente que para que la institución funcione, y cumpla los fines que al procedimiento de despido colectivo le atribuye el Derecho español, debería reducirse la indemnización –o incluso suprimirse– para evitar esas actuaciones fraudulentas del empresario –en cuanto se realizan en fraude de ley– consentidas, en muchas ocasiones, por los propios trabajadores afectados.

A la vista de la situación, la reforma de 2012, impopular hasta la médula, perdió la gran ocasión de modificar la indemnización en los procedimientos de despido colectivo.

Tal modificación pudo realizarse en dos posibles sentidos, o eliminar la indemnización en los casos en los que las causas alegadas sean acreditadas oportunamente, medida que hubiera sido absolutamente impopular que rompería, además, con el carácter indemnizado que el despido colectivo por causas objetivas ha tenido en España desde las primeras normas que lo contemplaban<sup>675</sup>; o reducir la cuantía de la indemnización manteniendo una diferencia proporcionada y razonable entre los despidos por causas objetivas e improcedente.

En la reducción de la cuantía indemnizatoria, un criterio asumible sería fijar la indemnización de doce días de salario por año de servicio, indemnización que establece el art. 49.1.c) para la extinción de los contratos temporales. La indemnización en estos casos no pretende resarcir ni los daños morales ni la conducta dolosa o negligente del empresario sino la terminación de la obra o de la expiración del plazo, lo que supone un cierto paralelismo con la extinción por causas objetivas, en cuanto, en ambos casos, la extinción se deriva de causas ajenas a la voluntad propiamente dicha.

---

<sup>675</sup> Así sucede desde el artículo 46 de la *Ley de Jurados Mixtos Profesionales* de 27 de noviembre de 1.931 en la normativa posterior hasta llegar a la situación actual, tal como se analiza en el Capítulo 2 de la I Parte.

Mantenida la indemnización en la redacción actual, son varias las cuestiones que se han planteado y que deben analizarse.

### **2.2.2.1. Puesta a disposición de la indemnización**

El art. 53 del TRLET impone que la puesta a disposición de la indemnización sea simultánea a la comunicación escrita. Cualquier retraso, determinará que el despido sea calificado de improcedente<sup>676</sup>.

La remisión que el art. 51.4 del TRLET hace al art. 53.1, determina que la simultaneidad de la puesta a disposición de la indemnización y la entrega de la comunicación escrita sea, también, aplicable a las indemnizaciones derivadas de procedimientos colectivos, independientemente de que la indemnización lo sea por la cuantía fijada legalmente o por el importe acordado en el periodo de consultas.

Para poner la indemnización a disposición de los trabajadores la empresa deberá proceder al cálculo del importe que corresponde a cada uno de los afectados.

La exigencia de que la puesta a disposición de la indemnización, se realice de modo simultáneo a la entrega de la comunicación escrita, cuya única excepción admisible es la que tiene lugar cuando la causa alegada sea económica y no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de equipararlo a falta de liquidez, señalando que no basta con la mera afirmación empresarial acerca de su situación de falta de liquidez, es necesario acreditarla si el trabajador la discute dado que el art. 53 TRLET señala "[si] como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a

---

<sup>676</sup> En este sentido, las SSTs de 24 de abril de 2001, rcud. 1.915/2000; y la de 17 de marzo de 2015, rcud. 1.145/2014, entre otras muchas.

*disposición del trabajador la indemnización"*, siendo perfectamente factible que, no obstante la situación económica de la empresa, ésta pueda disponer de dinero suficiente, para poner a disposición del despedido, la correspondiente indemnización simultáneamente a la comunicación del cese.

La carga de la prueba acerca de la iliquidez ha generado dudas. El problema planteado es básicamente determinar, a la vista del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si la alegación de iliquidez es un hecho constitutivo que apoya la decisión empresarial de posponer la indemnización -caso en el que la prueba incumbiría al empresario-, o es un hecho positivo introducido por el trabajador, supuesto en el que la carga probatoria gravitaría sobre él.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, rec. 6.290/2003, a la que se remite la de 21 de diciembre de 2005, rec. 5.470/2004, lo resuelve en base al apartado 7 del propio art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que después de fijar reglas en materia de carga de la prueba, señala que los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, concluyendo, que es la empresa la que tiene disponibilidad sobre los elementos probatorios<sup>677</sup>.

---

<sup>677</sup> STS de 25 de enero de 2005, rec. 6.290/2003 afirma: "*«Pues bien: no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que -se insiste en ello- es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica». Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador «ex» apartado 3 del art. 217 de la LECv.»*

### 2.2.2.2. Pago de la indemnización

El pago de la indemnización plantea dos cuestiones básicas: el medio a través del cual se realiza y el momento de la entrega.

En cuanto a la primera, el pago de la indemnización podrá realizarse por cualquier medio que permita al trabajador recibirla de modo efectivo, es decir, podrá hacerse por transferencia (sin que el retraso en llegar a la cuenta del empleado consecuencia de la tramitación bancaria se considere incumplimiento), cheque, pagaré (cuyo vencimiento deberá coincidir con el día de la comunicación o carecer de fecha de vencimiento para que sea pagadero "a la vista"), metálico o depósito judicial si el trabajador se niega a recibirlo.

En cuanto a la segunda cuestión que se plantea en relación al pago de la indemnización, la relativa al momento de la entrega, tradicionalmente se venía exigiendo que el empresario la pusiera a disposición del trabajador en los términos del art. 53.1 TRLET – *"simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita"*–, siendo numerosas las sentencias en las que se sostenía la necesidad de la simultaneidad entendiéndose que cualquier retraso, por mínimo que fuera, suponía que el requisito legal de la simultaneidad no se había producido<sup>678</sup>.

La opinión mayoritaria venía defendiendo, que el pago de la indemnización legal no admitía disposición por las partes, siendo la

---

<sup>678</sup> Así la STS 23 de abril de 2001 rcud. 1.915/2000, advierte, *"...que si bien la empleadora incurrió en una demora mínima, ese lapso de tiempo, del 6 al 9 de septiembre determina que no sea posible anudar la entrega de la carta con la repetida puesta a disposición, por lo que requisito legal de la simultaneidad no se produce. De hecho, tal y como consta en la prueba documental unida a los autos, la transferencia de la cantidad se cursó por el Ayuntamiento el mismo día 9, con lo que no cabe entender que hubiese una demora en el ingreso en la cuenta de la actora achacable a la Entidad de Ahorro. Si la transferencia se hubiese ordenado el mismo día de la entrega de la comunicación escrita sí se hubiera podido entender cumplido el requisito. Pero no siendo así, la ausencia de la simultaneidad que exige sin matices o paliativos la norma, no puede conducir a otra solución jurídica que la prevista en el propio art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, la nulidad del despido así practicado porque la trabajadora no tuvo ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenía derecho en el mismo momento en que se le entregó la comunicación escrita ni la referida cantidad había salido del patrimonio del demandado."*

exigencia de derecho necesario –art. 3.5 del TRLET- sobre el que no cabe pacto. Sin embargo, el exceso que, sobre el importe legal de la indemnización, pudiera haberse pactado durante el período de consultas, estaría atendido a los acuerdos alcanzados, en cuanto a su cuantía y plazo para el pago.

La cuestión se centra, por tanto, en determinar si el empresario viene obligado a poner la indemnización a disposición de los trabajadores en los términos del art. 53.1 TRLET, o si puede prevalecer el acuerdo con los representantes de los trabajadores de dilatar dicha puesta a disposición, es decir, si la simultaneidad de la puesta a disposición de la indemnización y la comunicación de la extinción, es norma dispositiva para los firmantes de un acuerdo extintivo de forma que puedan, a cambio de mejoras en las condiciones legales de extinción (mayor indemnización, excedencia con reserva de puesto, etc.), pactar una demora en dicha puesta a disposición, o no.

Ha sido frecuente que, a cambio de mejoras en las condiciones de extinción fijadas en el TRLET, se haya acordado una demora en la puesta a disposición de la indemnización. Doctrina y jurisprudencia han venido planteándose si el empresario puede dilatar esa puesta a disposición, tesis que ha venido evolucionando siendo actualmente aceptada de modo generalizado bajo ciertas circunstancias.

INDA ERREA plantea la cuestión llegando a la conclusión, a la vista de la evolución jurisprudencial, de que es posible dilatar la puesta a disposición de la indemnización cuando el acuerdo sea más favorable y respete la indemnización mínima legalmente establecida<sup>679</sup>. La evolución

---

<sup>679</sup> INDA ERREA, M., “En el marco de un ERE es válido el acuerdo colectivo del aplazamiento de la indemnización a la fecha de efectividad del despido. STS, de 12 junio 2014 (JUR 2014, 182637)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6/2014, BIB 2014\3370, afirma que, “En cuanto al segundo motivo (la falta de puesta a disposición de la indemnización legal simultánea al tiempo de recibir la notificación del despido) la cuestión litigiosa se centra en determinar si el empresario viene obligado a poner a disposición la indemnización en los términos del art. 53.1 ET o si puede prevalecer el acuerdo de dilación establecido con los representantes sindicales. La resolución establece que las normas referentes a la indemnización mínima en

a que se refiere esta autora se produce desde el criterio inicial de que solo cabe diferir el pago en caso de iliquidez, hasta la admisión del diferimiento con carácter general, evolución en la que pueden señalarse varias resoluciones judiciales de especial importancia. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2014, rec. 500/2013, respecto de las condiciones pactadas, por un lado insiste en la necesidad de que la empresa pruebe la falta de liquidez; y por otro -dado que la indemnización pactada era superior a la indemnización legal- alude a la validez de los contratos consagrada en el art. 1.255 del Código Civil<sup>680</sup>, por lo que la declaración de no correspondencia de dicha decisión -el acuerdo empresa representantes legales de los trabajadores- con la legalidad, lo es respecto de la indemnización de veinte días año y doce mensualidades, no respecto al exceso pactado en dicho acuerdo<sup>681</sup>; es decir, habiéndose pactado una indemnización de un número de días por año y un límite superiores a los legales, concluye la sentencia que ante la falta de prueba de iliquidez, el diferimiento solo podrá tener lugar en cuanto al exceso de indemnización pactado, y no en cuanto a los importes calculados legalmente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2014<sup>682</sup> da un paso más, admitiendo la demora del pago de la indemnización mejorada, hasta la extinción efectiva de la relación laboral aludiendo a que el

---

*despido colectivo no son de derecho necesario absoluto, y por tanto, mejorables, por lo que cabe acuerdo siempre que sea más favorable y respete la indemnización mínima legalmente establecida.*

<sup>680</sup> Art. 1.255 del CC, "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público."

<sup>681</sup> Así en su F.D. DÉCIMO, señala: "...Procede por todo lo dicho declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva en cuanto prevé el abono diferido de las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores despedidos colectivamente, si bien resta por determinar si tal declaración lo es al total del diferimiento o sólo afectaría a la indemnización legal de 20 días por año y 12 meses máximo y no a la adicional de 25 días y 14 meses."

*"En nuestra opinión los contratos en su obligado respeto a la ley, art. 1.255 CC, se rigen por la voluntad libre de las partes que bien pueden convenir contraprestaciones diferidas en el tiempo, máxime cuando tal diferimiento se revela como causa justificante de haber logrado una indemnización superior a la legal."*

*"Basada la decisión extintiva en el acuerdo en tal sentido alcanzado en consultas, así ha de respetarse, por lo que la declaración de no correspondencia de dicha decisión con la legalidad lo es respecto de la indemnización de 20 días año y 12 mensualidades."*

<sup>682</sup> Rec. 2.534/2013.

acuerdo tiene una eficacia análoga a la del convenio colectivo, conteniendo los elementos necesarios del contrato recogidos en el artículo 1.261 del Código Civil<sup>683</sup>, por lo que vinculan a trabajadores y empresas durante el tiempo de su vigencia.

Más allá de lo expuesto van las dos sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015, rec. 2.127/2014 y rec. 2.161/2014, que permiten, cuando el acuerdo sea más favorable y respete la indemnización mínima legalmente fijada, pactar el aplazamiento del pago y que, por tanto, no sea necesario simultanear la comunicación de cese con la puesta a disposición de la indemnización, exigencia de puesta a disposición simultánea que, a diferencia de la cuantía mínima, no es una norma de derecho necesario, sin que la empresa tenga que acreditar falta de liquidez, lo que, además, es una herramienta muy útil en la negociación colectiva. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo señala que las normas que rigen la indemnización mínima no son normas de derecho necesario absoluto sino relativo, por lo que son susceptibles de mejora mediante acuerdo en el periodo de consultas, siempre que sea más favorable y que se respete la indemnización mínima legalmente establecida.

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2016, rcud. 2.878/2014, en un procedimiento de despido colectivo en el que la empresa y los representantes de los trabajadores habían llegado a un acuerdo sobre el número de trabajadores afectados, las indemnizaciones a pagar en cuantías superiores a las legales, el fraccionamiento del pago de esas indemnizaciones en diferentes plazos, un plan de recolocación y la creación de una comisión de seguimiento para velar por el cumplimiento de los acuerdos, fija un criterio fiable. En primera instancia y en suplicación se concluye que no es válido el pacto colectivo de fraccionamiento en el pago, al menos en la parte correspondiente a la indemnización mínima legal, criterio que, como se

---

<sup>683</sup> *Cfr.* art. 1.261 del CC.

ha visto, venía siendo el tradicional en la jurisprudencia. La sentencia comentada señala, sin embargo, que la exigencia de simultaneidad de la comunicación del cese con la puesta a disposición de la indemnización legal mínima, no es de derecho necesario absoluto, puesto que admite la excepción de la falta de liquidez que pueda poner en peligro la viabilidad de la empresa, que es lo que se trata de evitar, sin perjuicio, eso sí, del derecho del trabajador a reclamar el pago de lo que se le adeuda. Admite la sentencia que se pueda acordar un aplazamiento o fraccionamiento del pago siempre que no sea desproporcionado. Se apoya en que el derecho a la negociación colectiva, reconocido por el art. 37 Constitución Española y regulado por el art. 51 del TRLET a efectos de despidos colectivos, quedaría sin contenido considerando, además, que la posibilidad del fraccionamiento de la indemnización pactada es una herramienta especialmente útil, para obtener unas condiciones indemnizatorias que mejoran el *quantum* de la indemnización prevista legalmente.

En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2016, rcud. 2.878/2014, cambia el criterio y permite el fraccionamiento cuando ha sido acordado con la representación de los trabajadores<sup>684</sup>.

---

<sup>684</sup> Así lo recoge su “F.D. SEGUNDO.- Validez del acuerdo sobre el fraccionamiento del pago.”

“El artículo 53-1-b) del E.T., norma cuya infracción se alega en relación con lo dispuesto en el artículo 3-5 del mismo texto legal, establece que el empresario «debe poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva».”

“Vista la redacción del precepto que admite la posibilidad de que por razones económicas el pago de la indemnización por la extinción del contrato se pueda aplazar, sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir su abono, cabe concluir que la exigencia de simultaneidad de la comunicación del cese con la puesta a disposición de la indemnización legal mínima no es de derecho necesario, sino que admite excepciones por razones económicas, como la falta de liquidez para atender a todos los pagos exigibles en ese momento, so pena de poner en peligro la viabilidad de la empresa que es lo que la norma trata de evitar, sin perjuicio del derecho del trabajador a reclamar el pago de lo que se le adeuda.”

“Sentado lo anterior, el problema de si en la negociación colectiva, previa a un despido colectivo por causas económicas, se puede convenir un fraccionamiento, o aplazamiento, del pago de las indemnizaciones adeudadas por las extinciones contractuales que se acuerdan, debe tener una respuesta positiva, por cuanto, aunque la cuantía mínima de la indemnización que establece la ley no se puede rebajar por ser un mínimo legal, si cabe fraccionar su pago, siempre que el aplazamiento que se convenga no sea desproporcionado.



Actualmente es un criterio jurisprudencial consolidado, que el pacto que permita un pago aplazado de la indemnización es admisible siempre que la indemnización pactada sea superior a la legalmente fijada y que el plazo no sea abusivo<sup>685</sup>. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2019, rcud.1453/2017, permite que en el periodo de consultas se fijen criterios de abono que supongan un pago aplazado acordado en forma semejante a un convenio colectivo que vincula a trabajadores y empresarios durante la vigencia del acuerdo.

Nuestro Alto Tribunal distingue, sin embargo, entre los despidos colectivos y los individuales, admitiendo en los colectivos (como se acaba de ver), la validez de los aplazamientos en el pago de las indemnizaciones, cuando señala que no se está en presencia de un derecho de carácter necesario, concluyendo que, en negociación colectiva, se podía acordar el aplazamiento del pago de las indemnizaciones, pacto colectivo con una eficacia semejante a lo acordado en convenio colectivo<sup>686</sup>. Sin embargo, en relación al despido objetivo individual no cabe otro diferimiento que el previsto legalmente – causa económica y falta de liquidez-. Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016, al exigir que la puesta a

---

*Debe tenerse presente que el derecho a la negociación colectiva, reconocido por el artículo 37 de la Constitución regulado por el artículo 51 del E.T. a efectos de despidos colectivos, quedaría vacío de contenido si en la negociación de unas extinciones contractuales colectivas por razones económicas, los negociadores se vieran privados de una herramienta tan útil en estos casos como es el fraccionamiento de los pagos a realizar. Por lo expuesto, debe distinguirse entre despidos objetivos individuales y colectivos, para admitir en estos últimos la validez de los pactos sobre aplazamiento del pago de las indemnizaciones, salvo que sean abusivos. En este sentido ya se pronunció esta Sala en su sentencia de 2 de junio de 2014 (Rcud. 2534/2013), donde se señaló que no estábamos ante un derecho de carácter necesario y que en la negociación colectiva se podía acordar el aplazamiento del pago de las indemnizaciones, pacto colectivo con análoga eficacia a lo acordado en convenio colectivo.”* Coincide con la de 20 de abril de 2017.

<sup>685</sup> SSTs de 13 de junio de 2018, rcud. 2200/2016 y de 2 de junio de 2014, rcud 2534/2013.

<sup>686</sup> Véase el artículo de REQUENA MONTES, O., “La puesta a disposición de la indemnización por extinción del contrato de trabajo en los despidos colectivos con acuerdo (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 2567/2014, de 2 de junio. Rec. Ud. 2534/2013)”, BIB 2014\3747, *Revista de Información Laboral*, número 8/2014, Edificio Lex Nova.

disposición de la indemnización sea simultánea a la entrega de la carta de despido, sin que pueda retrasarse a la fecha de efectos del despido<sup>687</sup>.

A la vista de toda la argumentación analizada hay que entender que, en los procedimientos de despido colectivo, la posibilidad de retrasar el pago de la indemnización, fuera de los estrechos límites del art. 53 (falta de liquidez), debe salvarse caso por caso y diferenciando:

1/ A falta de acuerdo representantes de los trabajadores y empresario, no cabe otro retraso que el previsto en el art. 53, causa económica y falta de liquidez empresarial. Actúa aquí la exigencia de entrega simultánea como norma de derecho necesario, ex art. 3.5 del TRLET.

2/ Si hay acuerdo representantes de los trabajadores y empresario, por el cual se pacta el retraso en la entrega de la indemnización. El criterio seguro debe partir del "juicio de razonabilidad" de manera que serán las circunstancias del caso las que permitirán decidir si es o no admisible el retraso entendiendo que, el retraso, podrá admitirse:

- Cuando se haya pactado dilatar el pago al momento de la efectividad del despido (aunque no exista la adversa situación económica que lo impida).

- Cuando conste que los trabajadores afectados han estado perfectamente informados de la marcha de las negociaciones, a través de sus representantes y, mejor aún, a través de la propia empresa.

---

<sup>687</sup> Así lo recoge la STS de 4 de febrero de 2016, rec. 1.621/2014, F.D. SEGUNDO, "3. Confirmando, pues, la conclusión de la sentencia de contraste, que, en este caso, es la que se acomoda a nuestra precitada jurisprudencia, como ya hemos adelantado, debemos reiterar idéntica doctrina que, en síntesis, puede resumirse así: el art. 53.1.b) ET establece la simultaneidad entre la puesta a disposición de la indemnización y la entrega de la carta de despido, sin desfase alguno, y sin que quepa retrasarla a la fecha de eficacia del despido."

- Cuando los trabajadores tengan licencia retribuida de exoneración de la prestación de servicios durante el periodo de preaviso previsto en el art. 53.

- Y cuando la indemnización que es objeto de retraso supere la establecida en el art. 53 del TRLET.

### **2.2.2.3.Reclamación contra la indemnización**

La determinación del cauce procesal de las reclamaciones en materia indemnizatoria ha producido importantes discrepancias, discutiéndose si deben tramitarse por el proceso ordinario o por el de despido.

La cuestión queda zanjada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2016, rec. 3.458/2015, que se cuestiona y resuelve, de un modo definitivo y en base a un importante apoyo jurisprudencial que cita, el cauce procesal para resolver las discrepancias en materia indemnizatoria.

La tesis sostenida por el Tribunal Supremo concluye que, cuando las discrepancias sean sobre el importe de la indemnización o de los salarios de tramitación calculados sobre unos parámetros que no se discuten, el proceso para reclamar las diferencias será el procedimiento ordinario. Por el contrario, se tramitarán por el procedimiento del despido si las discrepancias sobre las cuantías proceden de elementos objetivos y básicos para la determinación de la indemnización reclamada.

### **2.2.3. Concesión de un plazo de preaviso de quince días**

La doctrina se ha planteado la posible alteración del plazo, es decir, la fijación de un plazo distinto al establecido por el TRLET.

Parece claro que no es posible reducir el plazo legalmente previsto por su carácter indisponible.

Por el contrario, sí parece posible ampliarlo si así se pactó en negociación colectiva o en contrato individual, casos en los que el empresario deberá respetar el plazo acordado o indemnizarlo, de no ser respetado. Este preaviso es, en todo caso, sustituible por su indemnización, mediante el pago del salario correspondiente a esos quince días, días que se extienden desde la entrega de la comunicación personal -de la carta de comunicación- hasta la extinción del contrato, días de preaviso en los que se concede licencia retribuida de exoneración.

La compensación de los salarios correspondientes al período de preaviso incumplido puede plantear problemas en función de la estructura del salario que tenga el trabajador. Parece indiscutible que el salario se computará teniendo en cuenta, no solamente el salario base, sino, también, la prorrata de las pagas extraordinarias y los complementos salariales de carácter personal. Sin embargo, los complementos que están asociados al trabajo y que se devengan por la prestación de servicios, o los que dependan de objetivos, parece que solo se computarán si el trabajador, de continuar en la empresa durante el preaviso incumplido, los hubiera percibido.

También se ha planteado qué tratamiento tiene el pago del preaviso desde los puntos de vista de la Seguridad Social y del IRPF. En cuanto a la Seguridad Social parece claro que no está sujeto a cotización por su carácter indemnizatorio, no salarial. En cuanto al IRPF, la opinión más

segura es considerarlo un rendimiento del trabajo (quizá como un rendimiento de carácter irregular) y sujetarlo a tributación.

#### **2.2.4. Obligación de dar copia a la representación legal de los trabajadores**

A la vista del art. 53.1.c), *“En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación de los trabajadores para su conocimiento”*.

La exigencia legal de dar copia del *“escrito de preaviso”*, ha generado dudas interpretativas en el ámbito del despido objetivo individual o plural-, consistentes en determinar qué documento debe ser entregado, es decir, si se debe entregar copia del escrito de preaviso o copia de la carta de despido. Estas dudas han sido resueltas por la jurisprudencia<sup>688</sup> que, haciéndose eco de la doctrina científica, pone de manifiesto que la redacción legal es errónea y que no es la copia del *“escrito de preaviso”* la que se debe entregar a la representación legal de los trabajadores, dado que tal escrito no es una comunicación de despido sino una parte de dicha comunicación, parte que puede, además, calificarse de accidental a la vista del art. 53.4, párrafo quinto del TRLET, dado que su omisión no afecta a la calificación del despido, imponiendo al empresario, únicamente, la obligación de abonar los salarios correspondientes.

Se ha planteado si la necesidad de dar copia a la representación legal de los trabajadores es aplicable o no, a las extinciones individuales consecuencia de un despido colectivo. La lógica jurídica hace muy diferentes los supuestos contemplados en los arts. 51 y 52 del TRLET en el sentido de que, a pesar de que tanto el art. 51 como el art. 52.c) se

---

<sup>688</sup> Véanse las STS de 18 de abril de 2007, rec. 4.781/2005 y de 7 de marzo de 2011, rec. 2.965/2010.

refieren a la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el primero regula dicha extinción de carácter colectivo en tanto que, el segundo, se refiere a la que se produce de modo individual.

En el despido objetivo individual -el del art. 52 TRLET-, la falta de previo conocimiento por los representantes de los trabajadores de las circunstancias que justifican la medida empresarial, hace necesario dar a conocer a dichos representantes, las causas que alega la empresa para justificar el despido del trabajador.

Respecto al despido colectivo es acertado el criterio sostenido por SÁEZ LARA<sup>689</sup> cuando afirma, que las exigencias procedimentales no son las mismas si el despido individual se produce en ejecución de una decisión empresarial sobre despido colectivo, que si lo es por consecuencia de un acuerdo entre el empresario y la representación de los trabajadores. La acreditación de las causas durante el periodo de consultas hace la situación muy diferente.

A la vista del párrafo transcrito del art. 53, se plantea si ha de entregarse una copia de la referida comunicación a la representación legal de los trabajadores con la consecuencia -caso de que no se hiciese- de que el despido haya de calificarse como improcedente, conforme al art. 124 de la LRJS.

Tanto la doctrina del Tribunal Supremo, como la de los tribunales superiores, han variado la interpretación en cuanto a las consecuencias de la falta de entrega de la copia a la representación legal de los trabajadores, variación en la que, a modo ilustrativo, pueden destacarse la sentencia del Tribunal Superior Justicia de Madrid de 14 de octubre de 2013, rec. 891/2013 –que, haciéndose eco de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013, rec. 6.753/2012, y de 7 de marzo de

---

<sup>689</sup> SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y...*, op. cit., página 205.

2011, rec. 2.965/2010-, sostenía que el requisito formal de entregar copia de la comunicación del despido a los representantes legales de los trabajadores, según el tenor literal del precepto, exigía dar copia del escrito de preaviso -de la carta de despido, según se acaba de ver-, señalando las sentencias analizadas que no consiste simplemente en dar información a los representantes de los trabajadores, sino en facilitar dicha información de una determinada forma, cual es, la entrega de la copia de la carta de despido -"en un momento, de una manera y con un contenido apropiados"<sup>690</sup>-. .

Posteriormente, la sentencia del tribunal Supremo de 11 junio 2014, rec. 649/2013, señala que la información entregada a los representantes de los trabajadores en los despidos objetivos económicos, es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo. Sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo y, por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos. Sin que se aborde la cuestión que ahora nos ocupa, lo cierto es que se pone de relieve el sentido que posee la exigencia cuando se trata de despidos que no se han integrado en una reducción de plantilla colectiva. La sentencia afirma "*La finalidad de tal requisito es que dicha representación tenga conocimiento del despido que ha efectuado la empresa, en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo*".

Es razonable que los representantes legales de los trabajadores posean una información exacta de las extinciones contractuales que dimanen de un despido colectivo. De hecho, es usual que cuando el procedimiento de despido colectivo concluye con acuerdo se cree una

---

<sup>690</sup> Cfr. art. 64.6, párrafo 1º.

comisión de seguimiento, a la que se le informe de las extinciones producidas, lo que puede contribuir a erradicar criterios selectivos que sean discriminatorios o, en general, contrarios a Derecho.

Pero la sentencia del Tribunal Supremo que se analiza, de 11 de junio de 2014, tratando de aquilatar las exigencias legales del despido derivado de un procedimiento colectivo, en cuanto acto de individualización, señala que las garantías del despido objetivo individual, no colectivo, no son aplicables de modo directo a éste, sino que subsisten ciertas diferencias. En este sentido, la sentencia advierte que la entrega de copia a los representantes de los trabajadores solo tendrá lugar en los despidos objetivos no colectivos por exigencia del art. 53 TRLET<sup>691</sup>.

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016, que, aludiendo a la STS de 8 de marzo de 2016, rec. 832/15, señala que la literalidad de los preceptos analizados no admite duda alguna que haya de resolverse invocando criterios teleológicos o analógicos. La copia del escrito de preaviso, la carta de despido, debe entregarse a los representantes de los trabajadores en el supuesto del despido objetivo individual (el del art. 52.c), que es distinto del despido colectivo. No obstante, la sentencia contiene un voto particular, que sostiene la obligación de entregar a los representantes de los trabajadores, copia de la comunicación individual consecuencia de un despido colectivo, entendiendo que la falta de entrega limita la información y obstaculiza el control de posibles situaciones de discriminación.

Las garantías individuales que fija el art. 53.1 del TRLET tienen pleno sentido en el despido individual en cuanto que la garantía en el

---

<sup>691</sup> En este sentido señala que *“Lo cierto es que las garantías formales que el ET ha introducido en los casos de despido objetivo (individual, plural) no se trasladan de manera absoluta, sino que existen determinados matices cuando se trata de extinciones contractuales enmarcadas en un despido colectivo. La copia a los representantes de los trabajadores, por expreso mandato legal, solo procede entregarla en los supuestos del artículo 52.c) ET y no en los de despido colectivo.”*



caso del despido colectivo finalizado con acuerdo es, precisamente, este acuerdo empresa-representación de los trabajadores.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016<sup>692</sup>, zanja la cuestión de modo definitivo al poner de manifiesto que, sin perjuicio de que las consecuencias de la omisión de algún requisito legal sean las mismas en el despido objetivo y en el colectivo, en éste último, solo la falta de comunicación con expresión de la causa o la falta de la puesta a disposición del trabajador afectado de la indemnización legal –salvo que la causa sea económica y la empresa carezca de liquidez–, producirán la declaración de improcedencia, señalando que la falta de entrega de la copia de la carta a los representantes de los trabajadores “carece de sentido” en el despido colectivo.

La sentencia de 23 de noviembre de 2016 recoge la doctrina anterior señalando que la doctrina ya se ha unificado en este punto<sup>693</sup>, lo que viene a confirmarse por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017, rec. 1.280/2015, la cual, aun criticando el encadenamiento de preceptos con doble reenvío, señala que el art. 53 circunscribe la exigencia de notificación al supuesto previsto en el art. 52.c, no al supuesto en que la comunicación individual sea consecuencia de la afectación a un trabajador concreto a un despido colectivo<sup>694</sup>.

---

<sup>692</sup> Así, la STS de 7 de abril de 2016, al decir: “Las consecuencias de omitir alguno de los requisitos legales han de ser las mismas que en el caso del despido objetivo individual.

Ahora bien en el caso de despido individual derivado del colectivo solo si se omite la comunicación escrita al trabajador afectado con expresión de la causa o no se pone a disposición del mismo la indemnización devengada (salvo que exista causa económica y no haya liquidez) habrá que declarar la improcedencia del despido, no así en el caso de que no se haya entregado copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores porque aquí «carece de sentido» esta exigencia.”

<sup>693</sup> STS de 23 de noviembre de 2016, F.D. “*TERCERO.- Como hemos anticipado, esa doctrina ya se ha unificado en supuestos semejantes derivados del mismo despidos colectivo, SSTS 228/2016 de 16 marzo (rec. 832/2015), 251/2016 de 30 de marzo de 2016 (rec. 2797/2014), y 855/2016, de 18 de octubre de 2.016 (recurso 728/2015) que hemos de seguir por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley - art. 9.3 CE - cuyo resumen se contiene en la última de las resoluciones citadas, siguiendo la doctrina previamente fijada en nuestra STS de 7 de abril de 2016 (rcud. 426/15).*”

<sup>694</sup> La STS de 31 de mayo de 2017, rec. 1280/2015, reitera la unificación de doctrina señalando, entre otras, las SSTS 228/2016 de 16 marzo (rec. 832/2015), 251/2016 de 30 de marzo (rec. 2797/2014), 281/2016, de 7

---

de abril 2016 (rec. 426/2015), 521/2016 de 14 junio (rec. 3938/2014), 633/2016, de 7 de julio (rec. 246/2015), 1094/2016, de 21 diciembre (rec. 52/2015) y 112/2017 de 8 de febrero (rec. 1655/2015). En el mismo sentido las STS 23 de septiembre de 2014, rec. 231/13; 02 de junio de 2014, rcud. 2.534/13; 23 de febrero de 2016, rec. 50/2015; y 24 de febrero de 2016, rec. 2.707/2014, asunto "Bankia".



## CONCLUSIONES

De los aspectos tratados a lo largo de la tesis doctoral, pueden deducirse cuáles han sido las inquietudes que la actual regulación suscita y cuáles los problemas detectados y que llevan, ahora, a las conclusiones que se vienen a explicitar.

**PRIMERA.-** Las reformas laborales del procedimiento de despido colectivo, iniciadas en el año 2012, han pretendido mejorar la situación laboral sobre dos principios básicos: favorecer la creación de empleo y reducir su destrucción.

Las reformas vienen presididas por el objetivo de flexibilizar la gestión empresarial de los recursos humanos pretendiendo simultáneamente, dar mayor seguridad a los trabajadores e intentar armonizar los intereses en conflicto.

El elevado número de procedimientos de impugnación, así como la aplicación cada vez más mortecina del propio procedimiento de despido colectivo, llevan a la conclusión de que las reformas no han logrado su propósito.

Por todo ello, la valoración de la reforma debe ser crítica, eso sí, más en su aplicación práctica que en su concepción jurídica.

La situación producida a nivel mundial por la pandemia derivada por el coronavirus, el COVID 19, permite augurar, por desgracia, una proliferación de procedimientos de despido colectivo, consecuencia de la

destrucción de tejido productivo derivada del estado alarma declarado el día 14 de marzo de 2020, y todavía vigente al tiempo del depósito de la tesis doctoral ante los órganos de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**SEGUNDA.-** El modelo español de despido colectivo se corresponde con un sistema que favorece la salida de los trabajadores de la empresa ante una situación de crisis y reorganización de la producción.

La legislación española, la vigente y las anteriores, no contienen normas ni previsiones en materia de prevención.

La Unión Europea marca la línea a seguir en el desarrollo normativo de las situaciones de crisis, en el inequívoco sentido de fijar medidas preventivas. Hoy parece necesaria una mayor intervención de la autoridad laboral en la búsqueda de soluciones (*"a los problemas planteados por los despidos colectivos"*, tal como señala el art. 4.2 de la Directiva).

El papel de la autoridad laboral debería estar orientado a la prevención, hacia la evitación de despidos colectivos buscando alternativas a la reestructuración y regulación de empleo.

Ello llevaría consigo la realización de una política preventiva de apoyo -a empresas y trabajadores- basada en una adecuada programación y planificación, que estableciera normas relativas a la movilidad geográfica y a la protección de los colectivos laboralmente más vulnerables, atendiendo muy especialmente a la sostenibilidad.

**TERCERA.-** Tradicionalmente (desde 1.944) la legislación española había venido exigiendo, la intervención administrativa en todo el procedimiento de despido colectivo -desde su inicio, durante su tramitación, hasta su término-, intervención administrativa que había superado todas las vicisitudes, incluso políticas por las que históricamente ha atravesado España, teniendo un carácter protagonista en las situaciones de crisis empresarial en las que, tras varias fluctuaciones, se había concretado en una intervención autorizatoria y correlativamente valorativa de la decisión empresarial.

La supresión en la reforma de 2012 de la autorización administrativa se produce como consecuencia de la configuración del despido colectivo como una institución causal y procedimental.

El sustrato causal, se manifiesta en la objetivación de las causas del despido colectivo, con lo que se pretende la desaparición de la conexión de funcionalidad que, sin embargo, viene a ser sustituida por la proporcionalidad o razonabilidad de la medida, tintando de matices subjetivos la pretendida objetivación causal.

Desde el punto de vista procedimental, entendiéndose que es suficiente con la observancia del procedimiento, lo que trata de implementarse reforzando la documentación que la empresa debe aportar. No obstante, esta suficiencia procedimental tiene sus limitaciones derivadas, básicamente, de la posible impugnación judicial del procedimiento, impugnación que ha resultado fortalecida en las sucesivas reformas, permitiendo distinguir varias posibilidades: la impugnación colectiva planteada por los representantes de los trabajadores; la planteada por el empresario mediante la llamada "acción de jactancia"; la impugnación por los trabajadores individualmente afectados por el despido (todo ello conforme al art. 124 LRJS); y la entablada por la propia autoridad laboral (art. 148, b) de la LRJS).

Sería necesario que, no obstante mantener esa objetivación de las causas, se impusiera legalmente, como medio de ponderación, la razonabilidad de la medida dando criterios legales al intérprete, relativos a la apreciación de dicho elemento corrector de esa, más pretendida que real, objetivación causal. Ciertamente es que la fijación de tales criterios no debe hacer volver a la definición de las causas por el resultado, pero si dar entrada en la norma, por esta vía, a las necesidades de prevención ampliamente recogidas por las instituciones europeas y en las que nuestro derecho todavía no ha tenido siquiera un mínimo desarrollo.

**CUARTA.-** La nueva regulación del procedimiento de despido colectivo no ha tenido, sin embargo, la trascendencia que la reforma seguramente pretendía.

Las principales causas de esta afirmación se encuentran en lo farragoso de un procedimiento -concebido como una garantía en la reforma-, que impone una serie de obligaciones formales, inevitables por otro lado, a las que vienen a unirse las cargas económicas de todo tipo (informes técnicos, comunicaciones, suscripción de convenios especiales, planes de recolocación externa e incluso aportaciones económicas al Tesoro Público) que unidas a la indemnización de *"veinte días de salario por año de servicio...con un máximo de doce mensualidades"*, han producido que esta forma de extinción contractual no resulte atractiva, ni para las empresas que con frecuencia, no obstante concurrir las causas justificativas legalmente establecidas, acudirán al despido disciplinario improcedente, menos complejo para la empresa y económicamente cuantificable desde su concepción; ni para los trabajadores entre los que no tendrá buena acogida al ser la indemnización correspondiente al despido improcedente superior (*"treinta y tres días de salario por año de*

*servicio hasta un máximo de veinticuatro mensualidades*") a la del colectivo.

Es por ello que una futura reforma debería plantearse la reducción de la indemnización por despido colectivo como medio de favorecer la utilización del procedimiento -que legalmente se considera conveniente por la participación de los trabajadores en las negociaciones de buena fe y por ser un medio para "*evitar o reducir los despidos colectivos*" o "*atenuar sus consecuencias*"-, como instrumento para fomentar que, al menos la parte empresarial, esté interesada en acudir a él.

**QUINTA.-** La desaparición de la necesidad de aprobación por la autoridad laboral, y la pérdida de la concepción del despido colectivo como un procedimiento administrativo laboral, han producido que la mínima intervención de aquella autoridad carezca de verdadera eficacia.

Parece necesario fortalecer su intervención dotándole de una participación más activa, atribuyéndole una labor de asesoramiento y vigilancia sobre la corrección de la tramitación -evitando con su intervención que se produzcan nulidades-, e interviniendo como correa de transmisión en el traslado de información entre partes, estableciendo procesos transparentes con períodos de consulta previa y adecuadamente informados.

**SEXTA.-** El despido colectivo se concibe, en la regulación vigente, como un mecanismo de flexibilidad externa, cuya existencia y aplicación plantea necesidades no cubiertas que exigen cambios legislativos.



La vía por la que deberían discurrir esos cambios, y en lo que habrían de profundizar, supondría concebir las medidas de flexibilización -la flexiseguridad que es uno de los leitmotiv de la reforma de 2012-, como un mecanismo bidireccional que concilie y atienda, tanto a las necesidades de la empresa como a las de los trabajadores.

A estos efectos, se deberán reforzar los mecanismos de consulta y de toma de decisiones, manteniendo la prioridad de las representaciones sindicales y limitando o eliminando las comisiones *ad hoc*, lo que reforzará notablemente la situación de los trabajadores en la negociación ante un despido colectivo.

Sería necesaria una reforma normativa que incorpore, como contenido mínimo de los convenios colectivos para empresas pluricelulares, una cláusula de creación de comités intercentros a los que se atribuya expresamente la facultad negociadora, dadas las implicaciones prácticas negativas que genera la ausencia de este órgano unitario de creación derivada.

**SÉPTIMA.-** La naturaleza jurídica del periodo de consultas, concebido como una auténtica negociación colectiva, supone la legitimación de la comisión negociadora para adoptar, de buena fe, acuerdos que no dispongan de derechos individuales de carácter necesario y que no conculquen las disposiciones legales.

Salvadas estas dos limitaciones, su efectividad radica en que, en base a la necesaria repercusión de lo actuado por los representantes en la esfera de los representados, lo acordado por la comisión negociadora conforme a las exigencias de la buena fe vinculará a todos los trabajadores representados.

Ello determina que los trabajadores afectados no podrán impugnar individualmente el acuerdo más que para plantear cuestiones individuales que afecten al demandante, pero no cuestiones como las causas cuya existencia, admitida por la comisión negociadora durante el periodo de consultas, solo podrán ser impugnadas por los sujetos colectivos, no por los trabajadores individualmente afectados salvo en el caso de que se hayan adoptado fraudulentamente.

Estas consideraciones llevan inevitablemente a la misma conclusión, la necesidad de reforzar las comisiones negociadoras como medio de salvaguardar los derechos individuales.

**OCTAVA.-** El periodo de consultas está concebido, y debe dedicarse, al análisis de la concurrencia de las causas alegadas y su intensidad para abordar la manera de adecuarlas a las circunstancias.

Sin embargo, en numerosas ocasiones ese análisis queda minimizado por cuanto el periodo de consultas se dedica al estudio de las consecuencias económicas de la medida desatendiendo la valoración de las causas y de su intensidad.

Del mismo modo, la aportación documental también reduce el estudio de la existencia de las causas y de su intensidad, dado que los distintos sindicatos que forman la comisión recaban documentación de la empresa muchas veces sin justificar su pertinencia y sin acordar previamente entre ellos la que va a ser requerida. Es también muy frecuente que las propuestas sindicales tampoco se presenten a la empresa previo consenso entre los diferentes sindicatos miembros, lo que dispersa las respuestas de la empresa y revierte en la mala calidad de la negociación, cuando no la vicia por completo.

La calidad y la coherencia de la negociación durante el periodo de consultas exigiría que, del mismo modo que el art. 7 del RPDC determina el número de reuniones y el intervalo entre ellas, se fijaran las normas para que los diferentes sindicatos integrantes de la comisión negociadora tuvieran que acordar, tanto la documentación que se va a recabar de la empresa, como las propuestas sometidas a la consideración empresarial, lo que facilitaría y dotaría de coherencia a la negociación haciéndola más eficaz.

**NOVENA.-** La negociación llevada a cabo durante el periodo de consultas, adolece en la práctica de graves dificultades que redundan en una pérdida de eficacia.

Entre las razones que provocan estas dificultades -y sobre las que el ordenamiento jurídico debería intervenir-, destaca la desconfianza mutua existente entre las partes, especialmente por entender que plantear medidas de flexibilidad interna o externa, supone una agresión a los derechos de los trabajadores. Esta desconfianza podría paliarse con una modificación de los derechos de información y consulta previstos legalmente (art. 64.5 TRLET) imponiendo que tengan lugar de modo real, no solo formal, antes de plantear cualquier medida modificativa o extintiva. Si la información legalmente prevista se hiciera llegar periódicamente a los representantes de los trabajadores dándoles a conocer la situación económica y productiva y los cambios organizativos o tecnológicos que la empresa va implementando, ese clima de desconfianza cesaría, consiguiéndose que el periodo de consultas fuese más efectivo y menos traumático, razón por la que se hace necesario dar entrada entre los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores, a esta obligación de información periódica.

En definitiva, debe advertirse que es el desconocimiento sobre la situación real de la empresa por parte de los representantes legales de los trabajadores, así como el temor empresarial a la impugnación del acuerdo o de la decisión a que pueda llegarse, lo que lo dificulta extraordinariamente el periodo de consultas y, por tanto, lo que debe atajarse.

**DÉCIMA.-** La concepción actual de las medidas de flexibilidad, con preferencia de las internas sobre las externas, debería potenciar los sistemas de adaptación internos, limitando los externos a situaciones extremas.

La regulación legal debería prever sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, siendo conveniente que se establecieran normas sobre el particular en los convenios colectivos carentes hoy, en general, de disposiciones al respecto.

Sería conveniente, prever sistemas de mediación y arbitraje, como medio de resolver extrajudicialmente las discrepancias producidas en la tramitación del procedimiento.

El limitado papel atribuido en la nueva regulación a la autoridad laboral, es una extraordinaria oportunidad para encomendarle una función mediadora o arbitral, mediante la previsión de cláusulas de sumisión expresa de los representantes de los trabajadores y de la empresa a procedimientos de esta naturaleza, sustanciados ante dicha autoridad evitando, con ello, la saturación de los órganos judiciales.

**UNDÉCIMA.-** El modelo español de despido colectivo se corresponde con un sistema que favorece la salida de los trabajadores de la empresa ante una situación de crisis y reorganización de la producción.

La legislación española, la vigente y las anteriores, no contienen normas ni previsiones en materia de prevención. El papel de la autoridad laboral debería estar orientado hacia la prevención, hacia la evitación de despidos colectivos buscando alternativas a la reestructuración y regulación de empleo.

Ello llevaría consigo la realización de una política preventiva de apoyo -a empresas y trabajadores-, basada en una adecuada programación.

**DUODÉCIMA.-** La normativa vigente establece al regular la comisión negociadora, una única comisión en todo caso, aun en el de que el despido sea plurilocal.

Esta exigencia es consecuencia de que, como se ha visto, el derecho español concibe el despido colectivo como una medida que afecta a la totalidad de la empresa y no, como hace el derecho europeo, al centro de trabajo.

La modificación de la norma española para adecuarla a la comunitaria, es decir, la rectificación de la inadecuada trasposición realizada por el derecho español -puesta de manifiesto a lo largo de toda la tesis-, tendría, como lógica consecuencia la admisión de procedimientos en los que la negociación pueda ser parcial, formándose tantas comisiones como centros de trabajo queden afectados, en las que se puedan adoptar acuerdos diferentes para cada uno de ellos.

Sería el medio de permitir negociaciones que al afectar a un número menor de trabajadores, que conocen mejor los problemas específicos que les afectan, permitieran que las negociaciones fuesen menos tensas y más eficaces, aumentándose la posibilidad de acuerdos.

**DECIMOTERCERA.-** En cuanto al valor de los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas, la legislación vigente se aparta en materia de despido colectivo de lo previsto para la flexibilidad interna.

Respecto a ésta última, alcanzado el acuerdo, se atribuye legalmente la presunción de la existencia de las causas alegadas permitiéndose la impugnación solamente en casos de *“fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”*.

El TRLET, al no contener una norma equivalente para el procedimiento de despido colectivo, hace de peor condición el resultado de la negociación en este caso, al posibilitar la impugnación de la concurrencia de las causas aún en el supuesto de que el periodo de consultas haya finalizado con acuerdo, lo que ha venido siendo salvado por la jurisprudencia, atendiendo al nivel de refrendo del acuerdo dentro de la comisión negociadora, pero exige la modificación y equiparación del valor de la negociación colectiva en ambas medidas de flexibilidad.

**DECIMOCUARTA.-** La trasposición de la Directiva 98/59 al derecho interno ha sido objeto de numerosas cuestiones que han generado una abundante jurisprudencia, tanto nacional como supranacional.

El Derecho de la Unión obliga a distinguir entre normas de derecho “primario” y “derivado”: el primario, los tratados, fijan las bases o reglas

fundamentales que rigen la actuación de la Unión Europea; el derivado, los reglamentos, directivas y decisiones, nace de los principios emanados de los tratados y da cumplimiento a los objetivos marcados por ellos.

Las directivas, como derecho derivado, no son objeto de aplicación directa debiendo ser incorporadas al ordenamiento interno mediante su trasposición.

La trasposición llevada a cabo en el procedimiento de despido colectivo, plantea numerosos problemas interpretativos, que llevan a la conclusión de que adolece de graves defectos, la mayor parte de los cuales son salvados mediante la integración que de los mismos, vienen haciendo la doctrina y la jurisprudencia nacional y europea.

Entre tales problemas, el primero a destacar es la concepción diferente entre el ordenamiento europeo y el nacional, referido el europeo a las extinciones por "*motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*" y circunscrito, el nacional, a las extinciones que se producen por "*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*", concepción hoy completamente superada, de manera que deben incluirse, no solo los producidos por tales causas sino por cualesquiera otras ajenas a la voluntad de los trabajadores, lo que hace patente la necesidad de modificar la determinación de las previstas en el ordenamiento jurídico español, para dar franca entrada a todas estas causas.

El otro gran defecto de la trasposición de la Directiva al derecho interno, hoy superado plenamente, es el relativo a la unidad de referencia del despido colectivo: centro de trabajo o empresa.

No cabe duda de que entender como única unidad de referencia la empresa, es contrario al derecho de la Unión cuando con ello se obstaculiza el procedimiento de información o consulta, no en los demás

casos. Sin embargo, añadir al centro de trabajo la empresa es perfectamente compatible con la normativa europea, siempre que su utilización sea más favorable para los trabajadores.

**DECIMOQUINTA.-** Los cambios en la contratación laboral se han producido, fundamentalmente, por la temporalidad, pero también por otros aspectos, entre los que destacan, la aparición de terceros en la tradicional estructura bilateral, trabajador y empresario, consecuencia de la aparición de las Empresas de Trabajo Temporal, de la intervención en la gestión del empleo de sujetos privados –las agencias de colocación-, y sobre todo, los cambios en las organizaciones empresariales, factores todos ellos que han propiciado la evolución, desde un modelo o concepto de empresa que abarcaba todas las fases del proceso productivo, hacia una empresa descentralizada, mediante la externalización o subcontratación con empresas contratistas, de parte de sus procesos de producción, dando lugar a lo que se ha dado en llamar empresas red, al estar integradas por una trama de empresas.

A pesar de todos estos cambios, el Derecho español, lejos de acomodarse a ellos, sigue anclado en su carácter tuitivo tradicional, basado en la estabilidad en el empleo y en la causalidad en la contratación y en la extinción del contrato.

Sería necesario evolucionar hacia la perspectiva de que la empresa ya no es una organización de elementos patrimoniales, económicos, técnicos y personales, sino que es una organización en la que se tiende a limitar al mínimo todos estos elementos, y en especial el elemento humano, la plantilla, mediante la celebración de contratos mercantiles con otras empresas a las que se externalizan parte de sus actividades permitiéndole minimizar la plantilla, al carecer la empresa que recibe los



servicios, de relación laboral con los trabajadores que se los prestan, en ocasiones, en sus propios centros de trabajo.

La empresa contratista se caracteriza por su versatilidad y capacidad para extender sus servicios a cualquier necesidad de la empresa comitente, lo que produce, además, un cambio sociológico, produciéndose una evolución desde la especialización a la polivalencia de los trabajadores, tendiendo a formarles con capacidad para adecuarse a cualquier necesidad de la empresa comitente.

Todas estas circunstancias, desatendidas por el Derecho español, exigirán cambios legislativos que vayan superando esa concepción tuitiva realizando ajustes legislativos que permitan contemplar estas nuevas realidades, acomodando las instituciones a los cambios producidos en la realidad empresarial.

**DECIMOSEXTA.-** La deslocalización, concebida como el cierre total o parcial de una empresa o centro de trabajo seguido de su apertura en una ubicación distinta en otro lugar, se ha convertido en una realidad que influye notablemente en las relaciones laborales. Lo normal es que la deslocalización se produzca desde un país desarrollado a otro en vías de desarrollo, con la alteración que ello provoca en la mano de obra.

Íntimamente unida a la deslocalización está otro fenómeno igualmente en auge, la globalización, que supone la extensión del sistema capitalista, basado en la libre competencia y el libre mercado, factores a los que viene a unirse la movilidad del capital, dada la facilidad con la que puede trasladarse.

La deslocalización supone poder buscar la mano de obra allí donde ésta resulte más barata, circunstancia que afecta a la legislación laboral,

tanto en el país de origen –el desarrollado- en el que se ejerce presión para que la reglamentación laboral sea menos garantista, como en el país de destino –en vías de desarrollo-, que mediante una legislación laboral más laxa pretenderá captar inversión extranjera.

La deslocalización produce, además, un efecto de vaso comunicante de modo que, al aumento del desempleo en el país de desarrollado de origen, le sigue el crecimiento de puestos de trabajo en el país subdesarrollado de destino; lo que acarrea otra consecuencia ineludiblemente unida, cual es, el aumento del coste social en el país de origen y su disminución en el país de destino.

Esta nueva realidad sociológica precisará de algún ajuste en materia de despido colectivo, especialmente desde esa perspectiva preventiva que la normativa europea quiere implantar, lo que supondrá la implementación de medidas –en forma de beneficios fiscales, subvenciones o, desde otra perspectiva, penalizaciones- que traten de evitar esta nueva vía de pérdida de empleos.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTI MARAGALL, J. y SERNA CALVO, M., "Impugnación judicial de los despidos colectivos en el RDL 3/2012: ¿Cuál debe ser el alcance del control judicial de la causa?" BIB 2012\535, en *Aranzadi Social*, número 1/2012. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.

- ALCÁZAR ORTIZ, S., "*El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*", Ed. Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor, Navarra, 2015.

- ALFONSO ESTEBAN, M., "Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 26, 2013.

- ALFONSO MELLADO, C.L., "*Extinción del contrato de Trabajo*", VVAA, Módulo 11 "Extinción del contrato por causas objetivas", coordinadores SALCEDO BELTRÁN, M.C., RODRIGUEZ PASTOR, G. E., Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013.

- ALFONSO MELLADO, C.L., "*Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública*", Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2013.

- ALFONSO MELLADO, C.L., SALA FRANCO, T., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y BLASCO PELLICER, A., "La contratación temporal: un pacto posible", *La Ley Digital*, 3091/2001.

- ALFONSO MELLADO, C.L., "Comentario: Impugnación de acuerdos en periodo de consultas de despido colectivo (a propósito de la STS de 27 enero de 2015, TOL 4743779)", *Base de datos Tirant Lo Blanch*.

- APARICIO TOVAR, J., "*Garantías de empleo y derechos laborales en la ley 35/2010 de reforma laboral*", en VVAA, "I. TRABAJO, EMPLEO Y

POLÍTICA. La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010", Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2011.

- ARIAS DOMINGUEZ, A., "Tres años de reforma del despido colectivo, ¿Ha conseguido su propósito el legislador?", Ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2014.

- AZAGRA SOLANO, M., "Despido colectivo: comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores", *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1/2014.

- BALLESTER LAGUNA, F., "El despido colectivo en el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto" en *Actualidad Laboral*, número 11, Sección Estudios, noviembre 2013, tomo 1, Ed. Wolters Kluwer.

- BLASCO PELLICER, A., ALBIOL MONTESINOS, I., "Extinción del contrato de trabajo", AAVV, directores, GOERLICH PESET, J.M., GARCÍA RUBIO, M.A., Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011.

- BLASCO PELLICER, A., "La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2.012", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013.

- BLASCO PELLICER, A., "Los expedientes de regulación de empleo", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2009.

- CABEZA PEREIRO, J., "La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos:", *Revista de Derecho social*, número 57, 2012, Editorial Bomarzo, Albacete.

- CABEZA PEREIRO, J., "Los planes de igualdad y la negociación colectiva", *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, número 21, 2007, págs. 35 a 46.

- CABEZA PEREIRO, J., "La buena fe en la negociación colectiva", *EGAP*, Santiago de Compostela, 1995.

- CANALS, C., "Offshoring y deslocalización: nuevas tendencias de la economía internacional", *DOCUMENTOS DE ECONOMÍA "la Caixa"*, número 3, diciembre de 2006.

- CASARES, J., *"Diccionario Ideológico de la Lengua española"*, Ed. Gustavo Gili, S.A., 2ª edición, Barcelona, 1963.

- CASAS BAAMONDE, M. E., "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, número 2, 2014.

- CAVAS MARTÍNEZ, F., "El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 58/2005.

- CAVAS MARTÍNEZ, F., "La legitimación en el proceso de impugnación del despido colectivo del art. 124", *Revista Derecho Social y Empresa*, ISSN: 2341-135X número 9, septiembre 2018.

- CAVAS MARTÍNEZ, F., "Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado", BIB 2019\1433, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 216/2019 parte Estudios, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2019.

- CERVERA SOTO, T., *"El despido colectivo claves prácticas y análisis jurisprudencial"*, Ed. Thomson Reuters Lex Nova, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016.

- CRUZ VILLALÓN, J., *"Compendio de derecho del trabajo"*, Ed. Tecnos, 3ª edición, Valladolid, 2014.

- DE LA DEHESA ROMERO, G., *"Comprender la Globalización"*, Ed. Alianza Editorial, 1ª edición, Madrid, 2000.

- DEL REY GUANTER, S., *"Tratado de despido colectivo"*, VVAA director GODINO REYES, capítulo 5 "La fase previa al periodo de consultas: la comunicación de la intención un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016.

- DESDENTADO BONETE, A., "Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales", *Actualidad Laboral*, Ed. LA LEY, número 17, tomo 2, Sección Estudios, octubre 2012.

- DESDENTADO BONETE, A., *"La ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia"*, VVAA director MERCADER UGUINA, "Comentario al artículo 124 LRJS", Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2015.

- DESDENTADO BONETE, A., "Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo", *Nueva Revista Española del Derecho del Trabajo*, número 169, 2014.

- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *"Grupos de empresas y despidos económicos"*, Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2014.

- DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N.A., *"Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas"*, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2007.

- DESDENTADO DAROCA, E., *"La personificación del empresario laboral. Aspectos sustantivos y procesales"*, Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2006.

- DOMÍNGUEZ MARTÍN, A., "Despido colectivo estando vigente una suspensión temporal: cómo, cuándo y por qué.", en *Aranzadi Doctrinal*, número 3/2015, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- ECO, U., *Folha de San Paulo*, enero de 2000.

- ERMIDA URIARTE, O, "Deslocalización, globalización y derecho del trabajo", *Iuslabor*, número 1/2007 ISSN-e 1699-2938.

- FALGUERA BARÓ, M.A., *"El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales"*, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, mayo de 2015.

- FALGUERA BARÓ, M.A., *"El control judicial del despido colectivo"*, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2016.

- FOLGUERA CRESPO, J.A., *"La aplicación práctica de la reforma laboral"*, en AAVV, directores, PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., capítulo "Impacto de la reforma laboral en el proceso", Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2013.

- FEIJÓO REY, M.J., "La Directiva sobre despidos colectivos: Su incidencia en el Ordenamiento laboral español" (I), páginas 57 a 63, Revista número 70, (y II), páginas 84 a 94 Revista número 71, *Noticias CEE*, 1990.

- FERNÁNDEZ BRICEÑO, L., "Recensiones", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 31.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J. y MARTÍNEZ LUCIO, M., "El discurso del despido libre en España: una reflexión sobre el papel de los mitos y los prejuicios en las políticas de empleo españolas", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, número 1 (2014), páginas 191-219.

- GADOTTI, M., "*Pedagogía da Terra*", Ed. Peiropolis, 2ª edición, Sao Paulo, 2000.

- GARCÍA CALAVIA, M.A., "Despidos laborales. Fracturas sociales e identitarias", *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, Vol. LXVI, número 51, Septiembre-Diciembre, 123-144, 2008, ISSN: 0034-9712

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I., "La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos." *Actualidad Laboral*, número 9, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 mayo. 2012, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I., "*Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral*", Ed. Thomson Reuters, 1ª edición, Valladolid, 2013.

- GARCÍA RODRIGUEZ, B., AAVV, "*Tratado de despido colectivo*", AAVV, director GODINO REYES, M., Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016.

- GARCÍA RUBIO, M.A., "*Extinción del contrato de trabajo*", AAVV, director ALBIOL MONTESINOS, I., capítulo 1 "La extinción por mutuo acuerdo", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011.

- GARRIDO PÉREZ, E., "*Los despidos por causas económicas y empresariales*", VVAA, director CRUZ VILLALÓN, J., capítulo "El ámbito



material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, Ed. Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1996.

- GOERLICH PESET, J.M., “*Reforma laboral 2.012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”, AAVV, directores GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGINA, J.R., Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2012.

- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J y DÍAZ ZAFORAS, D., “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista española de derecho europeo*, ISSN 1579-6302, número 57, 2016.

- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Empresa, centro de trabajo y despido colectivo. Comentario a la STJUE de 13 mayo 2015, asunto Rabal Cañas (C-392/13)”, BIB 2015\2565, *Revista de Información Laboral*, número 6/2015, Ed. LEX NOVA.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, BIB 2018\8355, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4/2018, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2018.

- GONZALEZ ALARCÓN, A., “*La llamada fase individual del despido colectivo*”, AAVV, director MOLERO MANGLANO, C., epígrafe II.6 “La forma de la carta de despido y entrega de copia a los representantes”, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015.

- GORDIMER, N., “Uma Carta às Futuras Gerações”, *Tempos de reflexão*, 1.999

- GORDIMER, N., “A face humana da globalização”, *Folha de San Paulo, Caderno Mais*, enero de 2000.

- GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ, M., “*La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*”, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2016.

- INDA ERREA, M., “En el marco de un ERE es válido el acuerdo colectivo del aplazamiento de la indemnización a la fecha de efectividad

del despido. STS, de 12 junio 2014 (JUR 2014, 182637)", BIB 2014\3370, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6/2014, Editorial Aranzadi, S.A.

- LLOBERA VILA, M., "La respuesta europea a las «empresas buzón»: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Volumen 10, número 2, ISSN 1989-4570

- LLOMPART BENNÀSSAR, M, "Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente", *Temas Laborales*, número 134, 2016, páginas 167-192.

- LLUCH CORELL, F.J., La impugnación de los despidos colectivos tras la Ley 3/2012, de 6 julio: una aproximación al art. 124 LRJS (I). EDB 2012/215725, *Revista de Jurisprudencia*, número 1, el 13 de diciembre de 2012.

- LÓPEZ-CANOSA FERNÁNDEZ, C., "¿Es discriminatorio excluir del despido colectivo a trabajadores mayores de 50 años?" BIB 2018\7031, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 938/2018 parte Análisis. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

- MARQUEZ PRIETO, A., "El sistema de negociación colectiva en España", VVAA, directores MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., capítulo 14 "El procedimiento negociador", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2013.

- MARTÍN FLOREZ, L., "La aplicación práctica de la reforma laboral, un estudio de la ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013", AAVV, directores MERCADER UGUINA, J.R. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., capítulo "El despido procedimiento de despido colectivo, suspensión y reducción de jornada", Ed. Lex Nova Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2013.

- MARTÍN RIVERA, L., "El despido objetivo por necesidades de la empresa", Ed. Reus, 1ª edición, Madrid, 2009. Pags 230 y 231

- MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., "El despido colectivo. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012", Ed. Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2012.

- MARTÍN VALVERDE, A., "Reestructuración laboral de las Administraciones y entidades públicas", *Documentación laboral*, número 97, 2013, volumen I, páginas 75 a 101.
  
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARRUFÉ VARELA, A., "*Derecho crítico del trabajo, Critical labor law*", Ed. Atelier Libros jurídicos, 4ª edición, Barcelona, 2016.
  
- MARTÍNEZ GIRÓN, M. A., "*La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*", Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2017.
  
- MAURANDI GUILLÉN, N., "*Comentarios a la Ley Reguladora de la jurisdicción social*", AAVV, (comentario del artículo 148), Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2012.
  
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., "*Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1ª edición, 2013.
  
- MERCADER UGUINA, J.R., "*Lecciones de Derecho del Trabajo*", Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª edición, Valencia, 2019.
  
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. "Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del despido objetivo y colectivo.", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 1, año 2011.
  
- MONEREO PÉREZ, J.L.: "La intervención administrativa en los despidos colectivos", en *Temas laborales*, número 25/2014.
  
- NAVARRO NIETO, F., "*Los despidos colectivos*", Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1996.
  
- ORELLANA CANO, A.M., "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*, número 17, octubre de 2012.
  
- PASTOR MERCHANT, J.: "El incierto futuro del Despido Colectivo en España tras la Sentencia de 13 de mayo de 2015 del TJUE", en *Diario La Ley*, número 8.560, Sección Tribuna, 12 de junio de 2015, Ed. La Ley 4065 2015.

- PÉREZ CAPITÁN, L., "El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada", Ed. Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2013.

- PONCE RODRÍGUEZ, S. y RODRÍGUEZ LEÓN, I., "Despido colectivo", BIB 2014\1959, *Revista de Información Laboral*, número 3/2014, Ed. Lex Nova.

- POQUET CATALÁ, R, "Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012", publicado en *Aranzadi Social*, número 9/2013.

- POSE VIDAL, S., "Tratado de despido colectivo", AAVV, directores GODINO REYES, M., GARCÍA RODRIGUEZ, B., capítulo 9 "El periodo de consultas: la documentación preceptiva a entregar por el empresario", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016.

- PRECIADO DOMENECH, C. H., "El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/2012 de 6 de julio", Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2013.

- PURCALLA BONILLA, M.A., "Deslocalización de empresas: problemática y alternativas", *Revista de Derecho Social*, número 39, julio-septiembre de 2007

- QUESADA SEGURA, R., "El sistema de negociación colectiva en España", VVAA, directores MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., capítulo 14 "El procedimiento negociador", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2013.

- QUINTERO LIMA, M. G., "El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa", *Revista de información laboral*, número 5/2016, parte Art. Doctrinal, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2016.

- REQUENA MONTES, O., "La puesta a disposición de la indemnización por extinción del contrato de trabajo en los despidos colectivos con acuerdo (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 2567/2014, de 2 de junio. Rec. Ud. 2534/2013)",

BIB 2014\3747, *Revista de Información Laboral*, número 8/2014, Edificio Lex Nova.

- RIOS MESTRE, J.M., "*Despido colectivo y concurso de acreedores*", Ed. Civitas, 1ª edición, Navarra, 2012.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "*Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*", Ed. Iustel, 1ª edición, Madrid, 2013.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: "El Despido Colectivo frente a la flexibilidad interna", en *Revista de Derecho Social, RDDS*, número 2017/79, 2017, Ed. Bomarzo.

- ROJAS, R., "El Tribunal europeo modifica los umbrales del despido colectivo en España", *Fiscal & laboral al día*, número 239, octubre 2015.

- ROQUETA BUJ, R., "Los despidos colectivos en el sector público: causas y procedimiento", *Revista documentación laboral*, número 97, 2013, Vol. I.

- ROQUETA BUJ, R., "*La reestructuración de las plantillas laborales en las administraciones públicas: el Real Decreto-Ley 3/2012*", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2012.

- SÁEZ LARA, C., "Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal", *Relaciones Laborales*, número 7, 2012.

- SÁEZ LARA, C., "*Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015.

- SALA FRANCO, T y BLASCO PELLICER, A, "La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia", *Actualidad Laboral*, número 8, Sección Estudios, quincena del 16 al 30 abril de 2009, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer.

- SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M., "*Tratado de despido colectivo*", VVAA, director GODINO REYES, capítulo 20 "El proceso de impugnación del despido colectivo: legitimación activa y pasiva", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016.

- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "La nueva regulación del convenio especial y la cláusula telefónica", *Aranzadi Social*, 9/2013.

- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. "La indemnización por extinción del contrato de interinidad. Cambio de doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia TJUE (Gran Sala) de 5 de junio 2018 [ECLI:EU:C:2018:393], *Temas Laborales*, número 144/2018. Páginas 185-195

- SOLÀ I MONELLS, X., "La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo", *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2016, Vol. 3, 12-24, Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES), Institut d'Estudis del Treball (IET), Universidad Autónoma de Barcelona.

- VALDÉS DAL-RÉ, F., "La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación", en *Revista Laboral*, número 11, 1999 (versión digital).

- VAQUERO LÓPEZ, C., "Mecanismos de Derecho internacional privado europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XVII, 2017.

- VARAS GARCÍA, P., "Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo: una nota técnica", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, número 10, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 1997.

- VARELA AUTRÁN, B., "El despido objetivo en el sector público", *Diario La Ley*, número 7945, 2012.

- VILA TIERNO, F., "El sistema de negociación colectiva en España", VVAA, directores MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., capítulo 14 "El procedimiento negociador", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2013.

- VIQUEIRA PÉREZ, C., "La extinción del contrato de Trabajo de los trabajadores maduros", VVAA, Capítulo 12 "Edad, discriminación y derechos", coordinadores CABEZA PEREIRO, J, CARDONA RUBERT, B., FLORES GIMÉNEZ, F., Ed. Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2019.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ABRIL LARRAINZAR, M.P., *"Información, consulta y negociación en el despido colectivo"*, Ed. Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- ALBIOL MONTESINOS, I., *"Compendio de Derecho del trabajo"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2010.

- ALBIOL MONTESINOS, I., *"Extinción del contrato de trabajo"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011.

- ALFONSO MELLADO, C.L., SALA FRANCO, T., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y BLASCO PELLICER, A., "La contratación temporal: un pacto posible", en *Actualidad Laboral*, 2001-1, página 326.

- ALZAGA RUIZ, I., "El despido: aspectos sustantivos y procesales. La extinción de los contratos de trabajo en empresas declaradas en concurso", en AAVV, *"La extinción del contrato de trabajo"*, Director SEMPER NAVARRO, A., MARTÍN JIMÉNEZ, R. Coordinador, Ed. Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- BALLESTER LAGUNA. F.: "Finiquito y reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido con acuerdo de una indemnización inferior a la establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores", *Relaciones Laborales*, número 13, julio 2009.

- BARBANCHO TOVILLAS, F., GARCÍA NINET, J.I. (director), *"Derecho del trabajo"*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- BAYLOS GRAU, A., CABEZA PEREIRO, J., CRUZ VILLALÓN, J., SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. y VALDÉS DAL-RE, F. (coordinadores), *"La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010"*, Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª edición, Las Rozas (Madrid), 2015.

- BEL ANTAKI, J.: "¿Puede un despido colectivo declararse parcialmente ajustado a Derecho?", en *Aranzadi doctrinal social*, paraf.

número 55/20138/2013, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (Aranzadi Academic, Thomson Reuters).

- BENAVENTE TORRES, I., "Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación", *Temas Laborales*, vol. 124, 2014.

- BENAVIDES VICO, A., "El ajuste de las condiciones laborales", Ed. Lex Nova Thomson Reuters, 2ª edición, Pamplona 2013.

- CALDEIRO RUIZ, E., "Primeras reacciones tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015 sobre el cómputo del umbral numérico del despido colectivo", en *Aranzadi Actualidad jurídica*, 909/2015, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015 BIB2015\2826.

- CALVO CALMACHE, A. (Coordinador), "Los nuevos retos del Derecho del Trabajo: cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales", Ed. Huygens, 1ª edición, Barcelona, 2018.

- CASAS BAAMONDE, M. E., "Unidades de cálculo en los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa, extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores". *Derecho de las relaciones laborales*, número 4, julio de 2015.

- CEINOS SUAREZ, A., "El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo", Ed. Thomson Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2008.

- CRUZ VILLALÓN, J., "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", AAVV, directores GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Ed. Thomson Reuters Lex Nova, 11ª edición, Madrid, 2018.

- CUBA VILA, B., "Anuario laboral 2014", Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2014.

- DEL REY GUANTER, S., "EL FUTURO DEL TRABAJO QUE QUEREMOS" Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019).



- DEL VAL TENA, A.L., "El Derecho del trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica", en AAVV, directores, SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. y MONEREO PÉREZ, J.L., "Las crisis empresariales y el supuesto de despido por circunstancias objetivas", Ed. Comares, 1ª edición, Granada, 2010.

- DESDENTADO BONETE, A., DESDENTADO DAROCA, E., "Grupos de empresas y despidos económicos", Ed. Thomson Reuters Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2014.

- DESDENTADO BONETE, A., "Despido colectivo y proceso. Algunas reflexiones sobre el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", *Actum Social*, número 97, marzo 2015, Ediciones Francis Lefebvre.

- ESPÍN SÁEZ, M., "Jurisprudencia laboral práctica", Ed. Lex Nova Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2015.

- ESTEVE SEGARRA, A., "Extinción del contrato de trabajo", AAVV, director ALBIOL MONTESINOS, I., "Muerte, incapacidad y jubilación del trabajador", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011.

- FALGUERA BARÓ, M.A., "Criterios diferenciadores entre despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción", *Revista de Información Laboral*, número 10/2015, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015.

- FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J., "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*, número 7414, 2010 (versión on line).

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I. y MERCADER UGUINA, J. R., "El concepto jurídico laboral de «inherencia» y sus proyecciones sobre el despido colectivo (Notas jurisprudenciales sobre el uso de la expresión «otros motivos no inherentes a la persona del trabajador» por el art. 51.1 ET)", *Revista de Derecho del Trabajo Justicia Laboral*, 2013, número 53.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I. y MERCADER UGUINA, J.R., "De nuevo sobre las extinciones que deben computarse en el despido colectivo y los plurales criterios del tribunal de justicia de la Unión

Europea”, BIB 2015\18180, *Revista de Información Laboral*, número 12/2015, Lex Nova.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., *“Reforma laboral de 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”*, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2012.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *“Despido colectivo, suspensión del contrato y reducción de jornada un año después de la reforma laboral”*, Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2014.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *“Manual de Derecho del Trabajo”*, Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2015.

- GARCÍA MURCIA, J., *“Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia”*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *“Alternativas y propuestas para un nuevo sistema de indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo: notas para un debate.”* BIB 2014\1254, *Revista de Información Laboral* número 3/2014, Edificio Lex Nova.

- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *“El coste del despido y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico”*, Ed. Lex Nova Thomson Reuters, 1ª edición, Valladolid, 2014.

- GINÉS I FABRELLAS, A., *“Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”* (BIB 2010, 2374), en *Aranzadi Social*, número 14, 2010 (versión on line). 25/04/2018.

- GOERLICH PESET, J.M. director, *“Derecho del Trabajo”*, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2018.

- GOERLICH PESET, J.M., *“Libro homenaje a Abdón Pedrajas”*, AAVV, coordinador SALA FRANCO, T., *“Modificación de las condiciones de trabajo, extinción por voluntad del trabajador”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

- GOERLICH PESET, J.M., *"Extinción del contrato de trabajo"*, AAVV, director, ALBIOL MONTESINOS, I., *"La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011.

- GÓMEZ DE LA FLOR GARCÍA, M<sup>a</sup>. E. y VELASCO PAÑOS, M., *"Protocolos de despido y medidas de flexibilidad"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *"El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta"*, Ed. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, abril de 2009.

- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., *"Modalidades de extinción del contrato de trabajo análisis de su régimen jurídico"*, AAVV, director MONEREO PÉREZ, J.L., *"Despido colectivo en el régimen jurídico concursal. Puntos críticos tras la reforma concursal y laboral"*, Ed. Comares, 1ª edición, Granada, 2014.

- LAHERA FORTEZA, J., *"Nueva configuración del despido colectivo"*, en *Trabajo y Derecho*, número 34/2017 (OCT), de 1 de octubre de 2017, Ed. Wolters Kluwer.

- LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO PELLICER, A. Coordinadores, en VVAA *"Crisis de empresa y Derecho del Trabajo"*, Ed. Tirant lo Blanc, 1ª edición, Valencia, 2010.

- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. *"La modalidad procesal de despidos colectivos"*, *Diario La Ley*, número 7.863, mayo 2012.

- MARÍN MARTÍNEZ, F., *"Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores"*, Ed. Tirant lo Blanc, 1ª edición, Valencia 2017.

- MARTÍN FLOREZ, L., *"Despido colectivo, suspensión del contrato y reducción de jornada un año después de la reforma laboral"*, AAVV director GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *"El despido colectivo"* Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2014.

- MARTÍN RIVERA, L., *"El despido objetivo por necesidades de la empresa"*, Ed. Reus, 1ª edición, Madrid 2008.

- MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *"¿Despido verbal o abandono?"*, *Aranzadi social*, 2001 (BIB 2001, 722).

- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *"Derecho del Trabajo. Transformaciones ante la crisis"*, SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. directora, Ed. Juruá Editorial, 1ª edición, Lisboa, 2016.

- MELLA MÉNDEZ, L., *"La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI"*, Ed. Wolters Kluwer España, 1ª edición, Las Rozas (Madrid), 2018.

- MERCADER UGUINA, J.R., *"Lecciones de Derecho del Trabajo" procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013.

- MERCADER UGUINA, J.R., *"Esquemas de Derecho del Trabajo I"*, AAVV; director, ARAGÓN GÓMEZ, C., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1ª edición, 2008.

- MIÑARRO YANINI, M., *"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*, número 19, Sección Doctrina, octubre 2012, Año 28, tomo II, Editorial Wolters Kluwer.

- MOLERO MARAÑÓN, M.L., *"Despido colectivo y control judicial"*, *Actum Social*, número 97, marzo 2015, Ediciones Francis Lefebvre.

- MONEREO PÉREZ, J.L., *"El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2012.

- MONTOYA MELGAR, A., director, *"Derecho del Trabajo, textos y materiales"*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- MONTOYA MELGAR, A., *"Derecho del Trabajo"*, Ed. Tecnos, 22 edición, Madrid, 2001.

- MONTOYA MELGAR, A., "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 33, 2001, página 61

- MORENO VIDA, M.N., "El Derecho del trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica", VVAA, directores SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. y MONEREO PÉREZ, J.L., Ed. Comares, 1ª edición, Granada, 2010.

- NIETO ROJAS, P., "El tratamiento del comité intercentros en la negociación colectiva", en *Revista de Información Laboral*, número 1/2016, Edificio LEX NOVA, BIB 2016\33.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Derecho del Trabajo", Ed. Universal Ramón Areces, 21ª edición, Humanes (Madrid), 2013.

- PALOMINO SAURIÑA, P., "Manifestación clara de la voluntad del trabajador: un requisito imprescindible para que la relación laboral se considere extinguida por dimisión o abandono.", *Aranzadi Social – T -27 V 1* (2007).

- PIZZI, A., "Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación", Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia 2018.

- POQUET CATALÁ, R, "Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad, comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015", *Temas Laborales*, número 131/2015.

- QUIRÓS HIDALGO, J.G., "La dimisión suigeneris de la trabajadora víctima de violencia de género", *Actualidad laboral, AL 2008*, tomo 27 V.1.

- REYES HERREROS, J., en AAVV, "Despido colectivo, suspensión del contrato y reducción de jornada un año después de la reforma laboral", AAVV, director GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I, "Extinción colectiva en supuestos concursales", Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2014.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *"La gestión del cambio laboral en la empresa"*, VVAA, director CABEZA PEREIRO, J., Ed. THOMSON REUTERS ARANZADI, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- RODRIGUEZ SANTOS, E., *"La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2007.

- ROQUETA BUJ, R., *"La selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos"*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015.

- RUBIO MEDINA, M.D., *"Extinción de contratos laborales y regulación de empleo en empresas en crisis"*, Ed. Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2009.

- SAEZ LARA, C., *"La representación colectiva de los trabajadores en la empresa"*, *Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, Estudios*, número 58, 2005.

- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *"El derecho laboral y los expedientes de crisis"*, Ed. Deusto, 1ª edición, Bilbao, 1.969.

- SALA FRANCO, T., *"Libro homenaje a Abdón Pedrajas"*, AAVV, coordinador, GOERLICH PESET, J.M., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

- SÁNCHEZ RINCÓN, C., *"Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos"*, Ed. Ediciones CEF, 6ª edición, Madrid 2014.

- SELMA PENALVA, A., *"La configuración de las causas productivas en el despido objetivo después de las últimas reformas normativas: especial referencia al caso Coca Cola"*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 177/2015, Editorial Aranzadi, S.A.

- SEMPERE NAVARRO, A. (director) MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coordinador), *"La extinción del contrato de trabajo"*, Ed. Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- SEMPERE NAVARRO, A. (director), MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., ALZAGA RUIZ, I., *"Derecho del Trabajo, Seguridad social y proceso laboral"*, Ed. La Ley, 1ª edición, Las Rozas (Madrid), 2010.

- SEMPERE NAVARRO, A.V., "Criterios sobre Despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10/2014 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2014, BIB 2014\485.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Un acertado estrambote de la Ley 2/1991: las garantías en la tramitación del finiquito", *Relaciones Laborales*, número 13, 1991.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Mutuo acuerdo y despido", *Relaciones Laborales*, número 19, 1993.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Continuidad y crisis en la doctrina judicial sobre el valor liberatorio del finiquito (y II)", *Relaciones Laborales*, número 22, 1993.

- VILA TIERNO, F., "Despido colectivo y pactos previos vinculantes. Las consecuencias sobre su calificación jurídica. Licenziamento collettivo e previ patti vincolanti. Conseguenze sulla qualificazione giuridica. STSJ Cantabria 30 julio 2013 (AS 2014, 118)", BIB 2014\1071 en *Revista Española de Derecho del Trabajo* número 164/2014, Editorial Aranzadi, S.A.

## **ANEXO NORMATIVO**

### **Normativa nacional:**

Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 27 de noviembre de 1.931.

La Ley de Contrato de Trabajo y Decreto publicado el 26 de enero de 1.944.

Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 27 de noviembre de 1.931.

La Ley de Contrato de Trabajo y Decreto publicado el 26 de enero de 1.944.

Orden de 23 de abril de 1.947, por la que se dictan normas aclaratorias al Decreto de 26 de enero de 1.944 sobre suspensión de actividades por las empresas.

Decreto 1384/1966, de 2 de junio, por el que se regula el régimen de garantías de los trabajadores que se desempeñen cargos electivos de origen sindical.

Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos

Decreto 1878/1971, de 23 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos

La Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas



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

Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo

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.

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas.

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo.

Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores

Real Decreto 1.989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo.

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

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas, y de orden social.

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

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

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.

Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

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

Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas

Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados

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

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

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.

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad social.

Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, BOE de 27 de septiembre.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

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 (derogado).

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

Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

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

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

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.

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

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.

Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

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.

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.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

### **Normativa supranacional:**

Convenio número 135 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre los representantes de los trabajadores, adoptado en Ginebra el 23 de junio 1971.

Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982.

DIRECTIVA 1996/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

DIRECTIVA 1998/59/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.

DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

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

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

DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

DIRECTIVA 2014/67/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores

efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)

REGLAMENTO (CE) Nº 1346/2000 DEL CONSEJO, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia

REGLAMENTO (CE) Nº 44/2001 DEL CONSEJO, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

REGLAMENTO (CE) Nº 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

EL REGLAMENTO (UE) Nº 1303/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) nº 1083/2006 del Consejo

REGLAMENTO (UE) Nº 1309/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 17 de diciembre de 2013, sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, FEAG