



FACULTAD DE DERECHO

Principales cuestiones en torno al despido colectivo y respuesta jurisprudencial a las mismas

Autor: Laura del Pozo Aracil

5º E3 C

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tutor: María José López Álvarez

Madrid
Abril 2017

RESUMEN

En febrero de 2012 se llevó a cabo en España una reforma del mercado laboral con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral. Cinco años después de su promulgación, siguen existiendo cuestiones en la aplicación práctica de muchos de sus preceptos. En el presente trabajo se tratan de analizar algunas de estas cuestiones, en concreto las relacionadas con el procedimiento de despido colectivo, así como las respuestas que los órganos judiciales han dado a las mismas. Particularmente, los puntos que se tratan son los relacionados con el periodo de consultas, la selección de los trabajadores afectados y ciertos requisitos formales del procedimiento.

PALABRAS CLAVE

Reforma laboral; Estatuto de los Trabajadores; despido colectivo; periodo de consultas; requisitos formales.

ABSTRACT

In February 2012, the Spanish Workers' Statute underwent a deep amendment. The changes were introduced by the Royal Decree-law 3/2012, of February 10, introducing urgent measures for the labour reform. Five years after coming into effect there are still questions regarding the application of many of its provisions. This academic work aims to analyse some of these questions, specially those related with the mass dismissal procedures, as well as the answers judges have given to them. Particularly, the points covered are: the consultation period, the selection of the workers and some of the formal requirements demanded.

KEY WORDS

Labour reform; Workers' Statute; mass dismissal; consultation period; formal requirements.

ÍNDICE

1. Introducción.....	5
2. Breve referencia a la reforma laboral	8
3. El periodo de consultas	10
3.2. La documentación a aportar	18
4. La concreta elección de los trabajadores afectados	24
5. Los requisitos formales durante el procedimiento de despido	30
5.1. La notificación individual del despido	30
5.2. Notificación a la representación legal de los trabajadores	34
6. Conclusiones.....	39
7. Bibliografía.....	41
7.1. Obras doctrinales	41
7.2. Legislación.....	43
7.3. Relación de jurisprudencia	44

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
RD	Real Decreto Ley

1. INTRODUCCIÓN

El 12 de febrero de 2012 entró en vigor el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral¹ (en adelante, “RD 3/2012”). En la exposición de motivos de dicha disposición se alegaba, como motivo fundamental, la necesidad de modificar el modelo laboral español, necesidad que se puso de manifiesto especialmente a partir de la crisis económica de 2008. En efecto, uno de los frutos de esa crisis fue el aumento de la tasa de paro hasta niveles superiores al 20%, niveles que, aún hoy se mantienen.

En palabras del propio legislador, la reforma “trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos [...] como la seguridad de los trabajadores”², o, en otras palabras, busca alcanzar una suerte de *flexiseguridad* (concepto acuñado por el propio legislador) en el modelo laboral español.

Como toda reforma legislativa (y más aún dada la profundidad de la misma) su entrada en vigor ha generado numerosas dudas a la hora de su aplicación, ya sea esta por los empresarios, los sindicatos y, en última instancia, por los órganos judiciales. A título de ejemplo, podemos citar, entre otras cuestiones, el juego de aplicación de los convenios colectivos de distinto ámbito, el cálculo de las indemnizaciones por despido o las causas que justifican una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Tratando de resolver parte de estas cuestiones ha ido surgiendo, como es natural, una prolija doctrina académica, al tiempo que las resoluciones judiciales han ido perfilando muchos de los aspectos que en el texto legal no quedaban del todo resueltos. No obstante, conviene tener presente que, tal y como han puesto de manifiesto algunos autores, en muchas de estas cuestiones: “No puede decirse que los criterios judiciales que se extraen de las sentencias formen todavía un cuerpo de doctrina uniforme o consolidado”³.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar algunas de las cuestiones que el RD 3/2012 ha suscitado en el terreno de los procedimientos de despido colectivo,

¹ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE número 36, de 11 de febrero de 2012.

² Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012 (cit.5).

³ Bauza Hernández, S., “La racionalidad del control judicial de los despidos colectivos (y una reflexión adicional sobre la buena fe negociada)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 11, marzo de 2013, pág. 48.

procedimiento actualmente recogido en el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴ (en adelante, ET), así como de las líneas jurisprudenciales que tratan de dar respuesta a las mismas. En concreto, los problemas que se ha optado por tratar son tres: a) ciertos interrogantes que se plantean durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (la exigencia de buena fe y la documentación que debe aportar el empresario durante esta fase); b) la disyuntiva que se plantea a la hora de seleccionar a los trabajadores que se verán afectados por el despido; y c) determinadas formalidades exigidas durante el procedimiento (en particular, el contenido que debe incluir la carta que notifica el despido a cada trabajador afectado y la necesidad o no de notificar los concretos despidos a la representación de los trabajadores). Tras el análisis de todas estas cuestiones se tratará de determinar si existe alguna suerte de criterio general que pueda servir para guiar, en cierta manera, la conducta de las partes involucradas en este proceso.

Volviendo a la exposición de motivos del RD 3/2012, en materia de despidos colectivos el cambio más importante que la citada norma ha supuesto lo constituye, sin duda alguna, la supresión de la necesidad de contar con autorización administrativa para poder llevar a cabo este tipo de procedimientos con todas las consecuencias que ello conlleva. La supresión de esta exigencia viene motivada por un intento de dar mayor impulso y celeridad a este tipo de despidos, en aras de esa *flexiseguridad* citada *supra*, incrementando la importancia de la negociación y estableciendo el periodo de consultas como eje del sistema. Las otros dos grandes innovaciones en este proceso serían la introducción de ciertos cambios en cuanto a la justificación de los despidos se refiere y el refuerzo de las medidas de política social que deben promoverse cuando se extinguen los contratos.

La motivación a la hora de elegir el tema del presente trabajo es doble. Por un lado, es indudable que la crisis económica ha supuesto un duro revés para muchas empresas españolas, llevando a la promoción de este tipo de procesos en muchas de ellas. Así, según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, desde el año 2012 el número medio de este tipo de procedimientos se sitúa alrededor de los 47.600 al año. No obstante,

⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE número 255, de 24 de octubre de 2015.

parece que se aprecia una tendencia descendente, pues, en 2016 el número se situaba ya en torno a los 24.000. Sin duda estas cifras justifican que nos encontremos ante un tema que goza de interés práctico.

La otra fuente de motivación la constituye mi asistencia al Foro de Relaciones Laborales de Esade, Icade y el Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos durante los años 2016 y 2017. La asistencia a dicho Foro me ha permitido conocer más de cerca las cuestiones más recientes en la jurisprudencia laboral de nuestro país, así como los principales problemas que se plantean en la aplicación de nuestra normativa laboral. Mediante el presente trabajo he querido plasmar, de alguna manera, algunos de los puntos de interés que se ha tenido ocasión de tratar durante las sesiones del Foro.

Por las características del presente tema escogido y el tratamiento con que se ha enfocado el mismo, la metodología llevada a cabo ha consistido, principalmente, en la lectura, análisis y comparación de las últimas sentencias dictadas en materia laboral. Como no podría ser de otra manera, predominan las resoluciones del Tribunal Supremo y, en menor medida, de la Audiencia Nacional. La lectura de todas estas sentencias se ha complementado con la de análisis doctrinales de las mismas, de forma que la comprensión de las sentencias se enriqueciera. De esta forma, también, se ha podido conocer las diversas opiniones que existen en algunas de las materias tratadas, tal como se tendrá ocasión de ver a lo largo del trabajo.

2. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA LABORAL

El término “reforma laboral” puede entenderse referido a varias disposiciones normativas diferentes, dado que, desde el año 2012, han sido numerosas las modificaciones que ha sufrido el ET. No obstante, con carácter general se utiliza el término para hacer alusión al RD 3/2012, dado que fue la primera gran reforma en este campo llevada a cabo por el Gobierno tras las elecciones generales del año 2011.

Una buena sistematización de los cambios experimentados por la norma laboral durante los años 2012 y 2013 la encontramos en la obra de Abril Larráinzar⁵. Tras la aprobación en febrero de 2012 del mencionado RD 3/2012 y como consecuencia de la tramitación parlamentaria del mismo, el 6 de julio de ese mismo año se promulgaba la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁶ (en adelante, Ley 3/2012). El último gran cambio lo constituye la 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 social⁷ (en adelante, Ley 1/2014), que a su vez convalidaba 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 social⁸. Además de estos tres grandes hitos, han sido numerosas las disposiciones que han afectado, desde febrero de 2012, al ET, la mayoría de ellas simples matizaciones o precisiones de lo dispuesto en el texto legal.

Resulta de obligada referencia, para concluir este punto, mencionar el recurso de inconstitucionalidad que fue promovido por diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural contra la Ley 3/2012. Dichos diputados entendían, tal como han sistematizado algunos autores⁹, que la citada ley suponía una “quiebra del modelo constitucional de relaciones laborales, al situarse fuera del marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho”. Tal recurso ha obtenido su respuesta

⁵ Abril Larráinzar, M.P., *Información, Consulta y Negociación en el Despido Colectivo*, Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 150 y ss.

⁶ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE número 162, de 7 de julio de 2012. BOE número 162, de 7 de julio de 2012.

⁷ 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. BOE número 52, de 1 de marzo de 2014.

⁸ Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. BOE número 185, de 3 de agosto de 2013.

⁹ Val Tena, A. L., “Constitucionalidad de la reforma laboral: las apreciaciones del TC en la sentencia 8/2015”, en *Grandes Tratados (Aranzadi), El control de constitucionalidad de las normas laborales y de seguridad social*, Aranzadi, Madrid, 2015, página 1.

en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional número 8/2015, de 22 de enero¹⁰. Los preceptos de los cuales se cuestionaba su constitucionalidad eran varios (entre otros, los relativos a los salarios de tramitación, los descuelgues de los convenios colectivos o las causas legales para promover un despido colectivo). El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechaza todos los puntos del recurso en una sentencia que, podríamos sintetizar, declara que el modelo laboral español que se crea con la Constitución Española (en adelante, CE) es un modelo amplio, en el caben diversidad de opciones a la hora de estructurarlo. Es llamativo, no obstante, el hecho de que la presente sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 8/2015, de 22 de enero. RTC 2015/8.

3. EL PERIODO DE CONSULTAS

El periodo de consultas centra gran importancia del proceso total del despido colectivo y se encuentra plagado de formalismos y deberes jurídicos. El incumplimiento de gran parte de sus requisitos puede llevar en ocasiones incluso a la nulidad de los despidos, con los perjuicios que ello puede suponer, especialmente para una empresa que atraviese dificultades económicas.

Este periodo se inicia desde el mismo momento en que el empresario decide llevar a cabo la extinción colectiva de los contratos. Su final, ya sea con o sin acuerdo entre las partes, constituye la antesala del término del procedimiento, cuando ya únicamente restará la notificación individual a los trabajadores finalmente afectados y la extinción de los contratos propiamente dicha. Por lo tanto, a pesar de que el artículo 51.2 ET establece una duración máxima de treinta días (quince en el caso de empresas con plantillas inferiores a cincuenta personas), no cabe duda que este periodo va a concentrar gran parte de la atención de las partes.

Como apunte previo es necesario enfatizar el contenido y la finalidad que tiene el periodo de consultas. Así, el artículo 51.2 ET establece que:

“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 mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento [...]”.

Respecto a la finalidad propiamente dicha, encontramos una referencia a la misma en el texto reglamentario de desarrollo del procedimiento. El artículo 7.1 del 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 jornada¹¹ (en adelante, RD 1483/2012), dispone que: “El periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. En no pocas ocasiones

¹¹ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. BOE número 261, de 30 de octubre de 2012.

va a ser un criterio finalista¹² el que oriente la decisión de los jueces ante posibles incumplimientos producidos durante este periodo.

En este punto, las dos grandes cuestiones que se ha optado por tratar en el presente son el alcance de la exigencia de buena fe y las dudas que se suscitan en torno a la documentación que el empresario debe aportar al banco social.

3.1. La buena fe en las negociaciones

Al examinar la noción de buena fe se pone en evidencia que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado. La doctrina distingue en esta acepción dos conceptos: un principio general del derecho y un concepto jurídico que se recoge en multitud de textos normativos a lo largo de todo el ordenamiento. Podemos encontrar la primera manifestación de este concepto en el artículo 7.1 del Código Civil (en adelante, CC), en virtud del cual: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe”. Centrándonos únicamente en la legislación laboral, la exigencia de buena fe se predica en numerosas situaciones, entre otras, pero no solo, como deber de los trabajadores (artículos 5 y 54.2 ET), durante la negociación de convenios colectivos (artículo 89 ET) y también durante los periodos de consultas para procedimientos de modificación sustancial de condiciones (artículo 41 ET), movilidad geográfica (artículo 40 ET), suspensión de contratos (artículo 47 ET), etc. Aunque no es objeto del presente trabajo, cabría preguntarse si el término “buena fe” tiene las mismas implicaciones en todos estos casos.

Sobre el supuesto que ahora nos ocupa, es decir, la buena fe que se exige durante el periodo de consultas en despidos colectivos, nos encontramos ante lo que se ha calificado como “buena fe negocial”¹³. Sería pues una concreción (no por ello menos indeterminado) dentro del concepto de buena fe. El artículo 51.2 ET en su redacción actual dispone que: “Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”. No se trata de una introducción novedosa del RD 3/2012, pues ya en la redacción previa del artículo 51 (entonces en el

¹² Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 3/2016, de 18 de enero, (AS 2016/66) donde, en su FJ 9 se recoge que “nos encontramos ante una negociación finalista”, esto es, orientada principalmente a la consecución de un acuerdo entre ambas partes.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de mayo de 2013. FJ 4. RJ 2013/7656.

apartado cuarto) se contenía idéntica previsión. Es más, la introducción de la buena fe como exigencia del proceso negociador se retrotrae hasta la 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 Social¹⁴. El mayor impacto pues del RD 3/2012 radica en que, desaparecida la intervención de la autoridad laboral en el procedimiento, parece que cobra aún mayor importancia esta buena fe en las negociaciones dado que las partes se encuentran ahora, podríamos decir, sin una supervisión externa. En consecuencia, a día de hoy, el análisis de la concurrencia o no de buena fe solo podrá llevarse a cabo *a posteriori*, en sede judicial, ya sea en procedimiento de conflicto colectivo o con ocasión de demanda individual por parte de los trabajadores afectados. Y se tratará de un análisis casuístico, pues, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia del 18 de febrero de 2014: “habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones”¹⁵.

Nótese que el deber de buena fe se impone a ambas partes negociadoras (esto es, tanto al empresario como a la representación de los trabajadores), aunque las consecuencias del incumplimiento de este deber no serán necesariamente las mismas en función de quién sea la parte que lo infringe. Además, un rápido análisis de la doctrina jurisprudencial más reciente sobre este aspecto arroja que existe una importante diferencia entre el número de ocasiones en que se alega mala fe en la conducta empresarial respecto al número de veces que se denuncia la misma conducta respecto a la postura sindical. Es más, es frecuente que este motivo se alegue casi automáticamente al interponer cualquier demanda de conflicto colectivo, muchas veces sin apenas fundamento que lo justifique (véase por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2016, de 18 de enero¹⁶, donde se alega mala fe en la conducta empresarial incluso cuando parte de los sindicatos admite que hubo negociación efectiva, habiéndose alcanzado acuerdo con la mayoría de ellos).

¹⁴ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los trabajadores, y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE número 122, de 23 de mayo de 1994.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 de febrero de 2014. FJ 6º. RJ 2014/2239.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional número 3/2016, de 18 de enero. Cit. 10. FJ 9.

Como consecuencia de lo expresado *supra*, en este punto nos hemos limitado a analizar en qué consiste la buena fe negocial desde el punto de vista del empresario. No obstante, lo que de ello se diga es, casi en su totalidad, igualmente predicable del banco social, a salvo de los lógicos matices consecuencia de la diferente posición en que se encuentran las partes.

Una primera aproximación a las conductas que reflejan buena fe se podía encontrar en el Acuerdo para la Negociación Colectiva del año 2007¹⁷. Las recomendaciones que aquí se daban estaban enfocadas a la negociación de convenios colectivos mas, para lo que aquí se examina, podemos considerarlas extrapolables. Así, se sugería, entre otras conductas, el iniciar las negociaciones sin dilaciones, tratar de mantener las negociaciones abiertas, impulsar un debate efectivo y formular propuestas y contrapropuestas durante las reuniones que se mantuvieran entre las partes.

Siguiendo a Abril (2016)¹⁸, podemos segmentar la buena fe negocial en tres elementos: la efectiva existencia de una voluntad negociadora, la presencia de determinados valores éticos en la conducta y la reciprocidad. Respecto al último de estos elementos, es necesario notar que más que un componente predicable de la conducta empresarial o sindical en sí misma, es una calificación que debe apreciarse en la relación negocial apreciada en su conjunto. Parece pues que reviste mayor interés en este punto analizar los dos primeros elementos, esto es, la voluntad negocial y los valores éticos que deben primar en la conducta.

Empezando por el último de estos elementos, los valores éticos que deben guiar la conducta de las partes, podríamos enumerar, siguiendo a Gutiérrez (2014)¹⁹: la confianza, la reciprocidad, la justicia, la equidad y la honestidad. El mayor problema en este sentido va a resultar probarlos pues, como valores éticos que son, no podrá acreditarse su concurrencia sino a través de indicios que se desprendan de la conducta del empresario, mas nunca será posible conocer los elementos de la voluntad interna de los sujetos.

¹⁷ Resolución de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007. BOE número 48, de 24 de febrero de 2007.

¹⁸ *Información, Consulta y Negociación en el Despido Colectivo* (cit. 8), págs. 362 y ss.

¹⁹ Gutiérrez Lanzat, A., “Notas sobre la buena fe negocial en el periodo de consultas”, *Revista crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 9, 2014, págs. 129-165.

Respecto al otro de los elementos mencionados, la voluntad negocial, esta se caracterizaría como una intención por acercar las posturas de las partes o, como ha tenido ocasión de expresar el Tribunal Supremo, como una voluntad de diálogo²⁰. Sin duda resulta sencillo deducir que ha existido esta intención cuando efectivamente se alcanza un acuerdo al finalizar el periodo de consultas. Sin embargo, ni es necesario alcanzar un acuerdo para entender que ha existido buena fe²¹ ni todo periodo que concluya con acuerdo ha tenido por qué guiarse por ella (no obstante, cabe presumir que la prueba de esto último puede resultar más compleja para el sindicato minoritario que decide impugnar un acuerdo).

La voluntad negocial queda patente, en gran medida, en la flexibilidad que adopten las partes²². Es decir, en principio, se entenderá que existe buena fe cuando la decisión extintiva final sea en algún punto diferente a la propuesta inicial comunicada por el empresario. Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014²³ se entiende que, pese a no haberse alcanzado acuerdo entre las partes, ha existido buena fe en la conducta empresarial porque la empresa, en el momento de llevar a cabo la extinción de los contratos, despidió a un número de trabajadores inferior al inicialmente previsto. En palabras del Tribunal (FJ 4): “No puede presumirse la mala fe negocial de la circunstancia de la ulterior reducción de trabajadores, pues [...] redundante, en todo caso, en la actitud empresarial proclive al mantenimiento del empleo”. Pese a que esto pudiera parecer lógico, la solución no ha sido siempre tan clara. De hecho, la sentencia recurrida²⁴ en el citado caso entendió que, precisamente esa reducción del número de trabajadores afectados constituía un indicio de mala fe en la actuación empresarial, pues, argumentaba, la empresa no había presentado la cuestión en los términos reales del problema. Sin embargo, como ya vemos, lo que prima en este punto es el tratar de mantener el máximo número de contratos vigentes como sea posible.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 de noviembre de 2012. FJ 6: “Un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo [...]”. RJ 2013/348.

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 1645/2013, de 14 de octubre. FJ 6: “[...] pero de esa falta de acuerdo no se deduce la infracción del deber de negociar con buena fe por parte de Isofotón S.A.” AS 2014/83.

²² Sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 12/2017, de 3 de febrero (AS 2017/27) que, en su FJ 7 dispone que: “[...] la empresa negoció efectivamente y lo hizo, además, con renunciaciones significativas a sus propuestas iniciales”.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 de mayo de 2014. RJ 2014/4214.

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 920/2013, de 23 de abril. AS 2013/2779.

Podríamos pensar que de esto último cabe derivar una consecuencia quizá no tan deseable: el empresario podría, en su comunicación inicial, determinar que es necesario extinguir un número de contratos superior al que realmente necesita. De esta manera, aun cuando no llegue a un acuerdo con el banco social, finalmente procedería a extinguir un número inferior de puestos de trabajo (es decir, el realmente necesario). Si no conocemos las intenciones de la empresa, esta conducta reflejaría, en apariencia, buena fe por parte del empresario al dejar patente que existe flexibilidad en su postura. Sin embargo, lo que ha ocurrido es todo lo contrario, pues se ha llevado a cabo un engaño que difícilmente puede llegarse a probar (especialmente en empresas de grandes dimensiones donde la divergencia entre el número inicial y el final no fuera sustancial). El engaño supondría una falta de aquellos valores éticos de los que hablábamos *supra*, pero, como ya hemos dicho, la prueba de los mismos resulta bastante más compleja.

En todo caso, no siempre que la empresa se ha mostrado inflexible en su postura se ha apreciado mala fe por su parte. Así, entre otros motivos que justifican la negativa empresarial a cambiar los términos planteados al inicio del procedimiento, cabría citar la falta de buena fe por parte de los representantes de los trabajadores²⁵ o la imposibilidad evidente de modificar dichos términos (lo que a su vez puede derivar, por ejemplo, del cierre total de la empresa o la incapacidad acreditada para hacer frente a mayores indemnizaciones). Tal y como recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014²⁶ en su FJ Tercero:

“Sucede que, para apreciar la mala fe en el caso de existir un nulo grado de flexibilidad, y tampoco se aprecia ese defecto, semejante deficiencia deberá ir acompañada de un elemento de propósito vulnerador de la confianza, alterando u ocultando datos, así como proponiendo medidas de acompañamiento cuyo incumplimiento se procurará a posteriori.”

Otra de los indicios principales a la hora de enjuiciar si ha existido o no buena fe en la conducta empresarial lo constituye la documentación aportada durante el periodo de consultas. Tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo:

²⁵ Sirvan de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 5/2013, de 14 de enero (AS 2013/269) o la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2017 (cit. 14).

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de mayo de 2014. RJ 2014/4356.

“[...] la obligación de documentación se configura como parte esencial del deber empresarial de información en el procedimiento de despidos colectivos, que, vinculado a las consultas, conecta, sin duda, con el principio de buena fe que, por imperativo legal, debe presidir la negociación en esta fase procedimental”²⁷.

En este punto, no obstante, dada la amplia cantidad de jurisprudencia existente al respecto, hemos optado por tratar este extremo en un apartado aparte.

En suma, siguiendo a Abril (2016)²⁸, podemos sintetizar la voluntad negociadora en dos obligaciones principales: contestar a las propuestas de la otra parte de forma motivada mostrando intención de acercar posiciones, y, por otro lado, justificar de modo fehaciente la imposibilidad de aceptar los planteamientos de la otra parte, tratando de ofrecer contrapropuestas que se acerquen lo más posible a una posición intermedia.

Vista la interpretación del término “buena fe”, resulta interesante analizar cuáles son las consecuencias del despido colectivo en aquellos supuestos en que, en sede judicial, se declara la concurrencia de mala fe durante las negociaciones. Como ya tuvimos ocasión de mencionar *supra*, las consecuencias no van a ser las mismas (en parte por motivos obvios) si dicha mala fe está presente en la conducta empresarial que si lo está en la conducta de la parte sindical. Centrándonos en el caso empresarial, la apreciación de mala fe en la conducta de esta parte puede acarrear incluso la nulidad de todo el procedimiento de despido, con los evidentes perjuicios que ello pueda suponer. Se trata de una cuestión que suscita debate dado que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁹ (en adelante, LRJS), en su artículo 124.11 dispone que (la cursiva es nuestra):

“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 o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. [...]”

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) número 688/2016, de 20 de julio. FJ 8. RJ 2016/3570.

²⁸ *Información, Consulta y Negociación en el Despido Colectivo*. Cit. 8.

²⁹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE número 245, de 11 de octubre de 2011.

Así, el texto legal no alude expresamente a la existencia de mala fe como causa de nulidad del despido, de lo que cabría deducir que la consecuencia de dicha conducta sería la declaración de improcedencia. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial reciente viene entendiendo que aquella negociación en la que no existe buena fe es equivalente a una inexistencia total de negociación³⁰, al menos en aquellos casos en que la transgresión de la buena fe es flagrante. Se trata, no obstante, de una cuestión que dista de estar resuelta por completo, pues no existe aún suficiente doctrina jurisprudencial que valore aquellos casos en que el quebrantamiento de la buena fe es incidental (es decir, cuando no se ha frustrado el periodo de consultas). Existe, sin embargo, alguna resolución del Tribunal Supremo³¹ que trata el tema, si bien de forma tangencial, no constituyendo esta causa el eje principal de la cuestión.

A pesar de que nos hemos centrado en la parte empresarial, brevemente podemos hacer referencia a las consecuencias que tiene para la parte sindical no negociar de buena fe, dejando así patente la diferencia entre ambas partes. Pese a que esta conducta significaría, en términos estrictos y siguiendo la misma interpretación que siguen los Tribunales respecto al banco empresarial, que no ha existido periodo de negociación, resulta obvio que el empresario es el primero que no estará interesado en promover la nulidad del despido por concurrencia de mala fe en el banco social. Así, como apuntan algunos autores³², las consecuencias que cabe esperar para los representantes de los trabajadores que actúan con mala fe se concretarían, a lo sumo, en una posible revocación de mandato por parte de los trabajadores representados. Esta mala fe sí tendrá mayor incidencia en el supuesto de que los sindicatos procedan a impugnar el procedimiento de despido, pues se entiende que no cabe exigir voluntad de negociar a la otra parte cuando uno mismo no la tiene³³.

³⁰ A modo de ejemplo sirva la Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2016, de 18 de enero (cit. 10), donde, en su FJ 9 se dice: “Si la negociación fuese inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el despido colectivo fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo”.

³¹ Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2015 (RJ 2015/6568) que, en su FJ 3 dispone que: “Es claro que en tales circunstancias no puede hablarse de negociación de buena fe, ni tampoco plenamente ausente de la misma, pero sí de una negociación viciada y desleal”, declarando en consecuencia el despido como no ajustado a derecho.

³² Ramos Moragues, F., “El deber de negociar de buena fe durante las consultas en el despido colectivo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, número 1, 2014, página 4.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2014. FJ 4. RJ 2014/6792.

Como última reflexión sobre esta materia conviene hacer referencia a las actas del periodo de consultas. El artículo 7.7 del RD 1483/2012 dispone que: “De todas las reuniones celebradas en el periodo de consultas se levantará acta, que deberán firmar todos los asistentes”. Tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, estas actas constituyen el principal elemento de prueba a la hora de enjuiciar la buena o mala fe concurrente en la conducta de las partes, dado que, en la mayoría de las ocasiones, será el único medio (o, al menos, el más fiable) para conocer cómo ha sido el transcurso de las negociaciones. De aquí se deriva la importancia que tiene el cumplir escrupulosamente este requisito formal que exige el procedimiento.

3.2. La documentación a aportar

Tal y como hemos tenido ocasión de expresar, la cuestión ahora analizada guarda una estrecha vinculación con la estudiada *supra*, esto es, la buena fe negocial. No debe resultar extraño, dado que son dos aspectos clave que se desarrollan durante el proceso de consultas. No debemos perder de vista la finalidad que tienen las exigencias documentales durante el periodo de consultas, pues, como veremos, el criterio finalista va a ser el que oriente la decisión de los órganos judiciales en gran parte de los casos. Atendiendo al artículo 2.3 de la Directiva 1998/59/CE, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, de 20 de julio³⁴: “A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario [...] deberá: a) proporcionarles toda la información pertinente, [...]”.

Como vemos, en el momento de iniciar el procedimiento de despido colectivo, el empresario tiene obligación de referir a los representantes de los trabajadores un escrito. En dicho escrito deberán detallarse, entre otros extremos, las causas motivadoras del despido, los criterios de selección de los trabajadores afectados, los plazos previstos y los integrantes de la comisión negociadora (si es que esta está ya constituida). A dicho escrito debe acompañarle determinada documentación, en concreto el artículo 51.2 ET especifica: “una memoria explicativa de las causas del despido colectivo [...] así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Nos encontramos ante una previsión que ha

³⁴ Directiva 1998/59/CE, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, de 20 de julio. DOL número 225, de 12 de agosto de 1998.

sufrido diversas modificaciones desde el RD 3/2012. Así, en un primer momento (en la redacción vigente entre febrero y julio de 2012) únicamente se hacía referencia a la memoria explicativa de las causas que motivaban el despido. Posteriormente, la Ley 3/2012 determinó, en este punto, la exigencia de incluir “toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras [...]”. En agosto de 2013³⁵ se eliminó este último inciso y, desde entonces, no ha variado la redacción del precepto en este aspecto.

En cualquier caso, si partimos de la redacción actual, parece claro que resulta necesario acudir al desarrollo reglamentario del procedimiento para conocer cuál es esta documentación que se demanda. La enumeración de esta documentación se encuentra en los artículos 3 y siguientes del RD 1483/2012, donde se prevé un conjunto de documentos de aportación obligatoria cualquiera que sea la causa motivadora del despido, así como documentos específicos para los despidos motivados por causas económicas por un lado, y los motivados por causas técnicas, organizativas o de producción por otro. La información común que hay que aportar cualquiera que sea la causa del despido, en virtud del citado precepto, coincide con el contenido que el artículo 51.2 ET exige en el escrito que el empresario debe remitir a los representantes de los trabajadores a fin de iniciar el periodo de consultas. Se añade además la memoria explicativa de la causa y, en aquellos casos en que el despido vaya a afectar a más de 50 trabajadores, un plan de recolocación externa para los afectados (en desarrollo del artículo 51.10 ET).

En relación con los despidos que vengán motivados por causas económicas, la documentación a aportar se recoge en el artículo 4 del RD 1483/2012. De la lectura del precepto se desprende que la documentación a aportar puede dividirse entre aquella que es de obligatoria entrega y aquella que, de forma complementaria, desee aportar el empresario para hacer más sólida su postura. En concreto, el apartado segundo del citado artículo dispone (la cursiva es nuestra):

“Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, 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 [...] debidamente auditadas en

³⁵ Modificación introducida por 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 (cit. 8).

el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento [...]”

A esta documentación se añadirán además, en función de cual sea la causa económica concreta: un informe sobre la previsión de pérdidas que incluya los criterios empleados para el cálculo, documentación que pruebe la disminución del nivel de ingresos o ventas (y los compare con los niveles del ejercicio anterior) y, de tratarse de un grupo de empresas, las cuentas anuales del grupo (consolidadas únicamente si existe esta obligación) o de aquellas empresas con las que existan saldos deudores o acreedores.

Por otro lado, para aquellos despidos motivados por otro tipo de causas (es decir, técnicas, organizativas o de producción), el artículo 5 del RD 1483/2012 se limita a indicar que deberá acompañarse, a la memoria explicativa de las causas, los informes técnicos necesarios para explicar la concurrencia de las mismas en la empresa.

Así mismo, resulta interesante destacar la previsión recogida en el apartado octavo del artículo 51 ET, el cual dispone que:

“Las obligaciones de información y documentación previstas en este artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él. Cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.”

Como se desprende de la propia redacción de la norma, la finalidad del precepto recogido *supra* consiste en tratar de garantizar, en la mayor medida posible, que la documentación requerida se ponga efectivamente en manos de los representantes legales de los trabajadores. Así, los grupos de empresas que promuevan despidos colectivos en algunas de las empresas del grupo (y, especialmente si se trata de filiales o la empresa dominante se encuentra en el extranjero) no podrán escudarse en la inoperancia de quien toma la decisión como motivo para no aportar la documentación que la ley exige.

Visto lo previsto en los textos normativos, cabe ahora hablar sobre las dudas que esto suscita. Las principales cuestiones que han surgido en los últimos años al hilo de esta materia se centran en la documentación que es realmente exigible por parte de los sindicatos, así como las consecuencias que tiene, a efectos de calificación del despido, el

incumplimiento de estos preceptos. Se trata de dos cuestiones íntimamente relacionadas dado que el nivel de exigibilidad de determinado documento va a determinar en gran medida la consecuencia asociada a que el mismo no sea entregado. Al respecto podemos encontrar un amplio espectro de resoluciones judiciales que pueden servir para aclarar diversos puntos a la hora de proceder durante un periodo de consultas.

Podemos encontrar el criterio general que debe guiar la actuación de las partes en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 12/2017, de 3 de febrero³⁶, donde se recoge que:

“[...] cuando se reclame documentación complementaria, la carga de la prueba de la pertinencia del documento corresponderá a los representantes de los trabajadores, quienes deberán justificar razonablemente ante el empresario la necesidad de acceder a la correspondiente documentación”.

Es decir, en principio el empresario únicamente estará obligado a aportar la documentación que la ley exige. No obstante, acreditada por los representantes de los trabajadores la necesidad y pertinencia de documentación adicional, la obligación de aportarla se extenderá también a esta última. Y, en ese caso, la única vía para no aportar dicha documentación sería la prevista en el artículo 65.4 ET, es decir, que la misma constituyera un secreto industrial, financiero o comercial cuyo conocimiento pudiera perjudicar a la empresa, siempre y cuando no tenga relación con el volumen de empleo (extremo este último que parece difícil de cumplir en un procedimiento de despido colectivo).

La mayor fuente de inseguridad jurídica para el empresario en este punto viene entonces determinada por saber cuándo ha quedado suficientemente acreditada la pertinencia. Al tratarse de un examen que solo se realizará *ex post*, en sede judicial, parece que lo más recomendable consistiría en aportar toda aquella documentación que el banco social solicite con un mínimo de justificación, ponderando siempre la conveniencia de hacer pública la misma. Es decir, el empresario tendrá que valorar en cada caso si, vistos los argumentos que plantea la otra parte para solicitar determinada información, supone

³⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 12/2017, de 3 de febrero. FJ 4. AS 2017/27.

un mayor riesgo hacer la misma pública o esperar a que el órgano judicial dictamine las consecuencias de la falta de aportación de la misma.

A modo de orientación, podemos decir que, no constituye información esencial el cuaderno de transferencias de la empresa³⁷ (si la negativa se encuentra lo suficientemente razonada) ni los datos económicos de contratos con terceros³⁸ (máxime si no es esa la causa del despido). Tampoco es necesario elaborar un informe expreso si la información se plasma de forma razonable en la memoria que acompaña la comunicación que marca el inicio del periodo de consultas³⁹. Respecto al aspecto formal, se ha considerado válido el que la misma se transmita de forma oral⁴⁰, así como que se aporten las cuentas provisionales mientras no existan las definitivas⁴¹. En todo caso, lo que sí parece evidente, derivado del principio de buena fe (en el sentido procesal y no en el negocial examinado *supra*) es que, todo aquello que no se haya solicitado durante el periodo de consultas no podrá ser alegado como motivo de nulidad con carácter posterior⁴².

Por último, en relación con las consecuencias asociadas a la falta de entrega de la documentación necesaria el artículo 124.11 LRJS hace referencia a la entrega de “la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores” como causa de nulidad del despido. Sin embargo, la jurisprudencia en este punto no es excesivamente formalista, pues, tal como ha tenido ocasión de decir el Tribunal Supremo en su reciente sentencia del 20 de octubre de 2015⁴³:

“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.”

³⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 143/2016, de 23 de septiembre. FJ 6. AS 2016/1522.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional número 12/2017, de 3 de febrero (cit. 21).

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de octubre de 2015. FJ 6. RJ 2015/5210.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) número 688/2016 (cit. 16).

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 140, 2013, de 4 de julio. FJ 10. AS 2013/2940.

⁴² Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 5/2017, de 24 de enero. FJ 13. JUR 2017/18183.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (cit. 22).

Y, más recientemente, en su Sentencia número 688/2016, de 20 de julio⁴⁴, ha tenido ocasión de reiterar que: “[...]no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”. Es decir, que únicamente en aquellos supuestos en que la falta de entrega de parte de la documentación frustre el fin previsto por la norma (es decir, que los representantes cuenten con información suficiente para que la negociación pueda resultar útil) la consecuencia será la nulidad del despido.

En conclusión, cabe afirmar que la doctrina judicial se aleja en este punto de criterios excesivamente formalistas y rigurosos en aras a un criterio más finalista. El paradigma de esta postura la encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León número 1843/2015, de 5 de noviembre⁴⁵, donde no se declara la nulidad del despido a pesar de la falta de entrega de parte de la documentación exigida expresamente en la ley. Y esto es así porque la falta de dicha documentación fue manifiesta durante todo el periodo de consultas y, no habiendo existido queja alguna durante el mismo, se entiende que la ausencia de la información no dificultó las negociaciones ni frustró el fin de las mismas.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) número 688/2016 (cit. 16).

⁴⁵ Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 1843/2015, de 5 de noviembre. AS 2016/14.

4. LA CONCRETA ELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS

Nos encontramos en este punto con una problemática que no surge específicamente tras la reforma de febrero 2012, sino que ya antes planteaba debate. Se trata de una cuestión delicada, que surge casi desde el momento en que el empresario se plantea el inicio del procedimiento de despido colectivo pues, tal como recoge el artículo 51.2 ET y hemos tenido ocasión de comprobar *supra*, en la comunicación de la apertura del periodo de consultas que el empresario traslade a los representantes de los trabajadores se debe incluir, entre otros extremos: “b) número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido”. En este punto, no obstante, puede suceder que el empresario no conozca aún con exactitud las necesidades concretas de extinción. Esto determina la admisión, por parte de la jurisprudencia, de una referencia a toda la plantilla como potenciales afectados siempre que se limite el número de afectados y se fijen, al menos provisionalmente, unos criterios de selección (Sentencia de la Audiencia Nacional número 116/2013, de 10 de junio⁴⁶). Por consiguiente, cabría pensar que la selección de los concretos trabajadores afectados se encuentra al arbitrio del empresario. No obstante, a pesar de que el empresario cuenta con cierto margen de discrecionalidad, debe respetar ciertos límites que buscan proteger a los trabajadores (o a ciertos colectivos) y que no siempre resultan claros.

Antes de entrar en el análisis de estos límites es necesario poner de manifiesto que se trata de un problema que únicamente se dará en aquellos casos en que la plantilla existente exceda del número de contratos que resulta necesario extinguir. Resulta indudable que no se generará ninguna duda cuando nos encontremos ante el cierre total de una empresa (aunque sí puede generar problemas el cierre de solo algunos centros de trabajo) o la supresión completa de un área productiva. Es decir, si atendemos a la distinción sostenida por parte de la doctrina⁴⁷ entre los criterios de afectación objetiva y los criterios de selección en sentido estricto, el análisis en el que nos vamos a centrar aquí lo constituyen estos últimos, pues consideramos que, los criterios de afectación objetiva son una cuestión más relacionada con la concurrencia de la causa (y que, por lo tanto, resultaría más conveniente analizar al hilo de tal examen).

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 116/2013, de 10 de junio. FJ 3. AS 2013/2536.

⁴⁷ Bautista Vivero Serrano, J., “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 7/2012 parte Cara o cruz, páginas 3-6.

Como primera aproximación a estos límites cabría mencionar aquellos que derivan de los derechos fundamentales recogidos en nuestro texto constitucional, en concreto en los artículos 14, 24 y 28 CE. Estos derechos pueden verse reflejados, en la legislación laboral, en los artículos 4.2c) y 17.1 ET. Este último precepto dispone que:

“Se entenderán nulos y sin [...] las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”

Nos encontramos entonces aquí con un primer límite al poder de decisión del empresario: a la hora de seleccionar a los trabajadores despedidos, la selección no podrá basarse en criterios que vulneren el principio de igualdad, la libertad sindical ni la tutela judicial efectiva (materializada esta última a través de la garantía de indemnidad). Los despidos que se efectúen vulnerando alguno de los derechos fundamentales tienen como consecuencia la nulidad de los mismos, tal y como establecen los artículos 122.2a) y 124.11 de la LRJS.

La prioridad de permanencia constituye la otra gran limitación con que se encuentra el empresario, figura que se recoge en el propio artículo 51 ET. El RD 3/2012 sí ha supuesto, en este aspecto, una novedad. La redacción de este artículo previa a la reforma del año 2012 recogía exclusivamente una prioridad de permanencia a favor de los representantes de los trabajadores (artículo 51.7). No obstante, el mencionado RD 3/2012, modificó la citada redacción de esta figura (ahora recogida en el artículo 51.5 ET) añadiendo, a la de los representantes de los trabajadores, la posibilidad de que se reconociera, ya fuera a través del convenio colectivo o por acuerdo durante el periodo de consultas, una prioridad igual para otros grupos de trabajadores. A modo de ejemplo se citan en el mencionado precepto los trabajadores con cargas familiares, los que superen determinada edad o los que cuenten con algún tipo de discapacidad. Nótese que la

referencia a un posible establecimiento de prioridades de permanencia durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores podría determinar que la primera selección llevada a cabo por el empresario (de la cual tiene que dar noticia al inicio del periodo de consultas) deba ser modificada, tal como apuntábamos *supra*. Por otra parte, en relación con la posibilidad de introducir este mecanismo de protección en el texto del convenio colectivo, hay que dejar patente que, tal y como recoge la doctrina⁴⁸ y como se pone de manifiesto al hilo de un sucinto examen de los convenios colectivos vigentes hoy en día, se trata de una posibilidad a la cual, a día de hoy, no se ha recurrido con frecuencia.

Respecto a la prioridad de permanencia de rango legal (la establecida a favor de los representantes de los trabajadores) la misma se extiende tanto a la representación unitaria como a los posibles delegados sindicales que existan en la empresa por aplicación de los artículos 51.5 y 68b) ET y 10.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical⁴⁹ (en adelante, LOLS). Y, en virtud de la normativa sobre riesgos laborales (artículos 30.4 y 37.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁰ -en adelante, LPRL-) se extiende también a los delegados de prevención y a los técnicos internos de prevención de riesgos laborales. Por último, jurisprudencialmente se ha extendido la aplicación de la garantía a los candidatos electorales durante el proceso de elecciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005⁵¹) y a los representantes electos que aún no han tomado posesión de su cargo (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990⁵²).

La cuestión de mayor interés en este punto radica, no obstante, en determinar cuáles son esos otros posibles colectivos a favor de los cuales se pueden establecer garantías de permanencia, ya sea a nivel convencional o durante el periodo de consultas. Como ya se ha indicado *supra*, el recurso a este mecanismo a nivel convencional ha sido, por lo menos hasta el momento, relativamente escaso. Sí es más frecuente encontrar limitaciones a favor de algunos colectivos acordados durante el periodo de consultas. No obstante, en este último caso no se trata tanto de garantías de permanencia *stricto sensu* cuanto de

⁴⁸ Poquet Catalá, R., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, número 7, 2013, pág. 8.

⁴⁹ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. BOE número 189, de 8 de agosto de 1985.

⁵⁰ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE número 269, de 10 de noviembre de 1995.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 2 de diciembre de 2005. RJ 2006/515.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 5 de noviembre de 1990. RJ 1990/8547.

criterios de selección de trabajadores. La admisión jurisprudencial de este tipo de criterios varía sustancialmente de unos casos a otros, no dependiendo únicamente del concreto criterio elegido sino también de la justificación del mismo.

A modo de ejemplo resulta interesante examinar el criterio basado en la edad de los trabajadores. En relación con este criterio ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, mas podemos encontrar jurisprudencia tanto a favor de su admisión como en contra. En el primer sentido cabe citar, a título de ejemplo, la Sentencia del TSJ de Galicia número 6672/2016, de 29 de noviembre⁵³. En esta sentencia se enjuicia un despido colectivo en el cual se ha pactado como criterio de permanencia el favorecer a los trabajadores mayores de cincuenta años, sin que conste en la misma de manera explícita el motivo concreto de tal elección. En este caso, el Tribunal entiende que la citada permanencia es acorde con la normativa laboral.

Esta ha sido, en efecto, la postura mantenida por el Tribunal Constitucional, quien tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en la Sentencia número 66/2015, de 13 de abril⁵⁴. Es llamativo el hecho de que en el caso sobre el que versa esta sentencia la prioridad de permanencia había sido establecida a favor de los trabajadores de menor edad, al revés de lo dispuesto en el ET. A pesar de ello, el Tribunal entiende que la decisión es acorde a Derecho y no discriminatoria, pues la misma se justifica sobre la base de que los trabajadores de mayor edad cuentan con mayores protecciones sociales. En efecto, “la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados”⁵⁵. Resulta relevante el hecho de que, en el caso enjuiciado, la empresa sí había efectuado mejoras voluntarias en las prestaciones por desempleo de los trabajadores de mayor edad.

En sentido contrario también es posible encontrar alguna decisión jurisprudencial. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del TSJ de Andalucía número 531/2015, de 23 de

⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 6672/2016, de 29 de noviembre. AS 2016/1759.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional número 66/2015, de 13 de abril. RTC 2015/66.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional número 66/2015 (cit. 27). FJ 6º.

febrero⁵⁶, en la cual se rechaza la edad como criterio de selección. El motivo de tal rechazo parece residir en la argumentación en que se sustenta la elección: así se opta por mantener a los trabajadores más jóvenes al entender que estos tendrán mayores facilidades para adaptarse a los potenciales cambios tecnológicos que puedan experimentarse en la empresa. El Tribunal entiende que el presumir la menor capacidad de adaptación de los trabajadores de mayor edad “[...]comporta la vulneración de un derecho fundamental de ese grupo de trabajadores”. Es preciso notar que se trata de un criterio que fue adoptado por la empresa sin que durante el periodo de consultas se llegara a acuerdo alguno con los representantes de los trabajadores. No podemos afirmar con rotundidad si la solución hubiera sido la misma de haberse alcanzado tal acuerdo, aunque dada la argumentación del Tribunal cabe esperar que la respuesta hubiera sido idéntica.

Otro de los criterios que enumera el ET es el caso de los trabajadores con discapacidad. En relación con estos, además de las posibles prioridades de permanencia que se puedan acordar, es necesario hacer referencia al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁵⁷. En el artículo 42.1 de la citada disposición se crea una cuota de obligatorio cumplimiento para aquellas empresas que cuenten con más de cincuenta trabajadores en su plantilla: al menos el dos por ciento de los mismos deben ser trabajadores con discapacidad. En consecuencia, cuando en empresas de estas dimensiones se lleven a cabo procedimientos de despidos colectivos, habrá de atenderse siempre a que el resultado de dicha proporción una vez finalizado el procedimiento de despido no resulte inferior al citado dos por ciento. Podríamos hablar entonces, en el caso de acordarse una prioridad de permanencia a favor de los trabajadores con discapacidad, que los mismos cuentan con una doble garantía para el mantenimiento de su empleo. Sin duda esto constituye fiel reflejo de las políticas sociales que se llevan a cabo en relación con la protección de este colectivo.

Al margen de cuáles hayan sido las posibles garantías de permanencia que finalmente se hayan acordado, resulta necesario también saber cómo operan y cuál es su relación con

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 531/2015, de 23 de febrero. JUR 2015/94100.

⁵⁷ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE número 289, de 3 de diciembre de 2013.

la garantía reconocida a nivel legal, esto es, la establecida a favor de los representantes de los trabajadores. Resulta difícil encontrar soluciones jurisprudenciales a esta cuestión, dada la ya comentada escasa frecuencia con que se prevén, en ámbito convencional, prioridades de permanencia a favor de otros colectivos. Si tenemos en cuenta la interpretación literal del artículo 51.5 ET, la doctrina⁵⁸ y el carácter no absoluto de la garantía de los representantes de los trabajadores, parece que no hay ningún inconveniente en entender que esta última pueda ser desplazada a favor de otros colectivos. No obstante, también hay parte de la doctrina⁵⁹ que entiende que, en ningún caso, la garantía de los representantes puede ser desplazada. La opción que más seguridad jurídica aportaría en este punto sería entonces, en el momento de fijar otras prioridades de permanencia, recoger también expresamente cuál es su relación con la atribuida a los citados representantes.

Por último, es necesario hacer referencia a las consecuencias que derivan del posible incumplimiento, por parte del empresario, de las posibles prioridades de permanencia o criterios de selección acordados. Si atendemos al apartado segundo del artículo 124 de la LRJS, la demanda que se interponga por no respetar el empresario las prioridades o criterios pactados debe ser de carácter individual, no colectivo. Es decir, que el incumplimiento de los criterios pactados solo podrá hacerse valer por los trabajadores que impugnen su despido, pero no por los sindicatos. Y, en virtud del artículo 124.13.4a), aquel despido que no haya respetado las citadas prioridades será calificado como nulo, lo que comportará la necesaria reintegración del trabajador demandante a su situación anterior. Los posibles perjuicios que esto puede suponer sin duda constituyen un argumento de peso para tomar suficientes cautelas a la hora de seleccionar a los trabajadores que finalmente serán despedidos.

⁵⁸ Molero Manglano, C. (coord.), *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 992 y ss.

⁵⁹ “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo” (cit. 24).

5. LOS REQUISITOS FORMALES DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO

5.1. La notificación individual del despido

El RD 3/2012, introdujo en el artículo 51.4 ET una previsión respecto a la notificación del despido a los concretos trabajadores afectados por el procedimiento colectivo. La nueva redacción del artículo incluye una remisión a lo previsto en el artículo 53.1 ET, lo cual implica que, el empresario, al efectuar la comunicación del despido a los trabajadores finalmente afectados, debe atender a lo previsto para los supuestos de despido objetivo. Para estos supuestos, el mencionado artículo 53.1 ET dispone que:

“La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior [extinción del contrato por causas objetivas] exige la observancia de los requisitos siguientes:
a) comunicación escrita al trabajador expresando la causa [...]”.

La finalidad de la previsión contenida en este artículo 53.1 ET es principalmente, según la doctrina unificada, permitir al trabajador que ha sido objeto de un despido objetivo conocer cuál es el motivo exacto de la extinción de su contrato de trabajo, justificando este conocimiento en el derecho de defensa del trabajador. En efecto, el despido objetivo (individual) es, a priori, un procedimiento eminentemente unilateral, llevado a cabo por el empresario, sin necesidad de consulta con los representantes legales de los trabajadores. En consecuencia, el control de la causa que justifica dicho despido no puede realizarse sino en sede judicial, con ocasión de la posible demanda que pueda interponer el trabajador que ha sido objeto del mismo. De ahí la necesidad, justificada en el mencionado derecho de defensa, de que al trabajador le sea notificada la causa concreta de la extinción objetiva.

Sin embargo, el despido colectivo es un procedimiento bien distinto. A pesar de que ya no cuenta con un control administrativo directo dada la eliminación de la intervención de la autoridad laboral, es claro que las garantías son, al menos a priori, superiores a las que existen en un despido individual. A través del proceso negociador con los representantes de los trabajadores estos pueden conocer la causa concreta que motiva el procedimiento, amén de tener un acceso mucho más amplio a la información empresarial que lo justifica que aquel que se tiene en caso de estar ante un despido individual (a salvo del posterior control judicial ya comentado). En consecuencia, se plantean una serie de dudas.

En primer lugar, si atendemos a la literalidad del artículo (“podrá notificar los despidos individualmente”), podríamos pensar que no se trata de una obligación, sino de una opción que se concede al empresario. No obstante, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, a día de hoy no cabe duda que la comunicación individual escrita es plenamente exigible al empresario. Así, “el sentido del equívoco término ‘podrá’ es el de indicar el orden cronológico del proceso extintivo y el carácter facultativo de la decisión última del despido ‘individual’”⁶⁰ pero no el carácter facultativo de la comunicación individual en sí misma.

El otro foco de dudas que surge, este con menor consenso sobre su respuesta, es el relativo al contenido concreto que debe incluir la notificación individual: si dicho contenido debe ir más allá de la expresión de la causa, así como el alcance que debe atribuírsele al término “causa” en este contexto. Las diferentes posturas adoptadas respecto a estas cuestiones quedan claramente reflejadas al hilo del caso Bankia. Se trata de un procedimiento de despido colectivo que afectó a 4.500 trabajadores por diferentes zonas del territorio nacional y durante el cual la empresa alcanzó un acuerdo con los representantes legales de estos. La impugnación individual de los despidos por algunos de los trabajadores afectados cristaliza en un amplio catálogo de pronunciamientos judiciales que, efectivamente, ponen de manifiesto las distintas posturas en esta espinosa materia.

En la posición más garantista encontramos aquella parte de la doctrina y la jurisprudencia que sostiene que la carta individual que se entrega a los trabajadores afectados debe ser lo más exhaustiva posible en su contenido. A modo de ejemplo cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 4779/2014, de 19 de septiembre⁶¹, la cual, en su FJ cuarto dispone que:

[...]dificilmente puede defenderse el trabajador de su selección, frente a otros trabajadores, si no conoce cuáles han sido los criterios de valoración y evaluación y cómo se le ha aplicado [...] al ser el trabajador individual el único legitimado para discutir la aplicación de tales criterios de prioridad, necesariamente deberá hacerse constar en la notificación individual de su despido, no solo la concurrencia de causas objetivas, sino el por qué se decide amortizar su concreto puesto de trabajo [...].

⁶⁰ Agustí Maragall, J., “La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo *ex* artículo 51.4 ET”, *IusLabor* número 1/2014.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 477/2014, de 19 de septiembre. AS/2014/2801.

Es decir, desde esta posición se entiende que la carta individual de despido se erige como mecanismo único de defensa del trabajador ante su despido. En consecuencia, sería exigible, no solo la indicación de la causa que motiva el procedimiento colectivo, sino también “su concreta aplicación al trabajador y las razones determinantes de la misma”. Esta argumentación guarda también una estrecha relación con los problemas que se suscitan en torno a la elección de los concretos trabajadores afectados. En una posición extrema, la carta individual debería incluir, no solo la causa y el motivo de la elección del concreto trabajador, sino también el porqué de la elección de este en detrimento de otros trabajadores. Esta última postura resulta sin duda algo extrema y podría suponer, aunque de forma indirecta, una lesión de los derechos (particularmente el de intimidad) de aquellos otros trabajadores no elegidos).

Motivos adicionales al mencionado *supra* para exigir el máximo detalle en la carta de despido serían, tal y como expone J. Agustí, que: a) el procedimiento colectivo no constituye la causa, sino el requisito previo del despido individual; b) este control exhaustivo por parte del trabajador no coarta la libertad de empresa, sino que defiende el derecho al trabajo, y c) cuando el artículo 51.4 ET se remite al 53.1 del mismo texto legal, hace referencia a la máxima exigencia informativa. No obstante, estos tres últimos motivos cuentan con menos respaldo, siendo el relativo al derecho de defensa en juicio del trabajador el que se erige como argumento capital.

La postura opuesta la encontraríamos entre quienes sostienen que basta con hacer una sucinta referencia a la causa en la carta de despido para entender cumplidas las exigencias previstas en la ley. En concreto, esta es la postura actualmente mantenida por el Tribunal Supremo, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre este aspecto al hilo del mencionado caso Bankia, en respuesta a un recurso de casación para la unificación de doctrina (Sentencia del Tribunal Supremo número 219/2016, de 15 de marzo⁶²).

En la citada sentencia, el tribunal sostiene, en primer lugar, la ausencia de necesidad de reproducir en la carta de despido los criterios de selección, dado que los mismos han sido fijados durante el proceso negociador y su inclusión en la carta individual supondría

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, número 219/2016, de 15 de marzo. RJ 2016/994.

una mera reiteración de los mismos (amén de que no es un requisito exigido expresamente por el texto legal). En segundo lugar, tampoco considera necesario incluir una explicación de la aplicación de los criterios de selección pactados al concreto trabajador despedido. Y esto es así porque, además de que tampoco es requisito exigido por la ley, supondría una excesiva extensión de la carta (fuera de toda razonabilidad a consideración del tribunal) y, su ausencia no desprotege al trabajador, quien siempre puede valerse de las diligencias preliminares previstas en los artículos 76 y 77 LRJS para reclamar los datos que considere necesarios para su defensa. La síntesis de esta postura puede encontrarse en la propia sentencia, que dispone, en su FJ cuarto:

- a) La comunicación individual al trabajador afectado tiene por obligada indicación – exclusivamente- la expresión de la concreta “causa motivadora” del despido [...]
- b) Los criterios de selección y su concreta aplicación al trabajador individualmente considerado, solamente han de pasar al primer plano de documentación para el supuesto de que se cuestionen en oportuna demanda –por los afectados- [...].

Es notable el hecho de que la sentencia citada cuenta con un voto particular suscrito por cuatro de los magistrados de la Sala, lo cual no es baladí. La postura que mantienen estos magistrados se asemejaría más a la primera de las aquí analizadas, siendo su argumento principal la desprotección que supone la doctrina sentada por el Tribunal. Esta minoración de la defensa del trabajador vendría por dos cauces distintos: por el desconocimiento que tiene el propio trabajador del motivo exacto de su despido y por el recorte que supone a las facultades del órgano juzgador en el control judicial de los despidos (“si el trabajador no lo conoce tampoco lo va a conocer el órgano judicial que no podrá determinar [...] la posible regularidad aplicativa de dichos criterios generales a la concreta elección del trabajador despedido”).

Como puede observarse, la cuestión dista de estar resuelta. La existencia del voto particular a la mencionada sentencia es solo reflejo de que el debate sigue abierto, amén de que existen aún cuestiones relacionadas que no han sido objeto de un análisis tan profundo por los tribunales. Así, podríamos plantearnos cuál habría sido la postura del Tribunal Supremo si, en el caso analizado, no se hubiera llegado a un acuerdo con la representación legal de los trabajadores durante el proceso negociador. ¿Podríamos entonces considerar que la causa ya ha quedado clara durante la negociación? Como vemos, nos encontramos ante una materia que puede generar cierta inseguridad jurídica.

5.2. Notificación a la representación legal de los trabajadores

El apartado segundo del artículo 51 ET recoge cómo debe desarrollarse el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores a la hora de llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo. Respecto a la conclusión de este periodo, la actual redacción de este precepto prevé que:

Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá 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.

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento [...].

Con carácter previo a la reforma de 2012 no existía previsión de este tipo. Dada la necesaria intervención (y posterior autorización) de la autoridad laboral durante el periodo de consultas, no era tal la necesidad de comunicación por parte del empresario. Así, la redacción entonces vigente del mencionado precepto preveía que, a la finalización del periodo de consultas, el empresario trasladaría el resultado del mismo a la autoridad laboral. En los supuestos en que no se hubiera concluido con acuerdo, era necesaria resolución de dicha autoridad laboral que estimara o no la solicitud de despido presentada por el empresario. Esta necesidad de pronunciamiento por parte de la autoridad laboral liberaba al empresario de ser quien tuviera la última palabra en la decisión en caso de no haberse llegado a un acuerdo. Además, en ningún caso se preveía la caducidad del procedimiento. Muy al contrario, si, aplicando una analogía, entendemos que el pronunciamiento de la autoridad laboral constituía la última opinión sobre el desenlace del proceso, nos encontramos con que la falta de resolución expresa de la misma constituía un supuesto de silencio administrativo positivo.

Una primera cuestión que se podría suscitar en relación con esta nueva redacción estribaría, tal y como han puesto de manifiesto ciertos autores⁶³, sobre la necesidad de comunicar la decisión a los representantes de los trabajadores en los procedimientos que han concluido con acuerdo entre ambas partes. De la redacción del precepto podríamos

⁶³Azagra Solano, M., “Despido colectivo: comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1/2014 parte Comentario.

deducir que no sería necesario realizar comunicación alguna. Sin embargo, al acudir al desarrollo reglamentario del procedimiento (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 jornada⁶⁴), en el artículo 12.1 del mismo se prevé que: “En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza [...]”. La duda queda pues salvada a través del reglamento de desarrollo.

El principal foco de debate que se plantea entonces en torno a este precepto es qué ocurre cuando falta la comunicación de la decisión extintiva a la representación legal de los trabajadores (especialmente en aquellos procedimientos que concluyen sin acuerdo entre las partes). Podríamos pensar que la cuestión queda expresamente resuelta en el propio artículo 51, pues, en el extracto recogido *supra* se prevé que la falta de comunicación producirá la caducidad del procedimiento. Sin embargo, a pesar de una aparente previsión expresa en el texto legal, la cuestión ha dado lugar a debate, tanto por determinar qué debe entenderse por “comunicación” (es decir, qué grado de formalismo es necesario) como por las consecuencias que acarrea la caducidad del procedimiento (esto es, si supone la improcedencia o la nulidad de los despidos que finalmente puedan llevarse a cabo).

La respuesta a estas dos preguntas podemos encontrarla principalmente en dos sentencias del Tribunal Supremo: la del 19 de noviembre de 2014⁶⁵ y la del 23 de septiembre de 2015⁶⁶. En ambas sentencias se apunta a la nulidad de los despidos como consecuencia de la falta de comunicación de la decisión empresarial. No obstante, conviene examinarlas más detenidamente dadas las peculiaridades de cada una de ellas. Es reseñable además el hecho de que ambas sentencias cuentan con la existencia de un voto particular, formulado y con adhesión, eso sí, de los mismos magistrados en ambos casos.

⁶⁴ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. BOE número 261, de 30 de octubre de 2012.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 de noviembre de 2014. RJ 2015/1765.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de septiembre de 2015. RJ 2015/2803.

La primera de las sentencias reseñadas resuelve el conflicto suscitado a raíz del procedimiento de despido colectivo llevado a cabo en la empresa Gestión Ambiental de Navarra, S.A. Resulta necesario llamar la atención sobre el hecho de que, en el momento en que se inicia el periodo de consultas en esta empresa, la redacción vigente del artículo 51.2 era diferente a la recogida *supra*. En concreto, no se preveía expresamente la caducidad del procedimiento ante la falta de comunicación del despido una vez finalizado el periodo de consultas. En relación con el supuesto fáctico, reseñar que el procedimiento de consultas finalizó sin acuerdo. Sí hubo una posterior comunicación a los representantes de los trabajadores de que se iba a proceder a los despidos, mas esta comunicación no vino de parte de la empresa que los llevó a cabo (aquí, la parte demandada y, posteriormente, recurrida) sino de una tercera empresa relacionada con esta. La sentencia de instancia (Sentencia del TSJ de Navarra número 75/2014, de 24 de marzo⁶⁷) consideró suficiente tal comunicación, desestimando, en consecuencia, la demanda interpuesta por los trabajadores. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó dicha sentencia precisamente al considerar insuficiente la comunicación llevada a cabo en este supuesto. Así, como principales argumentos se alude al carácter recepticio del despido en nuestro ordenamiento jurídico y la constitución de la comunicación del despido a la representación legal de los trabajadores como auténtico presupuesto constitutivo de las posibles acciones judiciales que puedan llevarse a cabo por los trabajadores (ya sea a nivel individual ya colectivo). En suma, tal y como se recoge en la sentencia ahora examinada:

La omisión de la exigencia de comunicar a los representantes de los trabajadores la decisión de despido colectivo, no es un mero incumplimiento de un deber informativo, sino un requisito esencial para la efectividad primero del despido colectivo, después de los despidos individuales, y en su caso, de la posible demanda empresarial [...] dotando a la regulación procesal del despido colectivo [...] de la necesaria e imprescindible seguridad jurídica, al tiempo que facilita el control judicial de las mismas.

Sentadas estas bases y considerando pues que la comunicación a los representantes constituye un requisito esencial del procedimiento, el Tribunal equipara la ausencia de esta a la inexistencia del periodo de consultas. En consecuencia, los despidos impugnados se declaran nulos de pleno derecho.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 75/2014 de 24 de marzo. AS 2014/1166.

En relación con la segunda sentencia reseñada (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015), el supuesto de hecho es sustancialmente similar, si bien en este caso no hay comunicación formal de ningún tipo, ni siquiera por una tercera empresa. La sentencia de instancia aquí recurrida (Sentencia del TSJ De Madrid número 942/2014, de 11 de noviembre⁶⁸) fue dictada unos días antes del pronunciamiento del Tribunal Supremo recogido *supra*, lo que explica que en ella no se recoja la doctrina en ella plasmada. Una vez llega el asunto al Tribunal Supremo vía recurso de casación, este ya puede aplicar su doctrina. La única diferencia radicaría, como ya hemos tenido ocasión de ver, en la redacción del texto legal en el momento de los hechos (la adicción de un nuevo párrafo al artículo 51.2 ET que prevé expresamente la caducidad del procedimiento). Cabría entonces plantearse si la caducidad del procedimiento supone la nulidad automática de los despidos llevados a cabo. El Tribunal se pronuncia en este sentido argumentando que la caducidad del procedimiento es equiparable a no haber llevado a cabo el mismo, por lo que los despidos no pueden sino considerarse nulos. Es decir, se llega a la misma solución que con la redacción previa a la reforma introducida por la Ley 1/2014, pero a través de una argumentación diferente.

Como vemos, la posición que ha adoptado el Tribunal Supremo en esta materia es extremadamente formalista, no exenta de crítica por parte de cierto sector doctrinal. Resulta necesario, no obstante, hacer referencia a los votos particulares de ambas sentencias reseñadas. En ellos se rechaza que la comunicación formal a la representación legal de los trabajadores se constituya como requisito esencial y abogan, en su caso, por declarar la improcedencia de los despidos, pero en ningún caso su nulidad (también en atención al criterio de proporcionalidad).

A diferencia de lo que sostiene el Tribunal en relación con el contenido de la carta individual de despido, aquí sí se prima buscar las máximas garantías para un posible control judicial previo del despido. No obstante, el presupuesto no es exactamente el mismo. Podríamos afirmar que aquí se están buscando garantías procesales para el control judicial (pues la notificación a los representantes marca, entre otras cosas, el comienzo de los plazos procesales o *dies a quo*) mientras que en lo relativo al contenido de la carta, el sector que aboga por exigir una explicación exhaustiva del despido busca el máximo

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia De Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª) número 942/2014, de 11 de noviembre. JUR 2015/17133.

conocimiento material por parte del juez, entendiendo que, de otro modo, no sería posible garantizar el control judicial del despido. Desde este punto de vista sí puede entenderse que el Tribunal Supremo mantenga posturas que, en un primer momento, pudieran parecer contradictorias. El desconocimiento del inicio de los plazos impide un control judicial en absoluto, mientras que el desconocimiento de los razonamientos del empresario puede suplirse durante el proceso judicial a través de la exigencia de medios de prueba adicionales.

6. CONCLUSIONES

Tal y como teníamos ocasión de comentar en la introducción del presente trabajo, toda reforma legislativa lleva aparejada una cierta incertidumbre. El grado de la misma dependerá en gran medida de la profundidad de la reforma en cuestión. En este sentido, la reforma laboral que supuso el RD 3/2012 significó cambios de gran importancia en la estructura del modelo laboral de nuestro país. En concreto, en lo relativo a los procedimientos de despido colectivo, la supresión de la autorización administrativa previa supuso un cambio de paradigma, pasando a centrarse la atención en las negociaciones y los acuerdos entre las partes (quienes ahora cuentan con mayor libertad y flexibilidad) en detrimento del control administrativo.

En varias de las sentencias que se ha tenido ocasión de examinar para la elaboración del presente trabajo se pone de manifiesto cómo la supresión de este control administrativo ha llevado a los órganos judiciales a adoptar una postura garantista respecto de los derechos de los trabajadores. Esto queda especialmente patente si tenemos en cuenta los excesivos formalismos que se requieren en lo relativo a la notificación a los representantes de los trabajadores de los despidos individuales una vez se han efectuado los mismos (en los procesos en que ha habido acuerdo).

Este formalismo y búsqueda de la máxima protección del trabajador choca en ocasiones con la laxitud con que se interpretan otras disposiciones legales. Nos referimos en este punto a lo relativo a la carta de despido individual o la documentación a aportar durante el periodo de consultas (este último caso es especialmente llamativo, en cuanto la norma legal prevé expresamente una sanción de nulidad que, como hemos visto, no siempre viene aplicándose). En ambas cuestiones los órganos judiciales han optado más por criterios finalistas que por una aplicación rigurosa de lo dispuesto en la ley. Cabe pensar que nos encontremos ante un intento por acercarse a los objetivos de mayor flexibilidad y celeridad de los que hablaba el legislador de 2012 en la exposición de motivos del RD 3/2012.

Estas diferencias de criterio sin duda dificultan en gran medida el proceder a la hora de llevar a cabo un despido colectivo, pues generan un cierto nivel de inseguridad jurídica. Y el problema se agrava si tenemos en cuenta que, en muchos casos, la sanción que acarrea el no llevar a cabo el procedimiento cumpliendo escrupulosamente todos los

requisitos (ya sean estos legales o de creación jurisprudencial) es la nulidad de todo el procedimiento. Esto será especialmente grave en aquellas empresas que hayan iniciado el procedimiento por causas económicas o las que, tras finalizar el despido, hayan cerrado definitivamente, pues puede que tengan dificultades para hacer frente a lo que supone la nulidad de los despidos (esto es, la readmisión de todos los trabajadores).

Aunque no ha sido el objeto de análisis del presente trabajo, sí parece que la reforma laboral de 2012 contribuyó, al menos en cierta medida, a agilizar los procedimientos de despido colectivo. Sin embargo, resultaría conveniente, para concluir definitivamente este proceso de reforma, que se concretaran muchos de los aspectos que han generado incertidumbre (por ejemplo, qué se entiende por buena fe o qué implica su ausencia durante el proceso). Pero no solo eso, sino que, en aras de una mayor seguridad jurídica, resulta necesario que la interpretación judicial sea lo más uniforme posible. De nada sirve que la ley sea expresa si, posteriormente, en su aplicación se atiende en mayor medida a criterios teleológicos o finalistas que pueden significar desvirtuar la letra del texto normativo.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Obras doctrinales

-Abril Larráinzar, M.P., *Información, Consulta y Negociación en el Despido Colectivo*, Aranzadi, Navarra, 2016.

-Agustí Maragall, J., “La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET”, *IusLabor*, número 1/2014.

-Azagra Solano, M., “Despido colectivo: comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1/2014 parte Comentario, págs. 153-161.

-Bautista Vivero Serrano, J., “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 7, 2012, parte Cara o cruz.

-Bauza Hernández, S., “La racionalidad del control judicial de los despidos colectivos (y una reflexión adicional sobre la buena fe negocial)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 11, marzo de 2013, pág. 48.

-Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Contextualizando las reformas laborales de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 5, 2011, parte Apuntes para el debate.

-Correa Carrasco, M., “Mercado de Trabajo y principio de igualdad”, Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, número 20, 2007, págs. 71-96.

-García-Perrote Escartín, I., “La reforma laboral del 2012. El Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Revista de Justicia Laboral*, número 49, 2012, parte Artículo Doctrinal.

-González González, C., “La Jurisprudencia sobre los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2, 2015, parte Comentario.

-González González, C., “Doctrina del Tribunal Supremo sobre los grupos de empresas, el periodo de consultas y la aportación documental en los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 9, 2014, parte Comentario.

-Gutiérrez Lanzat, A., “Notas sobre la buena fe negocial en el periodo de consultas”, *Revista crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 9, 2014, págs. 129-165.

-Jiménez Batista, A., “Sobre los requisitos formales de la comunicación extintiva: explicación del criterio de selección”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 173, 2015, parte Estudio.

-Martín Jiménez, R., “El Real Decreto-Ley 3/2012, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: impresiones generales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1, 2012, parte Comentario.

-Molero Manglano, C. (coord.), *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

-Morales Váñez, C.E., “El deber de negociar bajo el principio de buena fe”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 8, 2012, parte Fichas de Jurisprudencia.

-Poquet Catalá, R., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 7, 2013, pág. 8.

-Ramos Moragues, F., “El deber de negociar de buena fe durante las consultas en el despido colectivo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, número 1, 2014.

-Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 228 y ss.

-Val Tena, A. L., “Constitucionalidad de la reforma laboral: las apreciaciones del TC en la sentencia 8/2015”, en *Grandes Tratados (Aranzadi), El control de constitucionalidad de las normas laborales y de seguridad social*, Aranzadi, Madrid, 2015.

7.2. Legislación

-Directiva 1998/59/CE, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, de 20 de julio. DOL número 225, de 12 de agosto de 1998.

-Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. BOE número 189, de 8 de agosto de 1985. BOE número 189, de 8 de agosto de 1985.

-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. BOE número 52, de 1 de marzo de 2014.

-Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE número 162, de 7 de julio de 2012. BOE número 162, de 7 de julio de 2012.

-Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE número 245, de 11 de octubre de 2011.

-Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE número 269, de 10 de noviembre de 1995.

-Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE número 255, de 24 de octubre de 2015.

-Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE número 289, de 3 de diciembre de 2013.

-Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. BOE número 185, de 3 de agosto de 2013.

-Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. BOE número 261, de 30 de octubre de 2012.

-Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE número 36, de 11 de febrero de 2012.

-Resolución de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007. BOE número 48, de 24 de febrero de 2007.

7.3. Relación de jurisprudencia

Tribunal Constitucional

-Sentencia del Tribunal Constitucional número 66/2015, de 13 de abril. RTC 2015/66.

-Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 8/2015, de 22 de enero. RTC 2015/8.

Tribunal Supremo

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) número 688/2016, de 20 de julio. RJ 2016/3570.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) número 219/2016, de 15 de marzo. RJ 2016/994.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de octubre de 2015. RJ 2015/5210.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 23 de septiembre de 2015. RJ 2015/2803.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2015. RJ 2015/6568.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2014. RJ 2014/6792.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 de noviembre de 2014. RJ 2015/1765.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 de mayo de 2014. RJ 2014/4214.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de mayo de 2014. RJ 2014/4356.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 de febrero de 2014. RJ 2014/2239.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de mayo de 2013. RJ 2013/7656.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 de noviembre de 2012. RJ 2013/348.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 2 de diciembre de 2005. RJ 2006/515.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 19 de enero de 1998. RJ 1998/996.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 5 de noviembre de 1990. RJ 1990/8547.

Audiencia Nacional

-Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 12/2017, de 3 de febrero. AS 2017/27.

-Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 5/2017, de 24 de enero. JUR 2017/18183.

-Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 143/2016, de 23 de septiembre. AS 2016/1522.

-Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 3/2016, de 18 de enero. AS 2016/66.

-Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 140, 2013, de 4 de julio. AS 2013/2940.

Tribunales Superiores de Justicia

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 1645/2013, de 14 de octubre. AS 2014/83.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 5/2013, de 14 de enero. AS 2013/269.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 1843/2015, de 5 de noviembre. AS 2016/14.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 15/2012, de 13 de junio. AS 2012/1887.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 920/2013, de 23 de abril. AS 2013/2779.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 477/2014, de 19 de septiembre. AS/2014/2801.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia De Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª) número 942/2014, de 11 de noviembre. JUR 2015/17133.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 75/2014, de 24 de marzo. AS 2014/1166.